

ЧАСОПИС КИЇВСЬКОГО УНІВЕРСИТЕТУ ПРАВА

Український науково-теоретичний часопис

Заснований
у жовтні 2001 року

2014/4

Виходить
4 рази на рік

Київський університет права НАН України
Інститут держави і права ім. В.М.Корецького НАН України

Головний редактор

Шемшученко Ю.С.

Заступник головного редактора

Бошицький Ю.Л.

Редакційна колегія

Андрійко О.Ф.,
Батанов О.В.,
Вашук О.М.,
Горбатенко В.П.,
Костенко О.М.,
Пархоменко Н.М.,
Савчук К.О.,
Семчик В.І.,

Усенко І.Б.,
Ходаківська Т.В. (редактор),
Чернецька О.В.,
Шевченко Я.М.

Іноземні члени редакційної колегії

Райнер Арнольд (Німеччина),
Богуслав Банашак (Польща),
Уільям Батлер (США),
Арнольд Варенвальд (Німеччина),
Ванда Ламм (Угорщина),
Адам Махарадзе (Грузія),
Герберт Шамбек (Австрія)

Рекомендовано до друку
Вченою радою
Київського університету права
НАН України
(протокол № 4 від 29.12.2014)
Вченою радою
Інституту держави і права
ім. В.М. Корецького
НАН України
(протокол № 12 від 25.12.2014)

Передплатний індекс
23994

ISSN 2219-5521

ЗМІСТ

Шемшученко Ю.С., Пухтинський М.О. Концептуальні, конституційні,
політико-правові засади територіальної організації публічної влади 4
Костенко О.М. «Людський фактор» – основний антикорупційний засіб 8

Теорія та історія держави і права. Філософія права

Десятник В.О. Критично-правове мислення: ілюзія індукції 12
Іванова А.Ю. Криза влади і позадержавне судівництво:
з досвіду української революції 1917–1921 рр. 16
Копельців-Левецька Є.Д. Реалізація гуманістичного потенціалу
правової системи України в опозиції правових систем Схід-Захід 20
Музика І.В. Соціологічна концепція права Ю.С. Гамбарова 24
Тарахонич Т.І. Види правового регулювання: теоретичні аспекти розуміння 28
Бондарук В.О. Надання ступенів публічних нотаріусів у Замоїській
академії (1594–1784) 32
Губар К.А. Розвиток церковного права у Києво-Могилянській академії
та Київській духовній академії (XVIII – поч. XX ст.) 35
Дубовик О.І. Альтернативне правосуддя: розвиток наукової думки
в 70–90 рр. XX століття 41
Едер П.Д. Структура та керівництво Вищого крайового суду у Львові
(1855–1918 рр.) 46
Ромінський Є.В. До проблеми співвідношення міжнародних і міжкнязівських
договорів (X–XIVст.) 52
Худояр Л.В. З історії адміністративного процесу в Запорозькій Січі:
на матеріалах Архіву Коша Нової Запорозької Січі 55
Червінська Н.В. Роль та значення правового менталітету
для забезпечення ефективності законодавства 60

Конституційне право та конституційний процес в Україні

Батанов О.В. Проблеми теорії функцій муніципального права 65
Приходько Х.В. Децентралізація публічної влади та місцеве самоврядування:
концептуально-правові питання 71
Антонов В.О. Національна безпека як конституційно-правова гарантія
політичної системи України 75
Васильченко О.П. Сутність принципу забезпечення рівності прав і свобод
національних меншин 79
Шаповал В.Д. Загальна характеристика права громадян
на правову допомогу в Україні 83
Босий В.П. Особливості набуття біженцями громадянства України 87

Адміністративне право і процес. Фінансове право. Інформаційне право

<i>Бевз С.І.</i> Мета державного регулювання господарської діяльності: погляд на питання	91
<i>Губанова Т.О.</i> Оптимізація як спосіб підвищення ефективності законодавства України у сфері державного фінансового контролю	95
<i>Жидецька В.В.</i> Проблемні питання в оскарженні нормативно-правових актів	99
<i>Коришун В.Ф.</i> Інститут адміністративно-територіального устрою України: теоретичні засади формування та становлення до проголошення незалежності України	106
<i>Лівар Ю.О.</i> Заміна адміністративних стягнень у провадженні по виконанню постанов про накладення адміністративних стягнень	110
<i>Литвинова Є.В.</i> Фінансово-процесуальні норми та їх співвідношення з матеріальними нормами фінансового права	113
<i>Ляшко О.Б.</i> Надання адміністративних послуг у сфері містобудування: результати соціологічного дослідження	117
<i>Мельник С.М.</i> Фактори, що обумовлюють ступінь деталізації процесуальної форми юридичної відповідальності за адміністративним правом	121
<i>Сафонов О.Ю.</i> Нормативно-правове регулювання порядку складання кандидатами на посаду судді кваліфікаційного іспиту	125
<i>Яковлев П.О.</i> Про правову природу актів, якими встановлюються тарифи на житлово-комунальні послуги	129

Проблеми цивільного та підприємницького права в Україні

<i>Джавадов Х.А.</i> Отдельные аспекты имплементации понятия «эффективность» в понятийно-категориальный аппарат гражданского процесса	133
<i>Дякович М.М.</i> Пропозиції щодо розвитку медіації в нотаріальній практиці нотаріусів України	137
<i>Мариц Д.О., Карпенко І.В.</i> Договір про патронат	140
<i>Нечипорук С.В.</i> Проблеми та перспективи розвитку нормативно-правового забезпечення нотаріальної діяльності в Україні	143
<i>Кашканова Н.Г.</i> Діяльність біоетичних комітетів: аспекти інтеграції України в європейський науковий простір	146
<i>Оксаник Н.М.</i> Класифікація принципів спадкування	151
<i>Старікова Н.М.</i> Допоміжні репродуктивні технології: цивільно-правовий вимір	155
<i>Хороша Т.С.</i> Реалізація Конвенції Ради Європи з питань спадкування в правовій системі України	159

Проблеми права інтелектуальної власності

<i>Бошицький Ю.Л.</i> Шляхи модернізації та оптимізації правового регулювання інтелектуальної власності в Україні	164
<i>Шишка Р.Б.</i> Плагіат та його прояви і небезпеки	170
<i>Андрощук Г.О.</i> Закон про авторське право Канади: модернізація і економічні наслідки	176
<i>Мосов С.П.</i> Роль університетів у розробці національної стратегії в сфері інтелектуальної власності в Україні	180
<i>Андрусів У.Б.</i> Правовий статус організацій мовлення	185
<i>Ващинець І.І.</i> Щодо правової кваліфікації розміщення об'єктів авторського права в мережі Інтернет	189
<i>Воронін Я.Г.</i> Роль патентних тролів у системі патентної охорони права промислової власності	195
<i>Кашинцева О.Ю.</i> Особливості предмета договору про створення об'єктів патентування у сфері медицини	198
<i>Яшарова М.М.</i> Місце права промислової власності в правовій системі України та вплив правових систем світу на її розвиток	201
<i>Бондаренко О.О.</i> Значення суттєвих ознак при встановленні обсягу правової охорони промислового зразка	203
<i>Лузан А.В.</i> Методологія дослідження комплексної системи цивільно-правової охорони винаходів	206
<i>Романюк Т.В.</i> Правова охорона корисних моделей у деяких країнах Європи: досвід для України	210

Аграрне, земельне та екологічне право

<i>Даниленко Б.В.</i> Стале використання несільськогосподарських угідь земель сільськогосподарського призначення в Україні: актуальні проблеми та шляхи їх вирішення	214
<i>Латишева В.В.</i> Правові аспекти житлового будівництва в сільській місцевості	220
<i>Чурилова Т.М.</i> Правове забезпечення належного управління державними землями в умовах адміністративної реформи	224

Кримінальне право та кримінологія

<i>Сердюк П.П.</i> Урбанизация как коррелят преступности	229
<i>Бабанли Р.Ш.</i> Історичний розвиток положень про заборону зворотної дії кримінального закону в часі	233
<i>Ващук Б.Л.</i> Обов'язкова участь захисника у кримінальному провадженні	237
<i>Коломієць Н.В.</i> Удосконалення законодавства про заміну невідбутої частини покарання більш м'яким та практики її застосування (частина 1)	241
<i>Цимбалюк В.І.</i> Роль судово-психіатричної експертизи в питанні оцінки психічного стану особи	245
<i>Волошина В.А.</i> Окремі питання науково-консультативного забезпечення реалізації повноважень Верховного Суду України	248
<i>Доманова Т.Ю.</i> Підходи до регламентації складної вини у законодавстві зарубіжних держав	253
<i>Івахненко О.А.</i> Зарубіжний досвід криміналізації хуліганських діянь	257
<i>Наваліяна Я.Т.</i> Поняття та види латентних звалтувань	261
<i>Полях В.Б.</i> Ресоціалізація неповнолітніх, засуджених до позбавлення волі: поняття та значення	264
<i>Романишин О.Р.</i> Характеристика системи кримінально-правової охорони порядку виконання судових рішень у кримінальному провадженні	269
<i>Солдатенко А.А.</i> Відмежування причетності до злочину від співучасті	273
<i>Ташлицька Н.М.</i> Згода потерпілого на заподіяння шкоди в континентальній системі права	277

Правова система України й міжнародне право, порівняльне правознавство

<i>Савчук К.О., Мельничук О.І.</i> Перспективи захисту інтересів України в Міжнародному суді ООН у зв'язку з агресією з боку Російської Федерації	281
<i>Галкін І.Г.</i> Особливості юрисдикції Європейського суду з прав людини	285
<i>Давидова Н.О.</i> Конституційно-правове регулювання відносин у сфері освіти в США	288
<i>Кубієвич С.П.</i> Етапи формування та особливості врегулювання спорів у рамках Організації з безпеки і співробітництва в Європі (ОБСЄ)	292
<i>Отрош М.І.</i> До питання щодо статусу Католицької Церкви в міжнародному праві	296

<i>Харчук О.О., Озерова К.О.</i> Економічні санкції як засіб відновлення міжнародної законності	300
<i>Осама Мохамед Юсеф Арап.</i> Палестина-израїльський мирний процес и создание Палестинской Автономии в свете соглашений «Осло I»	303
<i>Горбець Н.Г.</i> Поняття та сутність права власності в контексті Першого Протоколу до Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод 1950 р. та практики Європейського суду з прав людини	307
<i>Гришун О.О.</i> Питання міжнародно-правового регулювання інформаційного тероризму	312
<i>Мельниченко О.В.</i> Міжнародні договори в системі сімейного законодавства України та ЄС	317
<i>Отрош В.М.</i> Поняття громадянства в міжнародному праві та особливості його набуття і втрати у державах і Мальтійському Ордені	321
Гість номера	
<i>Boguslaw Banaszak.</i> Contemporary parliaments in Europa	325
<i>Attila Péterfalvi.</i> Transparency in Defence Administration (PhD. Thesis)	330
Студентська трибуна	
<i>Лазорський А.О.</i> Громадянське суспільство і держава: взаємозв'язок та взаємодія	338
<i>Хорохонько О.С.</i> Зворотне відсилання як наслідок негативної «колізії колізій» у міжнародному приватному праві	342
Рецензії	
<i>Галатич М.К.</i> Вартісна оцінка інтелектуальної власності у науково-технічній сфері	346
<i>Кіндюк Б.В.</i> Актуальна праця з історії українського права	347
<i>Рабінович С.П.</i> Фундаментальна праця у сфері охорони суміжних прав суб'єктів інформаційної діяльності	348
<i>Біленчук П.Д.</i> Криміналістичні та психофізіологічні методи дослідження в судочинстві, правоохоронній діяльності та кадровій роботі	350
<i>Шилінгов В.С.</i> Наукові дослідження проблем національної правової системи	351
Наукова хроніка	
Візит доктора права, професора Вільяма Батлера (США) до Київського університету права НАН України	352
Лекція доктора, президента Латвійської Республіки 1999–2007 рр. Вайри Віке-Фрейберга	352
Круглий стіл на тему: «Відносини Україна – НАТО: проблеми і перспективи»	352
Круглий стіл студентів КУП НАНУ з представником університету Токіо Юзуки Нагакоші (Японія)	353
Майстер-клас керівника програм Департаменту країн з перехідною та розвинутою економікою ВОІВ пана Річарда Фрелека	354
Круглий стіл на тему: «Сучасні тенденції, загрози та перспективи у сфері розвитку інтелектуальної власності у правовій та комерційній площинах: вітчизняна та міжнародна практика»	354
Міжнародний правничий конкурс імені В.М. Корецького	355
Круглий стіл на тему: «Перспективи врегулювання Української кризи»	355
Круглий стіл на тему: «Ціннісні виміри права»	355
Сторінки пам'яті	
Світлій пам'яті О.М. Мироненка	356
Світлій пам'яті В.І. Семчика	358
Редакційні повідомлення	360

**Ліцензійною угодою від 10.10.2014 р. «Часопис Київського університету права»
внесено до Міжнародної наукометричної бази даних HeinOnline**

**«Часопис Київського університету права» внесено до переліку фахових видань
за спеціальністю «Юридичні науки»
(Постановою Президії ВАК України № 1-05/6 від 12.06.02;
Постановою Президії ВАК України № 1-05/3 від 14.04.10).**

Адреса редакції: 01601, м. Київ, вул. Трьохсвятительська, 4.
Головний редактор: (044) 278-51-55. Редактор: (044) 235-63-24.

E-mail: chasprava@ukr.net www.kul.kiev.ua

Редактор *Т.В.Ходаківська*. Художник *Н.М.Косяк*
Комп'ютерне макетування: *Г.П.Кондрашин*

Свідцтво про державну реєстрацію друкованого засобу масової інформації КВ № 16356-4828ПР від 19.02. 2010 р.
Підп. до друку 30.12.2014. Формат 60×84 1/8.

Друк офсетний. Ум.-друк. арк. 41,9. Обл.-вид. арк. 47,2. Наклад 500 прим.

Видання та друк: Київський університет права НАН України. 01601, м. Київ – 1, вул. Трьохсвятительська, 4. Тел. 278-73-11.

Ю. С. ШЕМШУЧЕНКО, М. О. ПУХТИНСЬКИЙ

Юрій Сергійович Шемшученко, академік НАН України, директор Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України

Микола Олександрович Пухтинський, кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України

КОНЦЕПТУАЛЬНІ, КОНСТИТУЦІЙНІ, ПОЛІТИКО-ПРАВОВІ ЗАСАДИ ТЕРИТОРІАЛЬНОЇ ОРГАНІЗАЦІЇ ПУБЛІЧНОЇ ВЛАДИ

Оновлення Конституції, процес конституційно-правової модернізації пов'язані зі становленням цілісної системи публічної влади, публічного управління, врядування в Україні. Зокрема, це стосується територіальної організації публічної влади. *Врядування* в європейському розумінні (*governance*) має дві складових: *інституційну та функціональну*. *Інституційна* – окреслює коло суб'єктів врядування: інститути публічної влади, зокрема, самоврядування, громадянського суспільства, самоорганізації населення, громадян. *Функціональна* – пов'язана із налагодженням процесу належного (*good governance*) врядування, публічного управління під контролем громадянського суспільства.

Саме таку систему врядування було започатковано на майдані і вона має знайти відображення в оновленій Конституції як на загальнонаціональному, так і територіальному рівнях організації публічної влади. У цьому сенсі доречно продумати можливість кореляції відповідних норм першого розділу Конституції України, а саме ст. ст. 5 і 6, і запропонувати наступну проектну редакцію. Щодо ч. 2 ст. 5: «Носієм суверенітету і єдиним джерелом публічної влади в Україні є народ. Народ здійснює публічну владу і врядування безпосередньо і через органи державної влади та органи місцевого самоврядування за участю організацій громадянського суспільства». Щодо ст. 6: «Публічна влада в Україні здійснюється на засадах її єдності, поділу державної влади на законодавчу, виконавчу та судову, а також рівноваги і збалансування її гілок, повсюдності місцевого самоврядування в системі адміністративно-територіального устрою України, взаємодії державної влади та місцевого самоврядування».

Органи державної влади та органи місцевого самоврядування здійснюють свої повноваження у встановлених цією Конституцією межах і відповідно до законів України».

Сучасні, проєвропейські концептуальні, конституційні, політико-правові засади територіальної організації публічної влади¹ мають спиратися на наступні постулати:

1. *Антропологічна, людиноцентристська філософія організації публічної влади*². Револьюційна доба засвідчила нагальність докорінної зміни взаємин між людиною, громадянином, громадянським суспільством і владою, державою, її інституціями та необхідність відображення цих змін на рівні Основного Закону. У Конституції слід відобразити цю нову парадигму, а саме: оновлена Конституція України має забезпечити розбудову цілісної системи врядування в країні, в якій фактичним доменом, володарем є людина, громадянин, громадянське суспільство, народ, а держава, публічна влада та її інститути обслуговують, захищають, представляють інтереси цього домена. Отже, від патерналістської конструкції взаємин, що притаманна чинній Конституції, слід перейти до філософії, ідеології сучасного українського конституціоналізму, спрямованого на антропологічну, людиноцентристську модель суспільних відносин, де на вершині піраміди врядування знаходиться людина, громадянин, громадянське суспільство.

2. *Належне місце врядування (good governance)*³, як комплекс взаємовідносин між органами публічної влади, інститутами громадянського суспільства та людиною, громадянами з пріоритетом їх прав і свобод, задоволення життєвих потреб та інтересів.

3. Відповідність принципам Європейської хартії місцевого самоврядування та додаткових протоколів до неї щодо організаційної, адміністративної, правової, фінансової автономії місцевого самоврядування, а також безпосередньої участі населення в управлінні місцевими справами.

4. Конституційна визначеність основних елементів системи територіальної організації публічної влади.

5. Комплексне законодавче забезпечення функціонування місцевого врядування та самоврядування. Законодавча основа антропоцентричної системи влади з погляду принципу системності має бути забезпечена на трьох рівнях. Конституційно-правовий рівень стосується положень чинної Конституції, проектів змін і доповнень до Конституції в частині територіальної організації влади (далі – ТОВ) та місцевого самоврядування, а також органічних, конституційних законів щодо цієї сфери. Законодавчо-спеціалізований рівень може передбачити пакет законопроектів про засади місцевого врядування, про самоврядування громади, про організацію врядування в районі та області. Законодавчо-галузевий рівень має врегулювати окремі аспекти реформування місцевого самоврядування у сферах бюджетної, податкової, земельної політики, охорони здоров'я, освіти, соціального забезпечення, житлово-комунального господарства.

Отже, конституційна модель територіального устрою, територіальної організації публічної, в тому числі муніципальної, влади, місцевого врядування та самоврядування може виглядати наступним чином.

1. Враховуючи чинну в Україні парламентсько-президентську форму державного правління, необхідність забезпечення цілісної системи публічної влади та публічного управління, а також наближення до населення надання йому доступних адміністративних і громадських послуг, положення Конституції щодо територіальних основ та організації місцевої влади доцільно зосередити в єдиному розділі: *«Територіальний устрій, територіальна організація публічної влади, місцеве врядування»*. Це дасть можливість закласти засади оптимальної системи адміністративно-територіального устрою, належного місцевого врядування, реалізації політики децентралізації державної влади, здійснення адміністративної, адміністративно-територіальної реформ. Отже, в цьому розділі Конституції мають знайти відображення: принципові засади територіального устрою України та його складові; приписи щодо територіальної організації публічної влади та місцевого врядування, зокрема, конституційні основи територіального устрою України, статусу Автономної Республіки Крим, місцевих органів виконавчої влади та засади місцевого самоврядування. Впровадження терміна «міське врядування», який охоплює структурні елементи системи територіального публічного управління, – громади, органи місцевого самоврядування, місцеві органи виконавчої влади, організації громадянського суспільства, – сприятиме комплексному конституційному баченню розбудови місцевої влади.

2. Система адміністративно-територіального устрою країни закладає основи розбудови територіальної організації влади. Тому зазначений розділ Конституції доцільно розпочати з визначення системи адміністративно-територіального устрою. При цьому необхідно розмежувати штучно утворювані державою адміністративно-територіальні одиниці (з метою організації системи управління на відповідній території, надання населенню доступних публічних послуг) від природних територіальних поселень людей (село, селище, місто). Змішування цих категорій веде до дезорганізації системи адміністративно-територіального устрою.

До системи адміністративно-територіального устрою України доцільно віднести регіони (Автономну Республіку Крим, області, міста Київ та Севастополь), райони, громади.

Статус адміністративно-територіальних одиниць, які становлять систему адміністративно-територіального устрою, порядок вирішення питань адміністративно-територіального устрою необхідно визначити у спеціальному законі. Слід підтвердити в Конституції спеціальний статус міст Києва та Севастополя, який має визначатися законами України.

Наступні конституційні положення цього розділу повинні визначити організацію інститутів публічної влади в Автономній Республіці Крим, у системі місцевої виконавчої влади та місцевого самоврядування. Конституційний статус Автономної Республіки Крим має природу адміністративно-політичної автономної одиниці у складі України та дорівнювати статусу регіонального самоврядування. У Конституції України доцільно визначити сфери предметів відання органів публічної влади Автономної Республіки Крим, питання, які належать до компетенції представницького і виконавчого органу автономії, позначити статус, порядок формування представницького й виконавчого органу автономії, Представництва Президента України в Автономній Республіці Крим, положення щодо актів республіканських органів влади, дії та порядку зупинення дії нормативно-правових актів Верховної Ради Автономної Республіки Крим.

Виходячи із адміністративно-територіального устрою, формування системи місцевих органів виконавчої влади, місцевого самоврядування залежить від ступеня реалізації принципу субсидіарності – максимального наближення надання публічних послуг населенню, розмежування повноважень, що мають належати органам виконавчої влади від власних повноважень органів місцевого самоврядування. У цьому зв'язку доцільно визначити систему місцевого врядування: **«Систему місцевого врядування складають: громади, місцеві органи публічної влади – представницький та виконавчий органи Автономної Республіки Крим, місцеві органи виконавчої влади, органи місцевого самоврядування; організації громадянського суспільства, – які беруть участь у вирішенні питань державного та місцевого значення»**.

У Конституції, з урахуванням процесу децентралізації державної влади, має бути визначена система місцевих органів виконавчої влади, в тому числі функціонального призначення інституту «державних уповноважених» (префектів), які повинні діяти на рівні областей, районів, у містах зі спеціальним статусом. Міське самоврядування в особі його органів функціонує на рівні громад, районів, областей, у містах зі спеціальним статусом.

В умовах реальної загрози суверенітету, територіальній цілісності України державна присутність у регіонах має бути реальною та дієвою і не обмежуватись лише «контрольно-наглядовими» функціями. Державні представники мають бути позбавлені функцій та повноважень щодо державного управління місцевими справами, вирішення питань місцевого значення, які доречно передати виконавчим органам районних і обласних рад. Проте вони мають зберегти суто державницькі повноваження. Про це свідчить і зарубіжний досвід функціонування, зокрема, префектів у Франції, воєвод у Польщі. Так, на воєводу покладаються наступні функції: політико-представницька – представник Уряду в регіоні; наглядова – за територіальним управлінням (врядуванням) у воєводстві; забезпечення громадського правопорядку і колективної безпеки; контроль за використанням державної власності.

Доцільно зазначити, що державні уповноважені відповідальні перед Президентом України та підконтрольні Кабінету Міністрів України. Державні уповноважені призначаються на посаду за поданням Прем'єр-міністра України Президентом України, який має право звільняти їх з посади.

Виходячи зі змішаної форми правління, відомої біблейської істини «Кесарю кесарево, а Богу Богове» («кожному своє») щодо виконання саме державних функцій державними уповноваженими, а також враховуючи досвід функціонування аналогічних інститутів у Франції, Польщі, місцеві органи виконавчої влади мають на відповідній території, з одного боку, забезпечувати реалізацію повноважень Президента України, як глави держави, а з іншого – повноваження вищого органу виконавчої влади – Кабінету Міністрів України. З огляду на це державні уповноважені на відповідній території мають виконувати наступні функції, які доцільно визначити в Конституції: 1) контрольно-наглядову щодо додержання прав і свобод громадян, Конституції України, законів, указів Президента України, актів Кабінету Міністрів України з боку територіальних підрозділів центральних органів виконавчої влади, а також щодо актів органів та посадових осіб місцевого самоврядування. З реалізації цієї функції державний уповноважений відповідальний перед Президентом України; 2) забезпечення організації виконавчої влади щодо координації діяльності територіальних підрозділів центральних органів виконавчої влади, взаємодії місцевих органів виконавчої влади з місцевим самоврядуванням; 3) управлінські, виконавчо-розпорядчі в **окремих** сферах (соціально-економічного прогнозування розвитку регіонів, транспорту і зв'язку, науки, освіти, культури, охорони здоров'я, використання землі, природних ресурсів, охорони довкілля, оборонної роботи та мобілізаційної підготовки, соціального захисту тощо), у визначених законом межах. З реалізації цих функцій державний уповноважений підконтрольний Кабінету Міністрів України.

У Конституції слід зазначити, що розмежування повноважень між державними уповноваженими та органами місцевого самоврядування визначається у законах України або в Законі України «Про засади місцевого врядування в Україні».

5. Конституційні положення щодо місцевого самоврядування доцільно визначити з урахуванням принципу конституційно-правової економії. Основи його організації мають регулюватись Конституцією. Функції, повноваження та форми діяльності органів та посадових осіб місцевого самоврядування – спеціальними законами; специфічні форми організації та діяльності – у статутах громад.

У Конституції слід визначити територіальну основу місцевого самоврядування, матеріальні та фінансові засади його функціонування, порядок формування органів місцевого самоврядування, особливості його здійснення на регіональному рівні, гарантії місцевого самоврядування.

У Конституції доцільно дати визначення місцевого самоврядування: «Місцеве самоврядування є правом та спроможністю жителів громади самостійно та через органи місцевого самоврядування вирішувати питання місцевого значення в межах Конституції і законів України, формою самоорганізації населення, організації системи надання йому доступних послуг».

За Конституцією територіальною основою місцевого самоврядування має стати громада. Громадою є адміністративно-територіальна одиниця та спільнота жителів, що проживають на її території. Громада є первинним рівнем місцевого самоврядування, має власні представницькі, виконавчі органи місцевого самоврядування.

Представницьким органом місцевого самоврядування первинного рівня має бути рада громади. Її депутати обираються жителями громади, які мають право голосу, строком, що визначений Законом. Такий самий строк повноважень встановлюється і для обраного жителями громади голови громади. Слід встановити, що активним виборчим правом користуються жителі громади, а пасивним – громадяни України.

У Конституції доцільно визначити, що органами місцевого самоврядування, які представляють спільні інтереси громад, є обласні та районні ради. Депутати до них обираються пропорційно до чисельності населення відповідних громад їх жителями, які мають право голосу, строком, що визначений Законом. Із числа депутатів обирається голова обласної, районної ради. Обласна, районна рада формує власний виконавчий орган.

Доцільно встановити, що в містах із спеціальним статусом (Київ, Севастополь) система місцевого самоврядування відокремлена від місцевих органів виконавчої влади. Місцеве самоврядування в таких містах має власні виконавчі органи, жителі міст обирають відповідних голів, які не суміщають посади з іншим мандатом.

У процесі подальшої трансформації територіальної організації влади, системи врядування та місцевого самоврядування необхідно спиратися, зокрема щодо: вдосконалення законодавства про місцеве самоврядування, зміцнення його матеріальних та фінансових засад, розмежування відповідних повноважень стосовно

надання публічних послуг, розвитку форм партисипативної демократії, змін у статусі органів місцевого самоврядування на районному і обласному рівнях, а також місцевих органів виконавчої влади, етапів здійснення модернізації, – на положення Концепції реформування місцевого самоврядування та територіальної організації влади в Україні, що затверджена Розпорядженням Кабінету Міністрів України 1 квітня 2014 року⁴.

¹ Проблеми теорії конституційного права України / за заг. ред. Ю. С. Шемшученка. – К. : Парламентське вид-во, 2013. – С. 411–436.

² Авер'янов В. Б. Нова доктрина українського адміністративного права: концептуальні позиції / В. Б. Авер'янов // Право України. – 2006. – № 5. – С. 11.

³ Стрельцов В. Ю. Формування та розвиток концепції європейського врядування / В. Ю. Стрельцов : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://referatu.net.ua/newreferats>

⁴ Про схвалення Концепції реформування місцевого самоврядування та територіальної організації влади в Україні : Розпорядження Кабінету Міністрів України від 1 квітня 2014 р. № 333-р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : www.kmu.gov.ua/control/ru/newsnpd

Резюме

Шемшученко Ю. С., Пухтинський М. О. Концептуальні, конституційні, політико-правові засади територіальної організації публічної влади.

У статті розглядаються концептуальні, конституційні, політико-правові аспекти оновлення Конституції України в контексті територіальної організації публічної влади, врядування та самоврядування.

Ключові слова: конституція, публічна влада, територіальна організація влади, врядування, місцеве самоврядування.

Резюме

Шемшученко Ю. С., Пухтинський Н. А. Концептуальные, конституционные, политико-правовые начала территориальной организации публичной власти.

В статье рассматриваются концептуальные, конституционные, политико-правовые аспекты обновления Конституции Украины в контексте территориальной организации публичной власти, управления и самоуправления.

Ключевые слова: конституция, публичная власть, территориальная организация власти, управление, местное самоуправление.

Summary

Shemshuchenko Y., Pukhtynskiy M. Conceptual, constitutional, political and law basis territorial organization of public authority.

The article consider conceptional, constitutional, political and law aspects modernization constitution of to context territorial organization of public authority, governance and self-government.

Key words: constitution, territorial organization of public authority, governance, local self-government.

О. М. КОСТЕНКО

Олександр Миколайович Костенко, доктор юридичних наук, професор, академік Національної академії правових наук України, завідувач відділу Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України

«ЛЮДСЬКИЙ ФАКТОР» – ОСНОВНИЙ АНТИКОРУПЦІЙНИЙ ЗАСІБ

*Сьогодні стає все очевиднішим, що основним чинником, який стоїть на заваді забезпечення правопорядку в Україні, є корупція. Сучасна корупція в нашій країні є особливим різновидом корупції – **корупцією кризового типу**. Що це означає? З одного боку, вона породжена соціальною кризою в Україні, а з іншого, – вона, будучи породженням кризи, створює ґрунт для її поглиблення. Така корупція має здатність зводити нанівець будь-які реформи в країні, а також спричиняє відчуженню України у світовому просторі. Тому вона стає **політичною проблемою № 1** для нашої держави.*

Саме корупційна злочинність справляє найбільший руйнівний вплив на правопорядок в Україні, на основі якого лише і може розбудовуватися благополуччя кожного громадянина. Так вже влаштовано суспільне життя людей, що найбільше від корупції страждають пересічні громадяни, а найбільшу вигоду мають ті, хто може скористатися з «благ» корупції. У цьому її особливий злочинний характер.

Проте сподівання українців, які потерпають від корупції, на ефективну протидію залишаються до цих пір марними. А ті, хто має від «корупцізації» суспільства вигоди, чинить шалений спротив антикорупційним заходам, пропонуючи, зокрема, так «боротися» з цим явищем, аби їхнім власним корупційним інтересам не було шкоди. Такий стан речей вимагає **антикорупційного реформування українського суспільства**.

Однак наразі в Україні суть будь-якого реформування зводиться до оперування інституційними чинниками, тобто до маніпуляцій із законодавством та адміністративними інструментами. Але ці чинники здатні впливати лише на крону, при цьому коріння «дерева» наших суспільних проблем залишається ураженим. Соціальна культура громадян, що включає в себе, зокрема, і моральну культуру людини, – це і є той чинник, яким досі зневажали українські реформатори і який неодмінно має бути покладений в основу антикорупційного реформування в Україні. **Ілюзію щодо можливості успішних інституційних (тобто, законодавчих й адміністративних) реформ в Україні без вдосконалення зазначеного «людського фактора», складовою якого є моральна культура людини, необхідно подолати!**

Державні інституції та інституції громадянського суспільства – це лише **соціальні інструменти**, які мають використовуватися людьми відповідно до стану їхнього «людського фактора», тобто відповідно до рівня їхньої моральної культури. А жодні інструменти не «працюють» самі по собі, без приведення їх у дію людьми. Більше того, як будуть «працювати» будь-які інструменти в руках людей – це залежить від стану «людського фактора». Отже, якщо весь зміст реформ у суспільстві зводиться лише до вдосконалення соціальних інструментів, ігноруючи при цьому необхідність розвитку «людського фактора», то це не дасть очікуваних результатів. Образно кажучи, таке реформування нагадає вдосконалення приладу, яким ніхто не уміє користуватися. Яка користь від такого вдосконалення? Така ж користь і від антикорупційних реформ, не пов'язаних з розвитком «людського фактора»! **Українським реформаторам, очевидно, слід усвідомити цю закономірність щодо співвідношення між соціальними інструментами, які використовуються людьми у їхній суспільній практиці, і тим «людським фактором», який має приводити у дію ці інструменти (зокрема, інститути законодавчої, виконавчої і судової влади, а також різноманітні інститути громадянського суспільства тощо).** Отоді вони будуть озброєні ефективною методологією реформування українського суспільства.

Якість життя кожного члена суспільства не залежить лише від якості державних інституцій чи інституцій громадянського суспільства. Вона визначальним чином залежить від стану «людського фактора», тобто від соціальних властивостей кожного члена суспільства, з якими громадянин вступає у суспільні відносини. Зокрема, від стану «людського фактора» у лікаря, в якого громадянин лікується, у вчителя, який нас вчить, у підприємця, товари чи послуги якого ми споживаємо, у чиновника, до якого ми звертаємося, в учасника дорожнього руху, поруч з яким ми рухаємося тощо. Наприклад, якщо моральна культура («людський фактор») нашого сусіда не є розвиненою до європейського рівня, то жити по-європейськи нам не вдасться! Якими б по-європейськи реформованими не були законодавчі акти України, що регулюють діяльність державних інституцій і інституцій громадянського суспільства, життя в Україні не стане європейським, якщо при цьому в нашій країні не буде розвинений до європейських стандартів «людський фактор». Так, зокрема, жодне антикорупційне реформування українського законодавства чи адміністративних інституцій не здагне забезпечити приборкання корупції в Україні, якщо громадяни не матимуть розвиненої моральної культури, яка має антикорупційні властивості.

Проте сьогодні в Україні проблема використання антикорупційного потенціалу «людського фактора» не актуалізована. Такий стан речей чи не головним чином зумовлюється досить поширеними у суспільстві ілюзіями щодо тих засобів, які мають застосовуватися у протидії корупції. Саме «антикорупційні» ілюзії є сьогодні тією перешкодою, яка заважає нам ефективно протидіяти корупції. Зокрема, поширеною є «народна» ілюзія, що полягає у неправильному тлумаченні того факту, який описується з допомогою приказки «Риба гние з голови!». Ця приказка правильно відображає одну із властивостей корупції. Але вона залишає відкритим питання: «А чому ця голова загниває?». Лише знаючи відповідь на це питання, можна ефективно протидіяти корупції. Кримінологічні дослідження сьогодні дають достатньо підстав для наступної відповіді на це корінне питання: «риба гние з голови тому, що хвороба уразила інші органи риби». Під цими «іншими органами риби», як це впливає з тлумачення приказки, слід розуміти саме громадян, які утворюють «громадянське суспільство».

Виходячи з цього, слід зазначити, що корупційне гниття «голови» має місце тоді, коли певна «хвороба» уражає «людський фактор», тобто волю й свідомість громадян, від яких залежить стан здоров'я «голови». Існує наступна закономірність – яке соціальне «здоров'я» громадян, таке «здоров'я» й «голови» суспільної «риби». Очевидно, саме це мав на увазі німецький філософ Гегель, який стверджував, що «кожен народ має той уряд, якого він заслуговує». Цю закономірність мають знати усі громадяни: корупція, від якої вони потерпають, – це і їхній моральний «гріх».

Що ж то за така «хвороба» «людського фактора», яка спричинила до корупційного гниття «голови»? **Діагноз її наступний – гіпотрофія (недорозвиненість) соціальної культури громадян, яка включає у себе політичну, економічну, правову і моральну культуру.** При такій громадянській «хворобі» владна «голова» не може не гнити. Це закономірність, підтверджена також історичним досвідом.

З цієї закономірності випливає, зокрема, наступне правило: **«Без антикорупційної моральності, що є складовою «людського фактора», будь-яке антикорупційне законодавство – це «паперовий тигр»».**

Ще одним індикатором ураження нашого суспільства «навколокорупційними» ілюзіями, які приводять до порушення зазначеного правила, є вживання для пояснення корупційної ситуації приказки «Закон, що дишло...». Часто цією приказкою ілюструють свою ілюзорну думку, що бути «дишлом» – це неодмінна властивість будь-якого закону. Проте наукове тлумачення цієї приказки у світлі так званої **інструментальної концепції законодавства** вказує на те, що закон може стати «дишлом» лише у руках аморального застосувача закону чи адміністративно засобу. У руках чесної і порядної людини, яка має високу моральну культуру – це, навпаки, ефективний інструмент для творення справедливості й добра.

В силу природного закону суспільного життя аморальність, зокрема у політиці і праві, проявляється настільки, наскільки це дозволяє «людський фактор». Політика – дійсно брудна справа, але лише тою мірою, якою громадяни – єдиний природний «фільтр» політики – не є здатними цьому бруду протидіяти. Громадяни мають навчитися брати у свої руки владу над політиками, а не навпаки. Іншого способу досягати моральної чистоти у політиці не дано! Це саме стосується і правового життя людей у суспільстві.

Слід також мати на увазі, що народ є не лише джерелом влади, а й джерелом законодавства та правосуддя, створюючи моральні координати для них. Разом із тим людству давно відомий феномен фарисейства, тобто випадки, коли законодавство і судочинство у руках аморальних законників перетворюються на інструмент творення зла. Саме тому аморальні політики і законники схильні фетишизувати законодавство і юстицію, в той час як останні є лише інструментами у руках людей. І як будь-який інструмент, можуть бути використані як для добра, так і для зла.

Із «інструментальної концепції законодавства» випливає визначальна роль саме «людського фактора» у забезпеченні правопорядку, що можна сформулювати, зокрема, наступним чином: **«ПО ЗАКОНУ ЖИВУТЬ ЛИШЕ МОРАЛЬНІ ЛЮДИ, АМОРАЛЬНІ – ПО ЗАКОНУ НЕ ЖИВУТЬ!»**. Звідси висновок: не слід переоцінювати роль законодавства (і законодавця, тобто Верховної Ради) та недооцінювати роль моралі у нашому житті!

Це підтверджується і практикою застосування поліграфа при підборі кадрів, які мають повноваження виконувати законодавчі приписи (державні службовці різного рівня).

Прояви зловживання законодавством і юстицією ми сьогодні бачимо у вигляді так званої «легальної» злочинності, тобто злочинності, що вчиняється завдяки зловживанню законодавством чи владою.

Це також означає, що сподівання подолати кризовий тип корупції, яка має місце в Україні, з допомогою одного лише законодавства чи «політичної волі» є шкідливою ілюзією. На жаль, саме на цій ілюзії заснована сьогодні протидія корупції в Україні.

Для того, щоб позбавитися цієї ілюзії, слід звернутися до досвіду країн, які спромоглися вирватися із лабет такої ж корупції, яка охопила Україну. Зокрема, це Сінгапур, Гонконг, Італія, Польща. Їхній досвід певною мірою підтверджує закономірність, помічену англійським філософом Томасом Карлейлем: «Будь-яка реформа, крім моральної, є марною». Деморалізована Феміда спотворить найкраще у світі антикорупційне законодавство. Це саме можна сказати щодо деморалізованих політиків, підприємців, вчителів, священнослужителів, військових, науковців, митців, журналістів, міліціонерів тощо.

Жодне законодавство у світі не здатне компенсувати відсутність совісті у людини. Безсовісна людина завжди має можливість перетворити будь-який закон на «дишло», для того щоб скористатися з цього. Це комусь вигідно насаджувати ідею про те, що політика несумісна з мораллю. Або стверджувати про те, що нечесний бізнесмен – це нормально. У цю аморальну «істину» найбільше вірять самі нечесні бізнесме-

ни, щиро надіючись на те, що обкрадати, обдурювати, експлуатувати свого ближнього – це нормально, а хто не може переступити через мораль – той «слабак». І мораль сама – то втіха для «слабаків».

Досвід країн, яким вдалася декорумпізація, свідчить, що протидія корупції може бути успішною тоді, коли злочинності, у тому числі корупційній злочинності, буде оголошена «моральна війна», у поєднанні із застосуванням антикорупційного законодавства. **Крім того, що корупція визнається правопорушенням, вона має бути оголошена також тяжким моральним гріхом, бо вона завжди допомагає отриманню користі за рахунок обкрадання своїх ближніх.**

Наукове опрацювання цього досвіду дає підстави для висновку, що в Україні слід спиратися на **концепцію «морально-правової протидії корупції»**. Відповідно до цієї концепції формула протидії корупції має бути наступною: «формування антикорупційної моральності у суспільстві плюс застосування антикорупційного законодавства». Одно без другого – це як ножиці з одним лезом, якщо друге відламане.

Невідповідність сьогоденній практиці протидії корупції зазначеній «концепції морально-правової протидії корупції» свідчить про антинауковий характер цієї практики. Тому годі й сподіватись на успіх: хоч як би вдосконалювали антикорупційне законодавство, без формування у суспільстві прогресивного «людського фактора», неодмінною складовою якого є антикорупційна моральність, – це неефективний інструмент, воно буде перетворюватися на «дишло».

Ось і сьогодні в Україні, зокрема у зв'язку з реформаторською кампанією, почалася активізація віртуальної (тобто словесної у засобах масової інформації) боротьби з корупцією. Однією із форм віртуальної боротьби з корупцією є маніпулювання законодавством, не поєднане з формуванням антикорупційної моральності у суспільстві. І як тут не згадати слова філософа Антисфена: «Держави гинуть тоді, коли перестають розрізняти людей хороших і поганих». Природною для будь-якого здорового суспільства є **«класова боротьба» між двома основними «класами» людського суспільства – людьми хорошими і поганими, моральними і аморальними, у тому числі між незлочинцями і злочинцями** (класова боротьба між буржуазією і пролетаріатом як рушійна сила історичного процесу – це драматична помилка К. Маркса). Залежно від того, хто перемагає, суспільство стає на шлях прогресу чи регресу. І законодавство – це необхідний, але не основний засіб у «класовій боротьбі» між людьми моральними і аморальними.

Отже, перекіс у бік перебільшення ролі законодавства, що є лише інструментом, має бути вирівняний підвищенням ролі моральності, як складової «людського фактора», у протидії корупції. Як саме це зробити? З допомогою передової науки, а також, запозичуючи світовий досвід, який є достатнім для досягнення зазначеної мети. А найбільшою перешкодою на шляху до розв'язання цього завдання є закоренілий **моральний нігілізм**, тобто зневажання ролі моральності як неодмінної складової «людського фактора» у суспільстві. Сьогодні моральний нігілізм є основним антиукраїнським фактором: аморальні люди не можуть бути справжніми громадянами, спроможними розбудувати нову Україну. Більше того, такі громадяни з ураженням «людським фактором», отруюючи, зокрема, суспільний організм корупцією, руйнують Україну. Їм невідомі громадянські чесноти, на яких тримається суспільний порядок.

Моральний нігілізм є тим вірусом, який заражає людей і правовим нігілізмом. Цим і живиться «корупційний Молох». Але задля протидії руйнівному впливу корупції слід долати моральний нігілізм, що пов'язаний з применшенням ролі «людського фактора» і перебільшенням ролі інституційних факторів – законодавчих та адміністративних. Слід ставити **критерій моральності** на одне з перших місць (поряд із реформаторськими здібностями) при різноманітних виборах реформаторів до владних інституцій.

Отже, можна зробити наступний висновок: сьогодні, коли українські громадяни-виборці постають перед проблемою, за якими критеріями вибирати до владних інституцій реформаторів, слід, очевидно, керуватися наступним «золотим правилом» виборця: лише той, хто, сам маючи розвинуту політичну, економічну, правову і моральну культуру, буде сприяти формуванню в суспільстві прогресивного «людського фактора», тобто **«МОРАЛЬНОГО І ПРАВОВОГО ГРОМАДЯНИНА»**, який є основою соціального порядку, – може найбільше зробити для соціального прогресу в Україні.

Ще одним важливим висновком, що може сприяти використанню потенціалу «людського фактора» у протидії корупції в Україні, є висновок про доцільність розвитку в нашій країні так званої **«ГРОМАДЯНСЬКОЇ ЮСТИЦІЇ»**, тобто участі громадськості у протидії корупції відповідно до принципу **СОЦІАЛЬНОЇ СУБСИДІАРНОСТІ**, згідно з яким громадськість, властивим саме для неї способом, доповнює діяльність державних інституцій юстиції, не підміняючи їх. Зокрема, це можна реалізувати шляхом створення громадської організації (чи громадського руху) **«Громадянська юстиція»** з інформаційними, експертними та просвітницькими функціями, спрямованими на субсидіарну участь у суспільному реагуванні на прояви корупції.

Резюме

Костенко О. М. «Людський фактор» – основний антикорупційний засіб.

У статті, відповідно до інструментальної концепції законодавства, розкривається проблема співвідношення ролі «людського фактора» і ролі законодавства у протидії корупції, як необхідної умови забезпечення правопорядку в Україні. Виходячи з цього, автор доходить висновку про необхідність підвищення ролі «людського фактора» у протидії корупції і пропонує деякі шляхи для цього.

Ключові слова: корупція, «людський фактор», антикорупційні інструменти, протидія корупції, «громадянська юстиція».

Резюме

Костенко А. Н. «Человеческий фактор» – основное антикоррупционное средство.

В статье, в соответствии с инструментальной концепцией законодательства, раскрывается проблема соотношения роли «человеческого фактора» и роли законодательства в противодействии коррупции, как необходимом условии обеспечения правопорядка в Украине. Исходя из этого, автор приходит к выводу о необходимости повышения роли «человеческого фактора» в противодействии коррупции и предлагает некоторые пути для этого.

Ключевые слова: коррупция, «человеческий фактор», антикоррупционные инструменты, противодействие коррупции, «гражданская юстиция».

Summary

Kostenko O. “The human factor” – the main anti-corruption tool.

In an article in accordance with the concept of instrumental legislation, the problem of correlation revealed the role of the “human factor” and the role of legislation in the fight against corruption as a prerequisite for the rule of law in Ukraine. Based on this, the author concludes on the need to enhance the role of the “human factor” in the fight against corruption and suggests some ways to do this.

Key words: corruption, “human factor”, anti-corruption instruments, “civil justice”.

УДК 340.12

В. О. ДЕСЯТНИК

*Володимир Олексійович Десятник, кандидат
юридичних наук, професор Київського університе-
ту права НАН України, адвокат*

КРИТИЧНО-ПРАВОВЕ МИСЛЕННЯ: ІЛЮЗІЯ ІНДУКЦІЇ

*«Ідея індукції на основі повторення повинна розглядатися
як така, що виникла помилково – як свого роду оптична
ілюзія. Не існує такої речі, як індукція на основі повторення.
Індукція – формування віри на основі повторення – це міф»
Карл Поппер (1902–1994)*

Методологічна концепція критично-правового мислення полягає в тому, що наукове юридичне дослідження може здійснюватися не завдяки вкрай поширеному серед юристів-позитивістів індуктивному методу і не з допомогою популярного серед прихильників природно-правового мислення чистого дедуктивного методу, а використовуючи науковий метод проб та усунення помилок, припущень та спростувань. Пробно висунута мною методологічна концепція критично-правового мислення є синтезом та альтернативою основним типам праворозуміння, тобто «діаметрально протилежним» теоріям природного права та теоріям позитивного права¹. Вітчизняна юриспруденція традиційно вважає ці типи праворозуміння «діалектичною єдністю протилежностей»², залишаючи поза увагою сучасні досягнення логіки та методології науки про те, що: примирення із суперечностями обов'язково призводить до відмови від критики, адже критика призначена для виявлення суперечностей в теорії; думка, що від суперечностей позбавлятися не слід, з необхідністю призводить до кінця і науки і критики³.

У статті «Критично-правове мислення» серед інших проблем, принципів, ідей мною вкрай стисло була розглянута проблема індукції, як одна із найголовніших проблем загальної теорії пізнання, а отже, і пробно висунутої методологічної концепції критично-правового мислення. Завданням цього ж дослідження є спроба більш докладного викладу* аргументів про неможливість індуктивної логіки в науковому дослідженні з метою викликати критичне обговорення цієї проблеми науковцями, особливо правознавцями.

1. Аргументи для розв'язання проблеми індукції.

1.1. Проблема індукції. Найважливішим, а іноді єдиним методом наукового пізнання довгий час вважали лише індуктивний метод. Згідно індуктивістської методології наукове пізнання починається зі спостереження та констатації фактів. Після того, як факти встановлені, починається процес їх узагальнення та висунення теорії⁴.

Засновник критичного раціоналізму К. Поппер вперше сформулював проблему індукції в короткій статті «Критерій емпіричного характеру теоретичних систем» (1933 р.). Юмовська проблема індукції, тобто питання про достовірність законів природи, виникає з явного протиріччя між принципом емпіризму (який стверджує, що тільки «досвід» дозволяє судити про істинність чи хибності фактуального висловлювання) і усвідомленням тієї обставини, що індуктивні (або узагальнюючі) міркування недостовірні⁵. Цю проблему та пропозиції для її вирішення, К. Поппер докладно сформулював та аргументував в знаменитій праці «Логіка наукового дослідження» (1934 р.)⁶. В цій праці К. Поппер підтверджує рішучу антиіндукційну спрямованість своєї концепції⁷. Згідно широко поширеному погляду для емпіричних наук характерно використання так званих «індуктивних методів». Якщо дотримуватися цього погляду, то логіку наукового дослідження доведеться ототожнити з індуктивною логікою, тобто з логічним аналізом індуктивних методів. Виведення зазвичай називається «індуктивним», якщо воно спрямоване від сингулярних висловлювань, іноді званих також «приватними», «одичними» висловлюваннями, до універсальних висловлювань, тобто до гіпотез або теорій. З логічної точки зору далеко не очевидна виправданість наших дій по виведенню універсальних висловлю-

© В. О. Десятник, 2014

* Більш докладний виклад цієї проблеми порівняно з моєю статтею «Критично-правове мислення», але в обмеженому обсязі цієї статті. – В. Д.

вань з сингулярних, незалежно від числа останніх, оскільки будь-який висновок, виведений таким чином, завжди може виявитися помилковим. Багато людей переконані, що істинність таких універсальних висловлювань «відома з досвіду». Однак ясно, що опис будь-якого досвіду-спостереження або результату експерименту – може бути виражене тільки сингулярним висловлюванням і ні в якому разі не є універсальним висловлюванням. Відповідно, коли про деяке універсальне висловлювання кажуть, що істинність його відома нам з досвіду, то при цьому зазвичай мають на увазі, що питання про істинність цього універсального висловлювання можна якось звести до питання про істинність сингулярних висловлювань, які визнаються істинними на підставі наявного досвіду. Інакше кажучи, стверджується, що дане універсальне висловлювання ґрунтується на індуктивному виведенні. Якщо ми прагнемо знайти спосіб виправдання індуктивних висновків, то перш за все нам слід встановити принцип індукції. Такий принцип повинен мати вигляд висловлювання, за допомогою якого ми могли б привести індуктивні виведення до логічно прийнятної форми. Таким чином, принцип індукції повинен бути синтетичним висловлюванням, тобто висловлюванням, заперечення якого не є самосуперечливими, а, навпаки, воно логічно можливо. У цьому зв'язку і виникає питання про те, чому ми взагалі повинні приймати цей принцип і яким чином, виходячи з раціональних підстав, можна виправдати це прийняття. К. Поппер заявляє, що принцип індукції абсолютно зайвий і, окрім того, він неминуче веде до логічних суперечностей. Дійсно, принцип індукції повинен бути універсальним висловлюванням. Тому при будь-яких спробах вивести його істинність з досвіду знову в повному обсязі виникнуть ті ж самі проблеми, для вирішення яких цей принцип був введений. Таким чином, для того, щоб виправдати принцип індукції, нам необхідно застосовувати індуктивні виведення, для виправдання цих останніх доводиться вводити індуктивне виведення більш високого порядку, і так далі. Отже, спроба обґрунтувати принцип індукції, виходячи з досвіду, з необхідністю зазнає краху, оскільки вона неминуче призводить до нескінченного регресу. З точки зору К. Поппера, охарактеризовані труднощі, що виникають в індуктивній логіці, нездоланні. Теорія К. Поппера прямо і безпосередньо виступає проти всіх спроб діяти, виходячи з ідей індуктивної логіки. Вона могла б бути визначена як теорія дедуктивного методу перевірки або як принцип, згідно з яким гіпотезу можна перевірити тільки емпірично і тільки після того, як вона була висунута⁸.

1.2. Відмінність між психологією пізнання та логікою пізнання. Історично К. Поппер знайшов своє нове рішення юмовської психологічної проблеми індукції перш, ніж запропонував рішення логічної проблеми: саме у зв'язку з цим він вперше зрозумів, що індукція – формування віри на основі повторення – це міф⁹. Питання про шляхи, якими нова ідея – наукова теорія – приходять людині, може представляти істотний інтерес для емпіричної психології, але він абсолютно не відноситься до логічного аналізу наукового знання. Логічний аналіз не зачіпає питань про факти, а стосується тільки питань про виправдання або обґрунтованості. Питання другого типу мають такий вигляд: чи можна виправдати деяке висловлювання? Якщо можна, то яким чином? Чи це висловлювання можна перевірити? Чи залежить воно логічно від деяких інших висловлювань? Або, може бути, суперечить їм? Для того, щоб деякий вислів можна було піддати такого роду логічному аналізу, воно повинно вже бути у нас. Воно має бути вже сформульовано та пред'явлено для логічного дослідження. У відповідності зі сказаним К. Поппер чітко розрізняє процес створення нової ідеї, з одного боку, і методи і результати її логічного дослідження – з іншого¹⁰.

1.3. Критична перевірка теорій-гіпотез. Згідно концепції К. Поппера, критична перевірка теорій і відбору їх за результатами такої перевірки завжди йде за наступним шляхом. Із деякої нової ідеї, сформульованої в попередньому порядку і ще не виправданою ні в якому відношенні – деякого передбачення, гіпотези або теоретичної системи, – за допомогою логічної дедукції виводяться наслідки. Потім отримані наслідки порівнюються один з одним і з іншими відповідними висловлюваннями з метою виявлення наявних між ними логічних відносин (типу еквівалентності, виводимості, сумісності або несумісності). К. Поппер особливо підкреслює, що в процедурі перевірки теорій немає і сліду індуктивної логіки. Тут ніде не передбачається можливість переходу від істинності окремих висловлювань до істинності теорій, так само як ніде не допускається, що на підставі «верифікованих» наслідків може бути встановлена «істинність» теорії або хоча б її «ймовірність». У «Логіці наукового дослідження» К. Поппер здійснив детальний аналіз методів дедуктивної перевірки і показав, що в рамках такого аналізу можна розглядати всі проблеми теорії пізнання¹¹.

Розв'язання проблеми індукції популярно пояснили Д. Сепетий та І. З. Шишков. Д. Сепетий відзначає, що вчення про пізнання індуктивним шляхом є хибною інтерпретацією процесу пізнання; *пізнання починається не зі спостереження, а з проблеми, і здійснюється не індуктивним, а гіпотетико-дедуктивним шляхом.* (Курсив мій – В. Д.) Тобто, індукція, чи то логічна (як формальна логічна процедура) чи то психологічна (як психологічний процес), непотрібна для пізнання¹². Якщо раніше вважали, зазначає І. З. Шишков, що пізнання починається із спостережень і досвіду, на основі яких потім у результаті їх узагальнення формуються теорії, то тепер, згідно нової методологічної установки, теорії не виникають з наших спостережень і експериментів, а лише перевіряються на них, тобто критичний раціоналізм К. Поппера не відмовляється зовсім від спостережень і експериментів, вони просто відіграють роль перевірок. Однак він відкидає будь-яку можливість індуктивного методології, бо індуктивний процес фактично не здійснимий, це міф¹³.

2. Додаткові аргументи для розв'язання проблеми індукції викладені в класичній праці К. Поппера «Об'єктивне знання. Еволюційний підхід» опублікованої в 1972 р., тобто, майже через сорок років після опублікування статті «Критерій емпіричного характеру теоретичних систем» (1933 р.) та знаменитої праці «Логіка наукового дослідження» (1934 р.). Під традиційною філософською проблемою індукції К. Поппер має на увазі формулювання: *Чим обґрунтовані індуктивні виведення?* Це формулювання припускає, що існу-

ють індуктивні виведення і правила здійснення індуктивних виведень, а це припущення з тих, які не можна приймати некритично, і яке К. Поппер вважає помилковим. І тому його основне завдання – заново сформулювати цю проблему¹⁴.

2.1. Проблема індукції та теорія пізнання, притаманна здоровому глузду. Теорія пізнання, притаманна здоровому глузду – це теорія, найбільш відоме формулювання якої таке: «в нашому розумі немає нічого, окрім того, що потрапило туди через органи чуття»¹⁵. І все ж у нас є очікування, і ми віримо в певні закономірності (закони природи, теорії). Це призводить до проблеми індукції з точки зору здорового глузду: *Як могли виникнути ці очікування і вірування?* Здоровий глузд дає таку відповідь: з повторюваних спостережень, зроблених у минулому, – ми віримо, що сонце зійде завтра, тому що воно робило це в минулому. З точки зору здорового глузду, просто вважається само собою зрозумілим (при цьому для нього не виникає жодних проблем), що наша віра в закономірності підтверджується тими самими багаторазовими спостереженнями, які призвели до її виникнення. *Походження разом з підтвердженням – і те й інше на ґрунті повторення.* (Курсив мій – В. Д.). Це філософія з часів Арістотеля і Цицерона називають «індукція»¹⁶.

2.2. Подвійний зміст проблеми індукції Юма та його наслідки. Додатково до відмінностей між психологією пізнання та логікою пізнання (1934 р.)^{*}, в 1972 р. К. Поппер доповнив тим, що Юм поставив дві проблеми: логічну (моя позначка проблеми – «Юлог» – В. Д.) і психологічну (моя позначка – «Юпсих» – В. Д.). Один із важливих моментів полягає в тому, що дві його відповіді на ці дві проблеми в деякому розумінні суперечать один одному. Логічна проблема – *Юлог: Чи виправаний у наших міркуваннях перехід від випадків, [повторно], що зустрічалися в нашому досвіді, до інших випадків [висновків], з якими ми раніше не зустрічалися?*¹⁷ Відповідь Юма: ні, яка б велика не була кількість повторень. Психологічна проблема – *Юпсих: Чому, незважаючи на це, всі розумні люди очікують і вірять, що випадки, що не зустрічалися раніше в їхньому досвіді, будуть відповідати випадкам з їхнього досвіду?*¹⁸ Відповідь Юма: це відбувається за «звичаєм або звичкою», тобто через те, що це обумовлено повторенням і механізмом асоціації ідей – механізмом, без якого, каже Юм, ми навряд чи змогли б вижити. У результаті отриманих Юмом висновків він – один з найбільш раціонально мислячих людей в історії – перетворився на скептика і одночасно віруючого – віруючого в ірраціональну епістемологію¹⁹.

Зростання нерозуму, – з безнадією сформулював свій висновок Б. Рассел, – протягом ХІХ ст. і те, що відбулося в ХХ ст., є природним наслідком Юмового руйнування емпіризму. Через те, дуже важливо дослідити, чи є хоч якась відповідь Юмові в межах філософії, цілком або переважно емпіричної. Якщо нема, то не існує ніякої інтелектуальної різниці між душевним здоров'ям і божевільям. Божевільного, що вірить, ніби він варене яйце, можна звинуватити тільки на тій підставі, що він у меншості, чи радше – оскільки ми можемо не визнавати демократії – на тій підставі, що в уряді інша думка. Такий погляд уже розпачливий, і слід сподіватися, що є якийсь спосіб уникнути його²⁰.

Всяка спроба, – завершує свій висновок Б. Рассел, – дійти від окремих спостережень до загальних наукових законів приречена на невдачу і емпірикові не уникнути Юмового скептицизму. Звичайно, самого принципу без колової аргументації (*за Поппером – без нескінченного регресу – В. Д.*) не можна вивести зі спостережуваної регулярності, оскільки саме він має виправдовувати будь-яке таке виведення. Отже, він повинен або бути незалежним принципом, або виводитись із незалежного принципу, що не ґрунтується на досвіді. Юм довів цим принаймні те, що чистий емпіризм не є достатньою основою для науки²¹.

2.3. Переформулювання та розв'язання логічної проблеми індукції. К. Поппер надає першорядне значення відмінності між логічною та психологічною проблемами індукції, які неявно містяться в трактуванні Юма. Один з основних принципів підходу К. Поппера полягає в тому, щоб, маючи справу з логічними проблемами, переводити всі суб'єктивні або психологічні терміни, особливо «вірування чи думка» тощо, в об'єктивні терміни. Ця процедура переведення на об'єктивний, логічний або «формальний» стиль висловлювань буде застосовуватися до *Юлог* і не буде застосовуватися до *Юпсих*, але як тільки логічна проблема *Юлог* буде вирішена, це рішення буде перенесено на психологічну проблему *Юпсих* на основі наступного принципу переносу: що вірно в логіці, то вірно і в психології. Аналогічний принцип в основному дотримується для так званого «наукового методу», а також для історії науки: що вірно в логіці, вірно і в науковому методі, і в історії науки. Один із головних висновків К. Поппера полягає в тому, що, оскільки Юм має рацію в тому, що в логіці не існує такої речі, як індукція на основі повторення, то за принципом перенесення такої речі не може бути й у психології (або в науковому методі і в історії науки): ідея індукції на основі повторення повинна розглядатися як така, що виникла помилково – як свого роду оптична ілюзія. Коротше кажучи: не існує такої речі, як індукція на основі повторення. Відповідно до вищесказаного, К. Поппер переформулює юмовську проблему *Юпсих* в об'єктивні, або логічні, терміни. Для цього замість юмовських «випадків з нашого досвіду» він підставляє «перевірочні висловлювання», тобто поодинокі висловлювання, що описують доступні спостереженню події («висловлювання спостереження» або «базисні висловлювання»), а «випадки, що не зустрічалися в нашому досвіді», замінює на «універсальні пояснювальні теорії». В результаті він зміг сформулювати юмовську логічну проблему індукції наступним чином: *Лог1 (позначка моя – В. Д.) – Чи можна істинність деякої пояснювальної універсальної теорії виправдати «емпіричними причинами», тобто припущенням істинності певних перевірочних висловлювань, або висловлювань спостереження (які, можна сказати, «засновані на досвіді»)?* Відповідь К. Поппера на цю проблему така ж, як у

* Див. розділ 1.2 цього дослідження. – В. Д.

Юма: ні, це неможливо; ніяка кількість істинних перевірочних висловлювань не може служити виправданням істинності пояснювальної універсальної теорії. Однак є ще друга логічна проблема індукції *Лог2* (позначка моя – В. Д.), що є узагальненням проблеми *Лог1*. Вона виходить з *Лог1* простою заміною слова «істинність» словами «істинність або хибність»: *Лог2* – Чи можна істинність або хибність деякої пояснювальної універсальної теорії виправдати «емпіричними причинами», тобто чи може припущення істинності певних перевірочних висловлювань виправдати істинність або хибність універсальної теорії? На цю проблему К. Поппер дає ствердну відповідь. Так, припущення істинності перевірочних висловлювань іноді дозволяє нам виправдати твердження про хибність пояснювальної універсальної теорії. Ця відповідь набуває великого значення, якщо подумати про ту проблемну ситуацію, в якій виникає проблема індукції. К. Поппер має на увазі ситуацію, в якій перед нами виявляється декілька пояснювальних теорій, що пропонують конкуруючі рішення деякої проблеми пояснення, наприклад наукової проблеми, а також той факт, що ми повинні або – принаймні – хотіли б вибрати одну з них. Ми вже бачили, Б. Рассел каже, що, не вирішивши проблему індукції, ми не можемо зробити вибір між (хорошою) науковою теорією і (поганою) науковою ідеєю божевільного. Юм також думав про конкуруючі теорії. «Припустимо [пише він], що будь-хто ... висловлює судження, з якими я не згоден, наприклад ... що срібло плавиться легше, ніж свинець, що ртуть важче золота...»²². Ця проблемна ситуація – проблема вибору з декількох теорій – наводить на думку про третє формулювання проблеми індукції: *Лог3* (позначка моя – В. Д.) – Чи може пріоритетність – з точки зору істинності чи хибності – деяких конкуруючих універсальних теорій в порівнянні з іншими бути виправдана «емпіричними причинами»? У світлі відповіді К. Поппера на *Лог2* відповідь на *Лог3* стає очевидною: так, іноді це можливо, якщо пощастить. Адже може так статися, що наші перевірочні твердження спростують деякі – але не всі – з конкуруючих теорій, а оскільки ми шукаємо справжню теорію, то віддамо перевагу тим з них, хибність яких поки ще не встановлена. Негативна відповідь К. Поппера на проблему *Лог1* слід розуміти в тому сенсі, що всі закони або теорії слід вважати гіпотетичними, або припущеннями, тобто просто здогадами. «Індукція» – в сенсі позитивної відповіді на *Юлог* або *Лог1* – індуктивно невірна і навіть парадоксальна. Адже з позитивної відповіді на *Лог1* випливає, що наш науковий опис світу приблизно вірний. З цим К. Поппер згоден, незважаючи на його негативну відповідь на *Лог1*. Ясно, що, який би метод ми не використали, шанси виявити справжні закономірності дуже малі, в наших теоріях буде безліч помилок і ніякий загадковий «канон індукції», базовий чи ні, не може оберекти нас від цих помилок. А про це якраз і йдеться в негативній відповіді К. Поппера на *Лог1*. Отже, оскільки з позитивної відповіді випливає її заперечення, ця позитивна відповідь невірна. Відповіді К. Поппера на *Лог2* і *Лог3* дають чітку відповідь на питання Б. Рассела*, тому що К. Поппер може сказати: так, принаймні в деяких випадках можна вважати, що марення божевільного спростовується досвідом, тобто перевірочними висловлюваннями. В інших випадках це марення може не підлягати перевірці і тим самим буде відрізнятися від наукових теорій – саме у зв'язку з цим виникає проблема демаркації^{23**}.

Індукція – це безнадійна плутанина, ... індукція не відіграє ніякої ролі в методі науки та зростанні науки²⁴.

Отже, в цьому дослідженні викладені аргументи про неможливість індуктивної логіки в науковому дослідженні, а це означає, що в рамках критично-правового мислення усі правові теорії необхідно вважати припущеннями, які можна перевіряти критично з допомогою дедуктивної логіки.

¹ Див. докладніше мою статтю «Критично-правове мислення» // Часопис Київського університету права. – 2014. – № 3.

² Рабінович П. Праворозуміння «природне» та «легістське»: неминучість співіснування // Право України. – 2009. – № 3. – С. 66.

³ Поппер К. Что такое диалектика? // Вопросы философии. – 1995. – № 1. – С. 118–138. Див. також: Садовский В. Н. Карл Поппер, Гегелевская диалектика и формальная логика // Вопросы философии. – 1995. – № 1. – С. 139–148; В. А. Смирнов. К. Поппер прав: диалектическая логика невозможна // Вопросы философии. – 1995. – № 1. – С. 148–151.

⁴ Історія філософії: підручник / В. І. Ярошевець, О. В. Александрова, Г. С. Аляев та ін.; за ред. В. І. Ярошевця. – К. Видавничо-поліграфічний центр «Київський університет», 2010. – С. 573. (Див. докладніше: Філософська доктрина К. Поппера. – С. 563–577).

⁵ Поппер К. Критерий эмпирического характера теоретических систем // Поппер К. Логика и рост научного знания. – М.: Прогресс, 1983. – С. 236, 237.

⁶ Поппер К. Логика научного исследования: Пер. с англ. / Под общ. ред. В. Н. Садовского. – М.: Республика, 2004. – 447 с.

⁷ Садовский В. Н. Карл Поппер и Россия. – М.: Эдиториал УРСС, 2002. – С. 37.

⁸ Див. докладніше: Поппер К. Логика научного исследования. – С. 24–26.

⁹ Поппер К. Объективное знание. Эволюционный подход / Пер. с англ. Д. Г. Лахути. Отв. ред. В. Н. Садовский. – М.: Эдиториал УРСС, 2002. – С. 33. (Див. докладніше: Раздел 10. Предыстория моей переформулировки юмовской психологической проблемы индукции.)

¹⁰ Поппер К. Логика научного исследования. – С. 27. (Див. докладніше: Раздел 2. Устранение психологизма.)

¹¹ Див. докладніше: Поппер К. Логика научного исследования. – С. 27–29.

¹² Сепетий Д. П. Критичний раціоналізм Карла Поппера: пізнання шляхом спроб і помилок, припущень і спростувань // Гуманітарний вісник Запорізької державної інженерної академії. – Вип. 40. – 2010. – С. 76.

* Див. розділ 2.2, передостанній абзац, цього дослідження. – В. Д.

** Проблема демаркації, тобто проблема меж наукового знання буде розглянута окремо. – В. Д.

- ¹³ Шишков И. З. В поисках новой рациональности: Философия критического разума. Изд. 2-е. – М.: Едиториал УРСС, 2010. – С. 106.
- ¹⁴ Поппер К. Объективное знание. – С. 13.
- ¹⁵ Див. докладніше: Поппер К. Объективное знание. – С. 66–70. (*Ошибочная теория познания, основанная на здравом смысле.*)
- ¹⁶ Поппер К. Объективное знание. – С. 14. (Див. докладніше: Раздел 1. Проблема индукции с точки зрения здравого смысла.)
- ¹⁷ Юм Д. Трактат о человеческой природе / Юм Д. Сочинения в 2 т. – М., 1966. – Т. 1. – С. 189, 239–240.
- ¹⁸ Там само.
- ¹⁹ Поппер К. Объективное знание. – С. 14, 15. (Див. докладніше: Раздел 2. Две юмовские проблемы индукции. Раздел 3. Важные следствия концепции Юма.)
- ²⁰ Рассел Бертран. История западной философии / Пер. з англ. Ю. Лісняка, П. Тарашука. – К.: Основи, 1995. – С. 562.
- ²¹ Там само. (Див. докладніше: стаття «Юм».)
- ²² Юм Д. Трактат о человеческой природе. – С. 193.
- ²³ Поппер К. Объективное знание. – С. 16–19. (Див. докладніше: Раздел 4. Мой подход к проблеме индукции. Раздел 5. Логическая проблема индукции: переформулировка и решение.)
- ²⁴ Див. докладніше: Поппер К. Объективное знание. – С. 88–103. (*Дополнительные соображения об индукции. Разделы 26–32.*)

Резюме

Десятник В. О. Критично-правове мислення: ілюзія індукції.

В цьому дослідженні викладені аргументи про неможливість індуктивної логіки в науковому дослідженні, а це означає, що в межах критично-правового мислення усі правові теорії необхідно вважати припущеннями, які можна перевіряти критично з допомогою дедуктивної логіки.

Ключові слова: критично-правове мислення, ілюзія індукції, логічна проблема індукції, психологічна проблема індукції, індуктивна логіка, індуктивна методологія, дедуктивна логіка, гіпотетико-дедуктивний метод.

Резюме

Десятник В. А. Критически-правовое мышление: иллюзия индукции.

В этом исследовании изложены аргументы о невозможности индуктивной логики в научном исследовании, а это значит, что в пределах критически-правового мышления все правовые теории необходимо считать предположениями, которые можно проверять критически с помощью дедуктивной логики.

Ключевые слова: критически-правовое мышление, иллюзия индукции, логическая проблема индукции, психологическая проблема индукции, индуктивная логика, индуктивная методология, дедуктивная логика, гипотетико-дедуктивный метод.

Summary

Desiatnyk V. Critical legal thinking: illusion induction.

In the present study set out arguments about the impossibility of inductive logic in scientific research, which means that in the critical legal thinking all legal theory must be considered hypotheses that can be checked using critical deductive logic.

Key words: critical legal thinking, illusion induction, logical problem of induction, psychological problem of induction, inductive logic, inductive methodology, deductive logic, hypothetical-deductive method.

УДК 340.15; 342.56; 347.97/99

А. Ю. ІВАНОВА

Анастасія Юріївна Іванова, кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник Інституту держави і права В. М. Корецького НАН України

КРИЗА ВЛАДИ І ПОЗАДЕРЖАВНЕ СУДІВНИЦТВО: З ДОСВІДУ УКРАЇНСЬКОЇ РЕВОЛЮЦІЇ 1917–1921 РР.¹

Істориків права як фахових юристів природно цікавить юридична матерія, тому предметом їх досліджень є переважно державно-правові механізми та інститути у їх розвитку. Разом із тим, поза увагою часто лишаються недержавні інститути публічної влади. Водночас, одним з найдавніших інструментів вирішення спірних правовідносин, невіршених державною владою, в умовах кризи влади, був і залишається самосуд – згадаємо «смітникову люстрацію». Історія знає й інші аналогічні інструменти – спробуємо простежити це на матеріалах періоду української революції.

Сучасна теорія права і держави трактує судову владу як одну із галузей державної влади, основним завданням якої є здійснення правосуддя² або як незалежну гілку судової влади, що володіє виключним правом здійснювати правосуддя та доводити його до виконання³.

Водночас, погодимося з І. В. Музиною, історико-правовим реаліям відповідає позиція учених, які вважають поняття судова влада ширшим від поняття державна, а судову владу трактують як самостійну, незалежну сферу публічної влади⁴, а не суто державної. Адже виокремлення спеціальних органів судової влади відбулося вже після розвитку та впровадження в конституційну теорію та практику теорії розподілу влади, загально визнаною є і наявність судової влади в додержавний період. Зауважимо лише, що у позадержавних судових органів це радше їх повноваженнями, на відміну від обов'язку реалізації судової функції державними судовими органами.

Співвідношення участі державних та позадержавних судових органів у реалізації судово-владних повноважень є важливим елементом змісту судово-владних правовідносин. Відсутність або незначна кількість недержавних органів судової влади в різних випадках може свідчити: 1) про малу консолідованість суспільства, нездатність його до самоорганізації, 2) про високий ступінь централізації влади та антидемократичність політичного режиму, 3) або навпаки – про ефективність державних судових органів та довіру суспільства до державних інституцій та державної влади загалом.

Особливого значення ця проблема набуває у державах перехідного періоду, для яких характерним є неусталеність та нестабільність як державної влади загалом, так і її механізмів (апарату) зокрема. До яких безперечно відноситься і період української революції 1917–1921 рр.

Зауважимо, що судову владу у згаданий період доводиться розглядати у двох, іноді паралельних, площинах – нормативній (законодавчій) та фактичній. З одного боку, на законодавчому рівні організація судової влади достатньо регламентована, існують численні конкретні підтвердження реального впровадження саме такої організації, однак функціонування цієї «ідеальної» системи постійно переривається у часі та просторі, що ускладнює її дослідження та реконструкцію, а отже і виявлення певних її тенденцій та закономірностей.

Посилює таку дуалістичність і те, що перехідні суспільства, на етапі вибудовування державно-правових інститутів, вертикалі державної влади та системи права загалом, орієнтовані на категорії публічного права, більше ніж приватного, а на публічно-правові відносини – більше, ніж на приватно-правові. Це відбувається як на правотворчому, так і на правозастосовному рівні та утворює додатковий простір для недержавного регулювання приватно-правових відносин, що потребують такого регулювання.

Та, мабуть, найважливішим фактором стала часта зміна влади в центрі та на місцях, регулярне вимушене фізичне переміщення чинних органів влади, що спричиняло відсутність судових органів влади на місцях та унеможлиблювала нормальну реалізацію судової функції. При цьому необхідність реформування місцевих судових органів була недооціненою вищими органами влади. Не маючи фізичної змоги контролювати місцеву владу, не вважаючи це питанням першої необхідності, влада втрачала підтримку свого населення, яке не відчувало авторитету держави та змушене було самостійно вирішувати питання, традиційно віднесені до державної компетенції. Очікуваним наслідком цих процесів стало активне застосування населенням інструментів самосуду та самоправства, що також стали прикметою часу.

Цікавою є правова природа цих інститутів. Сьогодні самосуд заборонений міжнародним правом і національним законодавством та однозначно негативно оцінюється у правовій думці. Так, юридична енциклопедія визначає самосуд як розправу над особою без належних на те підстав і в позасудовому порядку⁵. Самоправство визначається кримінальним кодексом як самовільне, всупереч установленому законом порядку, вчинення будь-яких дій, правомірність яких оспорується окремим громадянином або підприємством, установою чи організацією, якщо такими діями була заподіяна значна шкода інтересам громадяни. Зокрема склад злочину охоплює здійснення особою свого дійсного права чи вчинення інших дій всупереч встановленому порядку і без законних повноважень.

Водночас, у конкретно-історичних умовах поширене використання цих інститутів було якщо і не виправданим, то, принаймні, зрозумілим та прогнозованим явищем.

В умовах відсутності органів державної влади на місцях та за умови додержання певних правил, в конкретних історичних умовах зазначені інститути можуть оцінюватися як форма прямого (безпосереднього) народовладдя та виступати додатковим свідченням того, що народ по відношенню до держави є первинним, саме народ є джерелом судової влади в державі.

На користь цих роздумів свідчить і, як правило, відсутність наступного покарання поновленими державними органами судової влади. Звичайно не можна виключати і такі чинники як колективний характер прийняття та виконання рішення, а отже неможливість встановити особу підозрюваного; і підтримка сільського керівництва, яке часто реагувало стандартними заявами, що самосуд вчинено цілою громадою⁶; а у випадках міських самосудів, здебільшого здійснюваних розлученим натовпом, це й фізична неспроможність нечисленних представників правоохоронних органів протистояти натовпу.

Утім, при додержанні двох умов: 1) фактичної відсутності органів державної влади на місцях на момент здійснення самосуду та/або самоправства та 2) «розумності» або співвідносності покарання із заподіяною шкодою; справедливості відновленого права; застосування вказаних інструментів видається виправданою конкретно-історичних умовах. Значною мірою увага народу до цих засобів пояснюється також оперативністю реагування навіть порівняно з недержавними органами влади та традиційністю цих інститутів у суспільній свідомості.

З огляду на це виникає питання, чи є обидва види «самосудів» однопорядковими явищами та чи доречним застосування терміна «самосуд» до всіх випадків здійснення судової функції нетиповими органами влади. Принаймні із впевненістю можна погодитися з тими авторами, які розрізняють різні види «самосу-

дів» або дій, кваліфікованих як самосуди. С. Дровозюк розрізняє *традиційне селянське судочинство* з установленими ритуалами і *самосуди, здійснювані сільськими активістами*⁷. С. Г. Борисенко розрізняє *сільські та міські самосуди* – самосуди в містах здебільшого здійснював натовп, цілком випадковий за своїм складом, у той час як самосуди на селі були справою обмеженої кількості мешканців певного селища, що добре знали як одне одного, так і підозрюваного у вчиненні злочину⁸.

Неабияку роль у здійсненні «самосудів» грали органи сільського місцевого самоврядування, які в умовах відсутності або слабкості органів державної влади перебрали на себе її функції та повноваження, у тому числі в сфері судівництва. Так, поширеною була практика коли рішення, кваліфіковані як самосуд, приймалися на сільських сходах або їх виконавчими органами – сільськими комітетами. Отже, традиція сільського судочинства, занепадала з розвитком державних органів влади, швидко відновилася в умовах кризи цієї влади та склала їй повноцінну альтернативу та неабияку конкуренцію. Зокрема, відомі непоодинокі випадки, коли при невдоволенні рішенням окружного суду сторона зверталася до органів місцевого самоврядування, які брали на себе вирішення та реально вирішували спірні правовідносини⁹.

Видається, що можна констатувати, в перехідних державах, в умовах кризи державної влади використання інструменту самосудів є об'єктивною даністю, збільшення кількості самосудів може слугувати однією з ознак кризи державної влади, та/або свідчити про неефективність судової влади в державі.

Ще одним наслідком суспільно-політичних умов досліджуваного періоду стало здійснення судочинства військово-польовими судами іноземних держав – союзників на українських територіях, що породжувало чимало правових колізій, починаючи від правових підстав їх діяльності, співвідношення їх юрисдикції з юрисдикцією місцевих органів судової влади, завершуючи колізіями застосовного ними матеріального та процесуального права з місцевими правовими нормами. О. В. Тимошук зазначає, що союзники не відразу категорично ставили питання про підсудність українських громадян своїм військово-польовим судам, а остаточно в ультимативній формі поставили перед П. Скоропадським лише після того, як було вирішено усунути від влади Центральну Раду. Однак і до отримання розпоряджень верховного командування щодо здійснення правосуддя на території України командири військових частин Німеччини та Австро-Угорщини діяли на свій розсуд.

Так, за свідченнями командуючого Східною австро-угорською армією від 23 квітня 1918 р., «українські громадяни, які ображають насильницькими діями зі зброєю в руках осіб імператорських збройних сил, розстрілюються відразу на місці»¹⁰. У квітні 1918 р. один за одним з'являються два накази маршала Ейгхорна та командувача Австро-угорською Східною армією згідно з якими на «всі провини проти громадського порядку, всі карні злочини, як і всі злочинні вчинки проти німецьких і союзних військ, а також проти осіб, належних до них» поширювалась юрисдикція виключно німецьких та австро-угорських військово-польових судів. Згодом українською та союзницькою сторонами було вироблено певні принципи розмежування українських та німецько-австрійських судів, однак окремі факти втручання союзників у справи української юрисдикції продовжувалися і потому.

Радянська історіографія однозначно негативно оцінювала таку діяльність союзників на території України. Однак, слід враховувати, що ситуація значною мірою склалася через неефективність або відсутність місцевих судових органів державної влади. Так, О. В. Тимошук доводить, що союзна підсудність мала тимчасовий характер та не загрожувала українській незалежності. Його думку продовжує А. В. Макаруч: «Це сприяло оздоровленню загальної кримінальної ситуації в країні, а також ефективності боротьби з комуністично-анархічними течіями. Це той національний інтерес, яким було прийнятним поступитись заради досягнення спокою та порядку в країні»¹¹.

До маловивчених належить питання про те, яким чином функції судової влади реалізовувались у стійких позадержавних військових формуваннях. Можна припустити, що в угрупованнях, що сповідували анархістську ідеологію, спеціальних судових органів не мало бути. Однак у резолюції З'їзду трудящих та повстанців в Олександрівську *Про добровільну мобілізацію* зустрічаємо згадку про формування військової організації за територіальною ознакою (у селах, волостях, повітах) з виборним командним складом, господарсько-судовими органами при частинах, починаючи з полків. Відомо, що від березня 1919 р. до червня 1920 р. судові функції виконувала махновська контррозвідка. 20 жовтня 1919 р. в Олександрівську був проголошений проект *Декларації Революційно-повстанської армії України (махновці) про Вільні Ради*, в якому зазначалось: «Істинне правосуддя має бути організованим, але живим, вільним, творчим актом гуртожитку. Самооборона населення має бути справою вільної, живої самоорганізації. Тому будь-які змертвілі форми правосуддя, судові установи, революційні трибунали, уложення про кари, поліцейські або міліцейські інститути, надзвичайки, тюрми... – все це має відпасти саме по собі...».

Для підтримання дисципліни в армії були введені покарання владою командира за малі порушення, а за серйозні – «суди честі», коли відкрите зібрання виносило покарання¹². Історик О. В. Шубін зазначає, що головним судовим органом махновців від 9 липня 1920 р. стала «комісія протимахновських справ» в складі С. Каретнікова, Д. Попова та І. Кузьменка. Комісія виконувала судово-слідчі функції та приймала рішення на підставі опитувань (доносів) мешканців. Якщо дозволяв час, процедура суду була довшою і передбачала спробу заігувати на свій бік полонених червоноармійців і командирів. Такі суди-митинги з агітацією та виправданням підсудних були рідкісними, але самі виправдання за результатами опитувань населення – доволі типовими¹³.

На східноукраїнській території певний час поширювалась юрисдикція заснованого 20 вересня 1918 р. Донського сенату, діяльність якого висвітлює В. В. Раков¹⁴. Архівні матеріали свідчать і про існування спеціальних органів – судово-слідчих комісій – в армії А. І. Денікіна¹⁵.

Таким чином можна виокремити декілька критеріїв для характеристики позадержавних органів судової влади періоду української революції 1911–1921 рр.

По-перше, у переважній більшості це місцеві органи влади. Очевидно ситуація пояснюється тим, що центральна та вища ланки були більшою чи меншою мірою контрольовані державою.

По-друге, за характером свого утворення відносно населення позадержавні судові форми можна поділити на: 1) громадська самоорганізація, не завжди інституційно оформлена. Визнається місцевим населенням та користується в нього авторитетом і довірою, отже здійснює свої повноваження підставі «усного мандату» населення; 2) органи, здатні забезпечити реальне прийняття та виконання своїх рішень завдяки примусу та діють незалежно від визнання чи невизнання їх населенням.

По-третє, цікаво, що головним, первинним джерелом права, застосованим громадською самоорганізацією виступала правосвідомість у різних її формах (правосвідомість народу, натовпу, революційна правосвідомість). Друга група позадержавних органів в якості джерел права переважно застосувала накази власного керівництва та революційну правосвідомість.

Також цікаво, що розподіл юрисдикції між першою та другою групою органів визначався декількома способами. 1) за суб'єктом вчинення правопорушення. Так, місцеве самоврядування «цікавлять» злочини, вчинені на території відповідної громади або членами відповідної громади. 2) за об'єктом правопорушення – карні злочини, злочини проти громадського порядку (отже, публічно-правові відносини) є предметом інтересу органів, надзвичайної юстиції. А за урегулюванням приватно-правових відносин сторони у разі необхідності переважно зверталися до органів місцевого самоврядування.

Звичайно викладені принципи та способи є далеко не абсолютними, відомо про їх численні порушення. Очевидними є і колізії між різними недержавними органами – наприклад, карні злочини, вчинені на території певної громади. Однак, на рівні загальних принципів думається такий умовний розподіл мав місце бути.

Загалом історичний досвід переконливо свідчить, якщо існують спірні правовідносини, вони мають бути врегульовані, а виконання відповідних рішень має бути належним чином забезпечене. Якщо державна влада нездатна нормально здійснювати свої повноваження та реалізовувати судову функцію, або якщо вона робить це неефективно та не задовольняє попит народу на справедливий та неупереджений суд, рано чи пізно ця лакуна буде заповнена позадержавними формами.

В умовах кризи влади на перший план виходить громадська самоорганізація, яка бере на себе відповідальність здійснювати непритаманні їй функції, має реальну силу та не потребує державного примусу, адже діє на підставі мандату від населення та користується його високою довірою та підтримкою. Видається, що саме така громадська самоорганізація має поступово формалізуватися в органи місцевого самоврядування, які лишатимуться діяти і в умовах відновленої державної влади.

¹ Публікована стаття є частиною колективного дослідження, присвяченого історії судової влади в Україні.

² Сірий М. І. Судова влада // Юридична енциклопедія / За ред. Ю. С. Шемшученка. – Т. 5. – К., 2003. – С. 699.

³ Скакун О. Ф. Судова влада, судова система, судочинство, правосуддя: співвідношення понять // Суд. влада в Україні і світі: історія, сучасність, перспективи розвитку: мат. XXV міжнар. іст.-прав. конф., 16–18 вер. 2011 р., м. Саки / ред. кол.: І. Б. Усенко та ін. – К.; Сімферополь, 2011. – Ч. 1. – С. 20.

⁴ Музика І. В. Сутнісні характеристики судової влади як предмет історико-правового дослідження // Там само. – Ч. 1. – С. 166.

⁵ Шишкін В. В. Самосуд // Юридична енциклопедія. – Т. 5. – С. 418.

⁶ Центральний державний історичний архів України в м. Києві (ЦДАУК), ф. 317, оп. 4, спр. 5785, арк. 1, 2, 27; Лозовий В. С. Селянська правосвідомість у добу Української революції (1917–1921 рр.) / В. С. Лозовий // Український історичний журнал. – 2005. – № 6. – С. 91.

⁷ Дровозюк С. Селянський самосуд 1917–1930-х рр. XX ст. як соціально-психологічний феномен (історіографічні нотатки) / С. Дровозюк // Проблеми історії України: факти, судження, пошуки : міжвідомчий зб. наук. праць. – 2004. – Вип. 10. – С. 284–293.

⁸ Борисенко С. Самосуди на карними злочинцями в 1917 році // Праці комісії для вивчення звичаєвого права України. – К., 1928. – Вип. 3. – С. 213–234.

⁹ Там само. – С. 226.

¹⁰ Тимошук О. В. Охоронний апарат Української держави (квітень–грудень 1918 р.): Монографія. – Х., 2000. – С. 379.

¹¹ Макаруч А. В. Правовий режим і юридичні наслідки перебування військових сил держав Четверного союзу на території України у 1918 році: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Макаруч Арсен Володимирович; Нац. акад. наук України, Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького. – К., 2013. – 20 с.

¹² Азаров В. Махновская контрразведка. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.agentura.ru/library/azarov/>

¹³ Шубин А. Махно и махновское движение / А. В. Шубин. – М.: «МИК», 1998. – 176 с.

¹⁴ Раков В. В. Из судебной практики Правительствующего сената в 1919 г. / В. В. Раков // Суд. влада в Україні і світі: іст., сучасність, перспективи розвитку: мат. XXV міжн. іст.-прав. конф., 16–18 верес. 2011 р., м. Саки / ред. колегія: І. Б. Усенко (голова) та ін. – К.; Сімферополь, 2011. – Ч. 1. – С. 62.

¹⁵ ЦДАВО України, ф. 998, оп. 1, спр. 1.

Резюме

Іванова А. Ю. Криза влади і позадержавне судівництво: з досвіду української революції 1917–1921 рр.

Проаналізовано засоби здійснення судової функції у період кризи державної влади на матеріалах української революції 1917–1921 рр. Виокремлено два найпоширеніших засоби: 1) самосуд та самоправство; 2) надзвичайна юстиція. Зроблено

висновок, що в умовах кризи державної влади самосуди є об'єктивною даністю, збільшення їх кількості може слугувати однією з ознак кризи державної влади, та/або свідчити про неефективність судової влади в державі.

Ключові слова: самосуд, самоправство, період української революції 1917–1921 рр., перехідні держави.

Резюме

Иванова А. Ю. Кризис власти и внесударственные судебные органы в период украинской революции 1917–1921 гг.

Проанализированы способы осуществления судебной функции в период кризиса государственной власти на материалах периода украинской революции 1917–1921 гг. Выделено два наиболее распространенных способа: 1) самосуд и самоуправство; 2) чрезвычайная юстиция. Сделан вывод, что в условиях кризиса государственной власти самосуд есть объективной данностью. Увеличение количества самосудов может служить одним из признаков кризиса государственной власти, и/или свидетельствовать о неэффективности судебной власти в государстве.

Ключевые слова: самосуд, самоуправство, период украинской революции 1917–1921 гг., переходные государства.

Summary

Ivanova A. Crisis of the State power and non-state courts during the Ukrainian revolution of the 1917–1921th.

Analyzed ways to implement the judicial function in times of crisis of state power on the material period of the Ukrainian revolution of 1917–1921. Determines two ways: 1) lynching and arbitrariness and 2) Emergency justice. It is concluded that in the transition states lynching is objective reality. Increasing the number of lynching can be one of the signs of the crisis of the government, and / or evidence of the ineffectiveness of the judiciary in the State.

Key words: lynching, arbitrariness, the Ukrainian revolution of the 1917–1921th., transition state.

УДК 340.12 (477)

Є. Д. КОПЕЛЬЦІВ-ЛЕВИЦЬКА

*Єлизавета Деонізіївна Копельців-Левицька,
кандидат юридичних наук, доцент Дрогобицького
державного педагогічного університету імені
Івана Франка*

РЕАЛІЗАЦІЯ ГУМАНІСТИЧНОГО ПОТЕНЦІАЛУ ПРАВОВОЇ СИСТЕМИ УКРАЇНИ В ОПОЗИЦІЇ ПРАВОВИХ СИСТЕМ СХІД-ЗАХІД

Ментальність українського народу, як і будь-якого етносу взагалі, відображається не лише у змісті національної правової системи, й, як ми вже зазначили, у правовому стилі її функціонування. Власне ці два аспекти прояву ментальності виступають водночас критеріями визначення приналежності українців і як етносу, і як держави до тієї чи іншої глобальної правової системи.

Правові системи можна означити в рамках аксіологічного співвідношення між правом і справедливістю. Правом – у сенсі узагальненого розуміння як прав людини, і справедливістю як ключовою проблемою співвідношення між людьми. При цьому варто наголосити, що актуальність двох частин зазначеного співвідношення з часом

Цей факт доводиться констатувати із жалем, бо, як зазначають дослідники, ніколи ще концепція прав людини не мала такої ваги і авторитету й водночас не була предметом скепсису та критики, як у наш час. З одного боку, права людини вважаються добрим і справедливим «спільним ідеалом» для всіх, «нормативним мірилом», що претендує на універсальну і безумовну концепцію у всьому світі, а з іншого – риторичною фігурою, за якою приховують не надто привабливий реальний стан справ, прикриттям подвійних стандартів і всякого роду цинічних імперіалізмів¹.

З утвердженням справедливості в сьогоденних умовах так само не все гаразд. Потреба в ній не лише не зникла, й набуває гострої форми, особливо серед незахищених верств населення. Хоча один з найавторитетніших у сучасному світі філософів права – Поль Рікер стверджує: «Наше перше входження у сферу права хіба ж не визначається вигуком: «Це несправедливо!» Такий вигук є виразом обурення непропорційними розподілами, обмінами, винагородами, які наше обурення, оголошуючи несправедливими, прагне компенсувати перешкодою, що полягає в бажанні помсти, тобто у прагненні вчинити справедливо щодо самого себе, нехай навіть додаючи до насильства нове насильство і до страждань нові страждання»².

Отже, можна стверджувати, що на сьогоднішній час ідеальної моделі (ідеальної за практичним утіленням, а не за уявленим ідеалом) втілення прав людини і справедливості все ще не створено. А те, що створене, є моделлю, гуманістичний потенціал якої лише розгортається у напрямі до ідеалу. Наголошуємо на цьому через те, що маємо на меті з'ясувати гуманістичний потенціал українського національного права. А оскільки виявити його можливо лише за умови типологічного порівняння його з відповідним потенціалом

глобальних правових систем, то вважаємо за необхідне підкреслити недоліки, наприклад, європейської системи права.

Особливості менталітету українського народу та його рис досліджувалися здебільшого представниками неюрідичних наук. Вказаної проблематики торкалися у своїх працях В. Антонович, М. Грушевський, М. Драгоманов, Б. Кістяківський, М. Костомаров, П. Куліш, О. Кульчицький, В. Липинський, О. Потебня, Д. Чижевський, П. Чубинський, М. Шлемкевич тощо. Окремі аспекти правового менталітету в своїх працях розкривали українські вчені (Л. Бойко, Ю. Оборотов, І. Ісаєв, В. Синюков та інші), які у своїх працях розкривають євразійський шлях розвитку правової системи України. Тому вважаємо за потрібне проаналізувати гуманістичний потенціал українського правового менталітету в контексті аналізу опозиції правових систем Схід–Захід з філософсько-правового погляду.

Завдання даного дослідження – охарактеризувати реалізацію гуманістичного потенціалу правової системи України в опозиції правових систем Схід–Захід.

Український народ дійсно творився і функціонував на межі Сходу та Заходу, а отже, увібрав у себе західні і деякі східні ментальні риси. Хоча деякі явища, з якими пов'язується конституювання таких рис, формувалися саме праукраїнцями. Чимало дослідників, серед яких С. Сегада, І. Кузич-Березовський та інші, подібно до О. Губка, підкреслюючи внесок праукраїнців у витворення сучасної європейської культури та цивілізації, наголошують: «... Праукраїна дала світові не лише письмо, плуг, колесо, металургію, але й закони і право... Велич Трипільського феномену і культури його соціальних почуттів чи не найбільше виразилася в його форсованому просуванні до шляхетного, справедливого суспільства. Тим-то на наших теренах з трипільських часів практично не знали рабства. А там, де українці протягом тривалого часу продовжували залишатися господарями своєї долі, вони по суті не зраджували тим демократичним, республіканським принципам, що були вироблені ще за Трипілля. Ця психологія народовладдя, вічевої демократії панувала і за Київської Русі, і за Козаччини»³.

Якщо мати на увазі вислів Л. Гумільова про те, що саме «правила поведінки – стереотипи (історична традиція) становлять корінну відмінність членів одного етносу від іншого»⁴, то зовсім не випадковим в українців загальнонародним «став ідеал лицаря, воїна, захисника правди і справедливості. Недарма, – як зазначає академік Я. Ісаєвич, – популярними були ікони святого архистратига архангела Михаїла, Юрія Змієборця, Дмитра Солунського, на яких вони зображені як воїни... Йдеться про утвердження ідеї не лише боротьби зі злом, а й про перемогу добра»⁵.

Саме в цьому, з нашого погляду, виявляється гуманістичний сенс і водночас потенціал української ментальності, що знайшов відображення в українській правовій системі та стилі її функціонування. Можна стверджувати, що це був усвідомлений вибір українців. Адже «відоме філософсько-етичне вчення, згідно з яким людина, що прагне бути моральною, повинна мати при цьому свободу вибору, у тому числі й можливість бути аморальною. У цьому випадку, – зазначає відомий філософ права В. Бачинін, – її (людини) крок назустріч добру буде результатом дійсно вільного рішення, а значить може розцінюватись як цілком моральний вчинок»⁶.

Доброта і як її наслідок – доброзичливість є для українців навіть не проблемою вибору, це органічний стан їхньої ментальності. Благодатна природа, родючі землі, поміркований клімат сформували українця людиною м'якою і добродушною. У його ментальності ніколи не було переконання, що життя – це завоювання місця під сонцем, бо під сонцем він жив завжди.

Навпаки, у ставленні до сусідів українець виявляє архетип допомоги і якусь дивну довірливість. Геродот згадує, що мешканці лісостепу на північ від Чорного моря завжди були раді надати притулок сусідам, на яких «напали змії». Добрий відгук про праукраїнців залишили й візантійські автори: «Вони не погані й зовсім не злостиві... Із тими, хто приходить до них і користується їхньою гостинністю, вони ласкаві в поведінці, немов із давніми приятелями»⁷. Тому не дивно, що візантійське християнство, яке прийняла Київська Русь, прийшло на ґрунт благодатний і не було для неї першовідкривачем добра і любові. Саме це мав на увазі академік Б. Рибаків, коли писав: «Грецьке християнство застало в 980-і роки на Русі не сільське знахарство, а дуже розвинуту язичницьку культуру зі своєю міфологією, пантеоном головних богів, жерцями і, швидше всього, зі своїм язичницьким літописанням...»⁸.

Українське землеробство стало базовою сферою світосприйняття, коли людина у довірливому, лагідному діалозі з природою у процесі буття формує психоповедінкову основу вдачі, – вважає С. Павлюк⁹. На цій основі розвивається ментальність, що, за висловом Є. Онацького, «виявляється позбавленою агресивної активності... і наскрізь емоційною, що є, – як вважає дослідник, – великий дар Божий, бо вона (емоційність – Є. К.-Л.) лежить в основі кожного мистецтва, кожної творчості...»¹⁰. Б. Цимбалістий переконаний, що саме ця риса визначила особливо гуманне ставлення українців до родинного і подружнього життя¹¹.

Семантичне наповнення слова «мир» у давньоруській мові, за дослідженням філософа В. Горського, пов'язане не лише з міжкнязівськими, а й з міждержавними відносинами. У давньоукраїнському розумінні, мир – це спокій, але не лише як стан внутрішнього буття народу. Заради миру-спокою, щоб уберегти українців від нападу ворогів, князь Олег погоджувався щорічно сплачувати їм контрибуцію. А для того, щоб закріпити цю міжнародного характеру домовленість мусив бути укладеним – «мир – угода», яку б однаковою мірою розуміли обидві сторони. Саме так називалися угоди між Руссю і Візантією, саме «миром», тобто договорами – угодами характеризувалися літописцем стосунки руських князів зі своїми народами-сусідами¹².

При цьому, всупереч твердженню про визначальну роль візантійського фактора для Русі, не меншою мірою виявлялося взаємотягання Русі і Західної Європи. Про це промовисто свідчать шлюбні союзи, що пов'язували родини київських князів з правлячими європейськими династіями. За підрахунками Н. Баумгартена, із 36 шлюбних союзів Рюриковичів, укладених лише в упродовж XI ст., 8 припадає на Німеччину, 2 – на Францію, 5 – на Скандинавські країни й Англію, 7 – на Польщу, 6 – на Угорщину, 3 – на половців і лише 2 – на Візантію¹³.

Ми не випадково охарактеризували такі риси ментальності українського народу, як доброта, ненасильство чи миролюбність. Саме вони яскраво демонструють зв'язок ментальності українського народу з європейською ментальністю на протигагу ментальності східній, азійській.

Із зазначеного випливає, що гуманістична спрямованість правової свідомості українського народу мала бути суттєвою, щоби йти у ногу з відповідними уявленнями про право тогочасних європейців. Крім того, правовий гуманізм українського народу в середньовіччі часто виявлявся більш акцентованим, ніж європейський. Наприклад, брак виразної агресивності спостерігаємо у недорозвиненості в українців такої форми інстинкту боротьби як помста. На цей факт звернув увагу наш сучасник В. Янів. Аналізуючи ментальність українського народу, він зазначив: «Помста, яка в деяких місцях Європи збереглася досі (у XX ст. – Є. К.-Л.), на Русі була скасована законом в XI столітті, – і додає з погляду предмета нашого дослідження дуже суттєвий штрих. – Ця реформа, безперечно, віддзеркалювала настрої населення»¹⁴.

Аналогічно можна розцінювати інститут покарання: у праукраїнців він набирав гуманістичних рис ще на світанку історії. Покарання мало місце за злочини, але, на відміну від тодішньої Європи, – не ціною людського життя чи калічення людини. В українців основним було майнове покарання. Навіть за вбивство боярина можна було відкупитися грошима. Смертної кари не було. Вочевидь, з одного боку, можна припустити, що українці нібито такі грошолюбні, що готові заробляти на смертях співвітчизників, а з іншого, – припустити, що наші предки розуміли цінність і самоцінність людського життя. Смертна кара була введена на бажання духівництва за закордонними зразками лише за часів Володимира Великого, однак незабаром її скасували. Напевно, вона таки не відповідала правовій ментальності нашого народу. А найважчим покаранням була конфіскація майна за вбивство з умислом, за повторну крадіжку, підпал. А те, що пізніше, в литовсько-руську добу, відбулося посилення карності посилення карності, у тому числі й запровадження смертної кари, є наслідком не прояву правової ментальності українського народу, а наслідуванням ним західноєвропейських зразків¹⁵.

Однак не менш істинним є твердження, що гуманістичний потенціал української правової системи часто виявлявся вищим від європейського. Наприклад, брак виразної агресивності спостерігаємо в недорозвитку такої форми інстинкту боротьби, як помста. На цей факт звернув увагу наш сучасник В. Янів. Аналізуючи українську національну ментальність, він зазначав: «Помста, яка в деяких місцях Європи збереглася досі (у XX ст. – Є. К.-Л.), на Русі була скасована законом в XI столітті. І додає, з погляду предмета нашого дослідження, дуже суттєвий штрих. – Ця реформа, безперечно, відбивала настрої населення»¹⁶.

Аналогічно можна розцінювати юридичний акт покарання - в українців він набрав дуже лагідних рис ще на світанку їхньої історії. Його гуманістичний потенціал проявлявся у тому, що покарання мало місце, але, на відміну від тодішньої Європи, не ціною людського життя. В українців основною була грошова кара. Навіть за вбивство боярина можна було відкупитися грошима. Ні в'язниць, ні кари смерті не було. І, наголосимо, це не тому, що українці нібито такі грошолюбні, як інколи можна почути від недругів української ментальності, а винятково із самої глибини розуміння українцями цінності і самоцінності людського життя. У цьому полягає гуманістичний потенціал давньої української правової системи. Додамо потенціал на той час вищий, ніж у правової системи Європи.

Про це свідчить той факт, що смертна кара була введена на бажання духівництва за закордонними зразками (за часів Володимира Великого), однак незабаром вона мусила бути скасованою, бо не відповідала правовій ментальності українців. Тому найбільшим покаранням була конфіскація майна за вбивство з наміром, за повторну крадіжку, підпал. А те, що пізніше, в литовсько-руську добу, посилення карності, у тому числі і введення карної смерті, мало місце – є наслідком не правової ментальності українців, а наслідуванням західноєвропейських зразків¹⁷.

З визнання людського життя найвищою цінністю впливають й інші риси правової ментальності українського народу: демократизм, відсутність потягу до асиміляції інших народів, неприйняття насильства і зверхності над собою та іншими, що, на думку дослідників, сформувало в українців «примат федеративного начала в організації суспільного життя»¹⁸. На цій підставі С. Грабовський формулює критерії політичних напрямів національної суспільно-політичної думки, серед яких на першому місці – федералістський як спрямований на відродження української державності, на активну політичну дію, на Європу і діалог із Заходом¹⁹.

Що ж до прихильників євразійської концепції (І. Ісаєв, В. Синюков, Ю. Оборотов та інші), слід наголосити, що основна риса тюркської, тобто азійської державності полягає у беззастережній покорі абсолюту. Власне ця риса й обумовила культурно-державне будівництво великоросів, але вона ж ментально відштовхувала українців. У цьому, зокрема, і спостерігається одна з відмінностей у ментальності українців і росіян.

Для ментальності ж українського народу, що сформувалася на родючих чорноземах, у сприятливих для життя кліматично-географічних умовах, навпаки, характерний індивідуалізм, поєднаний з ідеєю рівності, поваги до окремого індивіда та його свободи, гостре неприйняття деспотизму й абсолютної монархічної влади. Відповідно, ментальність українського народу є характерною для так званого таласократичного типу

(примат індивідуалізму над колективізмом, домінування матримоніальних відносин із відповідними традиціями примату права)²⁰.

Зазначимо, що сьогодні існує погляд, згідно з яким Україна первинно входила до духовного простору Європи, починаючи з часів Київської Русі та польсько-литовської доби, але Переяславська Рада, точніше, порушення її постанов, «вирвала» Україну із загальноєвропейського контексту та закріпила до іншої цивілізації, що вплинуло на правову ментальність українського народу. З такою думкою погоджується Р. Додонов, підтверджуючи ментальну близькість і співзвучність європейських і українського народів. Водночас він наголошує на необхідності звільнення від ілюзій щодо швидкості встановлення повної ментальної відповідності між ними. Адже наявність такого «співзвуччя» не дає підстав для тези про швидке відторгнення у сучасній ментальності нашого народу рис, притаманних ментальності народу російського. Імперський, а після нього і радянський періоди української історії не пройшли даремно для ментальності українського народу²¹.

Такому підходу корелює твердження Ю. Римаренка про те, що занепад Київської Русі, знищення козацтва і гетьманату, запровадження кріпосництва за доби російської колонізації, ганебне рабство у радянський період перекрили європейський шлях розвитку України, що відповідав потребам менталітету нашого народу. «На традиційні українські психоповедінкові архетипи, – зазначає він, – було накладено «євразійську» матрицю світосприймання з абсолютною домінантою тотального підкорення за вертикаллю, котра сягала імперського центру. У створених з азійською жорстокістю алгоритмах життєдіяльності не було місця самодостатній особистості, яка відповідає за історію свого народу та власне життя. Українська етнокультурна ніша зазнала страшної руйнації, нівелювалися споконвічні чесноти (свободи, честі, гідності, сумління тощо)»²².

Таким чином, гуманістичний потенціал правової системи українців має глибокі традиційні корені і повною мірою не використовується. Особливо, якщо мати на увазі контекст функціонування європейського права. Можливість такого використання настане за умови повноправного входження України до європейського співтовариства. Сьогодні ж ми «маємо те, що маємо», відповідно до безглузлого «афоризму» Л. Кравчука – не тому що так «склалося», а тому, що, власне, не маємо тих людей і тих інтерпсихічних стосунків, котрі були б «заряджені» на зміни в напрямі нового ладотворення²³.

Виходячи із вищезазначеного, можна стверджувати, що в числі найголовніших орієнтирів сучасного права України повинні бути утвердження гуманізму, пріоритету інтересів людини, громадянського суспільства перед державою, забезпечення вільної реалізації прав і свобод, демократизація права, правової системи та правозастосовчої практики, відкритість вітчизняної правової системи у взаємовідносинах з правовими системами та юридичними інститутами інших країн.

¹ Філософія права людини / [за ред. Ш. Госепета та Г. Ломанна; пер. з нім. О. Юдіна та Л. Доронічевої]. – К.: Ніка-Центр, 2008. – 320 с. – С. 7.

² Рікер П. Право і справедливість / П. Рікер; [пер. із фр.]. – К.: Дух і літера. – С. 13.

³ Губко О. Т. Психологія українського народу: Наукове дослідження: В 4-х кн. Кн. 1: Психологічний склад праукраїнської народності / О. Т. Губко. – К.: ПВП «Задруга», 2004. – 400 с. – С. 338.

⁴ Гумилев Л. Н. От Руси к России. Конец и вновь начало / Л. Н. Гумилев. – М.: Эксмо, 2008. – 672 с. – С. 12.

⁵ Кононенко В. І. Українська лінгвокультурологія: Навчальний посібник / В. І. Кононенко. – К.: Вища школа, 2008. – 327 с. – С. 252.

⁶ Бачинин В. А. Философия права и преступления / В. А. Бачинин. – Х.: Фолио, 1999. – 607 с. – С. 208.

⁷ Стражний О. С. Український менталітет: Ілюзії. Міфи. Реальність / О. С. Стражний. – К.: Книга, 2008. – 368 с. – С. 319.

⁸ Рыбаков Б. А. Язычество древней Руси / Б. А. Рыбаков. – М.: Наука, 1988. – 782 с. – С. 5.

⁹ Павлюк С. П. Походження українського народу у контексті традиційної культури. Лекції спецкурсу з етнополітології / С. П. Павлюк. – Львів: ПТВФ «Афіша», 2003. – 84 с. – С. 76–77.

¹⁰ Онацький С. Українська емоційність / Є. Д. Онацький // Українська душа. – К.: Фенікс, 1992. – С. 36–48.

¹¹ Цимбалістий Б. Родина і душа народу / Б. Цимбалістий // Українська душа. – К.: Фенікс, 1992. – С. 66–90. – С. 82.

¹² Горський В. С. Біля джерел. Нариси з історії філософської культури України / В. С. Горський. – К.: Видавничий дім «Києво-Могилянська Академія», 2006. – 257 с. – С. 87.

¹³ Там само. – С. 85–86.

¹⁴ Янів В. Нариси до історії української етнопсихології / В. Янів; [упоряд. М. Шафовал]. – [2-е вид., перероб. і доп.]. – К.: Знання, 2006. – 341 с. – С. 234.

¹⁵ Там само. – С. 234.

¹⁶ Яценко М. Т. М. І. Костомаров – фольклорист і літературознавець // Костомаров М. І. Слов'янська міфологія / М. І. Костомаров; [упоряд., приміт. І. П. Бетко, А. М. Полотай; вст. ст. Микола Т. Яценка]. – К.: Либідь, 1994. – 384 с. – С. 234.

¹⁷ Там само. – С. 234.

¹⁸ Там само. – С. 26.

¹⁹ Кресіна І. О. Українська національна свідомість і сучасні політичні процеси: (Етнополітологічний аналіз): [Монографія] / І. О. Кресіна. – К.: Вища школа, 1998. – 392 с. – С. 207.

²⁰ Додонов Р. О. Соціально-філософський аналіз процесу формування та функціонування етноментальності: автореф. дис. ... докт. філософ. наук: спец. 09.00.03 / Р. О. Додонов. – К., 1999. – 36 с. – С. 29.

²¹ Там само. – С. 30–31.

²² Римаренко Ю. І. Національний розвій України: проблеми і перспективи / Ю. І. Римаренко. – К.: Юрінком. – 1995. – 272 с. – С. 68–69.

²³ Кісь Р. Фінал третього Риму. Книга друга. Остеронь Азії / Р. Кісь. – Львів: Літопис, 2007. – 506 с. – С. 29.

Резюме

Копельців-Левицька Є. Д. Реалізація гуманістичного потенціалу правової системи України в опозиції правових систем Схід–Захід.

У статті розкривається гуманістичний потенціал правової системи, реалізація якого проявляється уже на ранній стадії розвитку як відображення системи цінностей, що забезпечувала правовий прогрес. Свідомо було обрано для аналізу лише одну із багатьох рис української ментальності – рису доброти, ненасильства, миру. Вона яскраво ілюструє не лише внутрішній потенціал гуманізму правової ментальності українців, але водночас висвічує його на тлі європейської та азійської правової свідомості.

Ключові слова: ментальність, правова система, гуманістичний потенціал, Європа, правова свідомість, євразійська концепція.

Резюме

Копельців-Левицькая Е. Д. Реализация гуманистического потенциала правовой системы Украины в оппозиции правовых систем Восток–Запад.

В статье раскрывается гуманистический потенциал правовой системы, реализация которого проявляется уже на ранней стадии развития как отражение системы ценностей, которая обеспечивала правовой прогресс. Сознательно была выбрана для анализа лишь одна из многих черт украинской ментальности – черта добра, ненасилия, мира. Она ярко иллюстрирует не только внутренний потенциал гуманизма правовой ментальности украинцев, но в то же время высвечивает его на фоне европейской и азиатского правового сознания.

Ключевые слова: ментальность, правовая система, гуманистический потенциал, Европа, правовое сознание, евразийская концепция

Summary

Kopeltsiv-Levytska Y. The realization of humanistic potential of Ukrainian legal system as opposed to legal systems East–West.

The article reveals the humanistic potential of legal system the realization of which appears at the early stage of development as the reflection of system of values that ensured legal progress. There was deliberately chosen only one trait of character of Ukrainian mentality for the analysis – goodness, nonviolence, and peace. It vividly illustrates not only the inner potential of humanism of the Ukrainians legal mentality but also highlights it on the background of European and Asian legal awareness.

Key words: mentality, legal system, humanistic potential, Europe, legal awareness, Eurasianism.

УДК 34(477) (091) (063)

І. В. МУЗИКА

Ірина Володимирівна Музика, кандидат юридичних наук, доцент, старший науковий співробітник Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України

СОЦІОЛОГІЧНА КОНЦЕПЦІЯ ПРАВА Ю. С. ГАМБАРОВА

10 червня 2015 р. виповниться 155 років від дня народження Юрія Степановича Гамбарова (Гамбаряна) (1850, м. Тифліс – 1926) – російського, вірменського та українського правознавця і соціолога, доктора права¹. До цього часу не досліджено внесок Ю. С. Гамбарова у становлення і розвиток соціологічного напрямку у вітчизняній правовій думці. Метою статті є дослідження особливостей соціологічної концепції права, розробленої Ю. С. Гамбаровим.

Досі соціологічна концепція права Ю. С. Гамбарова не була предметом спеціального дослідження. Про захоплення ученим соціологією права лише коротко згадувалося у біографічних нарисах та підручниках з соціології права.

Основні результати дослідження. Ю. С. Гамбаров є одним з яскравих представників соціологічного напрямку у вітчизняній правовій думці. Його соціологічна концепція права викладена переважно у таких працях як «Право в его основных моментах» (1898)², «Задачи современного правоведения» (1907)³ та у вступі до першого тому «Гражданского права. Общая часть» (1911)⁴.

Формулювання своєї власної концепції предмету юридичної науки учений розпочав з критики теорії юридичного позитивізму. Зокрема, він спростовував погляди німецьких професорів А. Брінца та Б. Віндшейда, а також багатьох французьких й італійських юристів, які ототожнювали поняття «право» і «закон» та звужували предмет юриспруденції лише до вивчення та коментування текстів законів⁵. Ю. С. Гамбаров також піддав гострій критиці позицію німецьких учених – адептів юридичного позитивізму, які доводили, що предметом юриспруденції не є питання удосконалення й зміни законодавства та критики й

реформування чинного права⁶. Основною причиною такого «самообмеження» права законом Ю. С. Гамбаров вважав абсолютизм, за якого юриспруденція була цілковито підпорядкована державі й перебувала у неї на службі⁷.

Юридичний позитивізм, доводив учений, мав призвести юриспруденцію, як науку, до банкрутства. Врятувати юридичну науку, на думку Ю. С. Гамбарова, міг лише розвиток соціологічної теорії права. На його думку, право є частиною цілого, яке має назву суспільство. Саме із суспільства воно черпає свій зміст і підстави своєї дії⁸.

Критикуючи юридичний позитивізм, учений розробив власну класифікацію джерел права. Зокрема, він доводив, що джерелом права є не лише закон, який виражає лише мінімальну частину фактично існуючого права, а й потреби економічного й суспільного життя, навички та звичаї, інтелектуальні течії й моральні ідеї, які встановлюються часто всупереч із чинним законодавством та судовою практикою й беруть початок із зразків іноземного права, з потреб міжнародного життя, з постійно оновлюваних вчень юристів, економістів, політиків⁹. Втім, до джерел права він відносив класичні, у сучасному розумінні, джерела (форми) права: правовий прецедент, закон, нормативний договір, право юристів (доктрина), правосвідомість, а також потреби економічного й суспільного життя, навички та звичаї, домінуючі у той чи інший час інтелектуальні течії й моральні ідеї¹⁰.

Учений також піддав критиці і погляди представників історичної школи права Ф. К. Савінї, Г. Ф. Пухта, К. Г. Брунса та Ф. Штала, які, на його думку, абсолютизували значення історичного методу в правознавстві¹¹. З огляду на висловлені критичні зауваження, основними рисами тогочасного права, успадкованими від німецької історичної школи права, Ю. С. Гамбаров визначив: 1) «самообмеження» рамками чинного права (законодавства); 2) відірваність від усього, окрім своїх станів у минулому; 3) бажання утримати будь-якою ціною те, що існує, щоби воно не дисгармоніювало з новими відносинами і запитами життя, 4) повна байдужість до свого власного змісту і перетворенням у майбутньому¹².

Учений також спростовував погляди німецького теоретика права Р. Штаммера, який стверджував, що правом не може бути те, що може бути встановлено емпіричним шляхом, а лише те, що встановлено на підставі «розуму», тобто апріорно. Зокрема, Ю. С. Гамбаров доводив, що правом не може вважатися лише те, що хтось вважає правом. Правом є те, що суспільна влада визнає і проголошує як таким¹³. Тобто він, одним з перших, відніс до предмету юридичної науки питання легітимності правових норм, яке пізніше докладно вивчалось такими відомими соціологами права, як Є. Ерліхом, К. Левелліном, Р. Паундом, О. Холмсом, М. Тімашевим, Б. О. Кістяківським та ін.¹⁴

Право не може бути предметом наукового пізнання, доводив учений, поки воно буде досліджуватися «а ріогі», тобто шляхом логічних висновків з довільно прийнятих посилань. Необхідною умовою наукового вивчення права є дослідження його «а posterіогі», тобто за допомогою методів дослідів і спостереження, яким «людство зобов'язано всіма своїми досягненнями в галузі знання». Ці методи в юридичній науці розуміються як порівняльно-історичні. Правознавство ж, у цьому сенсі, є необхідною частиною науки про суспільство – соціології. Таким чином, робить висновок учений, соціальне життя і право є двома нероздільними сторонами одного складного явища, як зміст і форма. Разом з тим, правознавство має свій специфічний предмет, відмінний від предмету загальної соціології – соціальні явища і відносини, які можуть бути врегульовані за допомогою права¹⁵.

У підрозділі другому вступу до праці «Гражданское право. Общая часть» – «Социальная юриспруденция», ведучи мову про походження права, учений наголошував на тому, що право «є частиною суспільного цілого і не може не відчувати на собі дуже сильний вплив цього цілого». Зокрема, підкреслює правознавець, всі великі революції, які відмітили епохи всесвітньої історії, були ні чим іншим, як тимчасовим відчуженням між правом і життям, а тому вивчення права повинно починатись з вивчення окремих соціальних відносин. Увага у юридичних дослідженнях повинна бути перенесена з вивчення змісту норм на зміст життєвих відносин, регулювання яких юридичними нормами має тільки формальне значення, тобто значення простого засобу для здійснення певної мети. На думку вченого, про право, як мету для самого себе, не може бути і мови: воно є завжди засобом для цілей, які лежать поза його сферою. А оскільки вивчення засобів передбачає і вивчення цілей, тобто тих наслідків, яких бажають досягнути шляхом здійснення юридичних норм, то зрозуміло, чому ці цілі або наслідки норм і складають те, що в праві слід вважати найбільш істотним і цікавим не тільки для широкого загалу, а й для юристів. Тому юриспруденція не повинна обмежувати себе тільки догматичними й історичними проблемами¹⁶.

Вихід з кризи, що склалася в тогочасній юридичній науці Ю. С. Гамбаров вбачав у розвитку соціальної юриспруденції, вихідним пунктом якої є погляд на право, як на необхідний інструмент регулювання й упорядкування соціального життя. До предмету правового регулювання, а відповідно і юридичної науки, він відніс усі соціальні питання, зокрема перетворення у сфері власності й держави, права людини, відносини між підприємцями і робітниками та способи вирішення конфліктів між ними, питання санітарної безпеки тощо. Все, що стосується виробництва, обміну, розподілу і споживання економічних благ (зокрема, закони проти розкоші), наголошував учений, постійно було і є предметом правового регулювання. Предметом правового регулювання є не тільки публічна сфера життя суспільства, а й сфера реалізації індивідуальної волі особи¹⁷.

Учений дійшов висновку, що право, як з теоретичного, так і з практичного боку, не може вивчатися окремо від культурних і господарських відносин суспільного середовища, в якому воно виникло і реалізується. Відповідно не може бути мови про обмеження предмету юриспруденції лише законодавством або іншими письмовими джерелами права¹⁸.

На підтвердження цієї думки він наводить приклад судової практики, яка часто виходила за межі законодавства¹⁹. Зокрема, на його думку, судові рішення хоча б і обмежуються застосуванням загальної норми до конкретного випадку, все ж завжди містить певний елемент правосвідомості, оскільки логічна операція умовиводу від існуючого права до конкретного випадку є операцією, в якій вбачають зазвичай сутність судового рішення, є лише його логічною формою, хоч і необхідною, але зовсім не характерною для юридичного значення судового рішення. Значення цієї форми для права визначає не інтелектуальна діяльність судді, а авторитет, що спирається на владу, яка встановлює суб'єктивні права або відмовляє в них. У цьому значенні судові рішення є вищим від закону в розумінні практичного регулювання життя, оскільки це регулювання тривалий час може обходитися без закону, але не обходиться без судового рішення²⁰.

Ю. С. Гамбаров доводив, що незважаючи на всі свої достоїнства загальні норми переважно мають характер нерухомого шаблону, оскільки призначені регулювати правовідносини, які не змінюються. Втім, різноманітність життя часто виявляється в індивідуальних відносинах, що не підходять під загальні норми або застосування до яких загальних норм було б незручним. Через це індивідуальне регулювання залишається для них невідкладною необхідністю. З цих причин індивідуальне правоутворення не скасовується від часів Давнього Риму до сьогодення. Тому, стверджує вчений, ми скрізь знаходимо в наш час індивідуальну правосвідомість: у встановленні привілеїв, у фактах судової творчості, в практиці звичаєвого права та в інших явищах, які є предметом вивчення спеціального вчення про джерела права²¹.

Ю. С. Гамбаров також розглядав право як явище культурного життя, яке тісно пов'язано з усіма іншими суспільними явищами, що вивчаються загальною соціологією. Значна частина відносин, врегульованих нормами права, наголошував він, регулюється також релігійними нормами, нормами моралі та етики. Існування певних приписів і заборон, таких як «не убий», «не укради», «виконай своє зобов'язання» тощо, забезпечується різними соціальними нормами. Тому, доводив учений, неправильно обмежувати зміст юридичних норм так званими життєвими умовами або умовами існування суспільства. На тих же підставах слід відмовитися від доволі поширеного погляду на право як на так званий «мінімум моральних вимог», і загалом відмовитися раз і назавжди від ідеї розділяти право, моральність, мораль і релігію за змістом норм, що належать до цих сфер²².

Учений наголошував, що межі права, моральності й моралі постійно змінюються під впливом різних соціальних, економічних, політичних та інших обставин, так само як і межі релігії. Тому і зміст права встановлюється не «а ргіогі», а дослідним шляхом, оскільки право є частиною духовного і культурного життя людства. З цих причин право неможливо правильно зрозуміти, якщо воно не розглядається в постійному зв'язку з усіма культурними й господарськими відносинами того чи іншого часу. Відповідно, право не може бути чимось існуючим само по собі або відмінним від соціального життя. Воно є лише регулятором цього життя, невіддільним від нього як форма від свого змісту. У житті, наголошує учений, право знаходить свій вираз у формах примітивних організацій, закону, санкцій суспільної свідомості та санкцій примусу²³.

Підсумовуючи свої аргументи на користь визнання права соціальним явищем і частиною культурного життя суспільства, Ю. С. Гамбаров сформулював таке визначення права у його матеріальному розумінні: «Правом буде практичне регулювання суспільного життя з метою забезпеченого задоволення людських потреб шляхом встановлення і здійснення зовнішньо обов'язкових, таких, що не залежать від волі підпорядкованих осіб і недоторканих до свого скасування норм людської поведінки»²⁴.

Таким чином, Ю. С. Гамбаровим була створена оригінальна соціологічна концепція права, яка має такі характерні риси:

1. Право розглядається як динамічне суспільне явище, частина культурного життя суспільства, яке реалізується, насамперед у правовідносинах, правосвідомості, суб'єктивних правах та юридичних рішеннях; разом із тим не відкидаються такі важливі характеристики права, як його вольовий характер і нормативність.

2. Розмежовуються поняття «право і закон», акцент переміщується з абстрактних і «незмінних» текстів законів у площину динамічного розвитку й функціонування права, його реалізацію у суспільних відносинах та юридичних рішеннях.

3. Долається «самообмеженість» права чинними нормами та історичними традиціями шляхом переорієнтації права на інтереси й потреби сучасного суспільства з врахуванням тенденцій його розвитку.

4. Джерелами права визнаються: правовий прецедент, закон, нормативний договір, право юристів (доктрина), правосвідомість, а також потреби економічного й суспільного життя, навик та звичаї, домінуючі у той чи інший час інтелектуальні течії й моральні ідеї.

5. Обов'язкова сила юридичних норм має такі підстави: законодавство, звичаєве право, юридична діяльність і договір²⁵.

6. Чинниками правоутворення вважаються умови життя суспільства. Одним із найважливіших факторів правоутворення, але не джерелом права у технічному сенсі цього слова, визнається юридична діяльність²⁶.

7. Важливими і необхідними методами вивчення права визнаються соціологічні (спостереження, опитування тощо) та порівняльно-історичний методи дослідження.

8. Норми, закріплені в законодавстві, визнаються лише частиною реально існуючого правового порядку людського суспільства і не отожднюються з правом, яке реально існує в суспільних відносинах. Тому легітимність або нелегітимність правових норм визначається суспільством й не залежить від волі конкретного суб'єкта нормотворчості.

- ¹ Музика І. В., Самойленко О. О. Гамбаров Юрій Степанович // Антологія української юридичної думки. В 6 т. / Редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова) та ін. Том 6: Цивільне право / Упорядники: Я. М. Шевченко, І. Б. Усенко, Г. П. Тимченко, Т. І. Бондарук, С. Є. Морозова; відп. редактор Я. М. Шевченко. – К.: Видавничий Дім «Юридична книга», 2003. – 584 с. – С. 238–243.
- ² Гамбаров Ю. С. Право в его основных моментах / Ю. С. Гамбаров // Правоведение. – 1995. – № 4–5. – С. 97–133.
- ³ Гамбаров Ю. С. Задачи современного правоведения / Ю. С. Гамбаров. [Текст] Из журнала Министерства юстиции (январь). – С.-Петербург: Сенатская типография, 1907. – 38 с.
- ⁴ Гамбаров Ю. С. Гражданское право. Общая часть / Гамбаров Ю. С. [Текст]; Под ред.: Томсинова В. А. – М.: Зерцало, 2003. – 816 с.
- ⁵ Гамбаров Ю. С. Задачи современного правоведения... – С. 3–4.
- ⁶ Там само. – С. 5–6.
- ⁷ Там само. – С. 9–10.
- ⁸ Там само. – С. 6–7.
- ⁹ Там само. – С. 7.
- ¹⁰ Гамбаров Ю. С. Гражданское право. Общая часть. – С. 217–230.
- ¹¹ Там само. – С. 8–13.
- ¹² Там само. – С. 17.
- ¹³ Там само. – С. 22–23.
- ¹⁴ Див.: Музика І. В. Проблема легальності і легітимності норм права у соціологічному праворозумінні: історико-правовий аспект // Часопис Київського університету права, 2011. – № 3; Гамбаров Ю. С. Задачи современного правоведения... – С. 31–34.
- ¹⁵ Там само. – С. 30–33.
- ¹⁶ Гамбаров Ю. С. Гражданское право. Общая часть / Гамбаров Ю. С. [Текст]; Под ред. Томсинова В. А. – М.: Зерцало, 2003. – С. 20–32.
- ¹⁷ Там само. – С. 18–20.
- ¹⁸ Там само. – С. 7–8.
- ¹⁹ Там само. – С. 8–9.
- ²⁰ Гамбаров Ю. С. Право в его основных моментах... – С. 106–107.
- ²¹ Там само. – С. 107.
- ²² Там само. – С. 129.
- ²³ Там само. – С. 132.
- ²⁴ Там само. – С. 133.
- ²⁵ Там само.
- ²⁶ Там само. – С. 226.

Резюме

Музика І. В. Соціологічна концепція права Ю. С. Гамбарова.

Досліджено особливості та характерні риси соціологічної концепції права, яка була створена наприкінці XIX – початку XX с. відомим правознавцем, цивілістом, соціологом Ю. С. Гамбаровим. Розкриваються погляди вченого на предмет юридичної науки, витоки права, систему джерел права, методи дослідження права.

Ключові слова: Юрій Степанович Гамбаров, соціологія права, соціологічна концепція права, предмет юридичної науки, система джерел права, визначення права.

Резюме

Музыка И. В. Социологическая концепция права Ю. С. Гамбарова.

Исследованы особенности и характерные черты социологической концепции права, которая была создана в конце XIX – начале XX с. известным правоведом, цивилистом, социологом Ю. С. Гамбаров. Раскрываются взгляды ученого на предмет юридической науки, истоки права, систему источников права, методы исследования права.

Ключевые слова: Юрий Степанович Гамбаров, социология права, социологическая концепция права, предмет юридической науки, система источников права, определение права.

Summary

Muzyka I. The sociological concept of law Y. S. Gambarov.

Gives interpretation of the features and characteristics of the sociological concept of law, which was established in the late XIX – early XX c. known legal scholar, sociologist S. Gambarov. Disclosed scientific views on the subject of legal science, the origins of law and the system of sources of law, the methods of legal science.

Key words: George S. Gambarov, sociology of law, sociological concept of law, subject of legal science, the system of sources of law, the definition of law.

Т. І. ТАРАХОНИЧ

Тетяна Іванівна Тарахонич, кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України

ВИДИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ: ТЕОРЕТИЧНІ АСПЕКТИ РОЗУМІННЯ

Усі регулятивні процеси, які мають місце у природі та суспільстві, можуть бути охарактеризовані через певні категорії. Категорії, які пов'язані з правовим регулюванням, утворюють понятійний ряд правового регулювання та мають системні властивості. В елементному складі відповідних систем та у процесі взаємозв'язку між її складовими відбуваються динамічні зміни. Система загалом повинна бути здатною сприймати інформацію ззовні, використовувати її з метою переходу у новий якісний стан, зберігати на кожному новому етапі свого розвитку рівновагу та стійкість, оновлювати свої елементи та структури, підтримуючи власну ідентичність.

Ці завдання вирішуються, якщо зовнішнє регулювання та саморегулювання є фазами єдиного процесу організації та впорядкування системи¹.

Проблема розуміння категорій «регулювання», «правового регулювання», «видів правового регулювання», знайшла належне місце в працях таких вітчизняних та зарубіжних вчених, як: С. С. Алексєєв, С. В. Бобровник, А. І. Бобильов, О. М. Вітченко, В. І. Гойман, В. М. Горшенєв, Ю. І. Гревцов, О. С. Григор'єв, Л. М. Завадська, О. В. Зайчук, В. П. Казимирчук, А. М. Колодій, В. М. Кудрявцев, Ю. В. Кривицький, С. Л. Лисенков, О. В. Малько, О. М. Мельник, Н. М. Оніщенко, А. В. Поляков, П. М. Рабінович, Ю. І. Решетов, В. М. Сирих, О. Ф. Скакун, О. В. Скурко, В. О. Шабалін, К. В. Шундіков, Ю. С. Шемшученко, Л. С. Явич тощо.

Метою даної статті є з'ясування теоретичних основ розуміння сутності правового регулювання, його видів та особливостей.

Використовуючи феноменологічний підхід слід уточнити розуміння поняття «регулювання», оскільки саме наукові дефініції зумовлюють світоглядний аспект юридичної науки, надають можливість глибше зрозуміти різноманітні сторони об'єктів, процесів та явища правової дійсності, вони повинні бути чіткими, конструктивними та не обов'язково містити всі ознаки, які властиві поняттям. Враховуючи зазначене, спробуємо охарактеризувати основні доктринальні дефініції, які мають те чи інше відношення до досліджуваної проблеми. Насамперед, слід визначитися з такими поняттями, як правове регулювання, саморегулювання, нормативне регулювання, індивідуальне регулювання. Грунтовний науковий аналіз зазначених категорій надасть можливість розглянути їх на більш новому теоретичному та методологічному рівні, сприятиме визначенню їх місце в системі інших наукових категорій. У сучасний період ця проблема набуває і практичного значення, оскільки від її усвідомлення залежить і дієвість тих процесів, які відбуваються на суспільному та державному рівні.

Поняття «регулювання» (від лат. *regulo* – правило) означає упорядкування, налагодження, приведення чогось у відповідність з чимось. С. С. Алексєєв підкреслює, що регулювати – це визначати поведінку людей та їх колективів, спрямовувати його функціонування та розвиток, надавати йому певних меж, цілеспрямовано його впорядковувати². Зазначену думку поділяє Д. А. Керімов, підкреслюючи, що термін «регулювати» означає встановлювати межі, масштаб поведінки людей, вносити в суспільні відносини стабільність, систему, порядок і тим самим спрямовувати їх у певному напрямі³. Грунтуючись на філософських категоріях «сущє», те що є та «належнє», те, що має бути, дещо іншої позиції щодо розуміння категорії регулювання притримується М. Ю. Осипов, під яким розуміє вплив (сукупність впливів, діяльність, соціальний феномен), що викликає в системі певні зміни, що призводять до зменшення чи подолання розбіжностей між «сущим» та «належним» за рахунок наближення «сущого» до «належного», а не навпаки⁴.

Поряд із цим ряд науковців термін «регулювання» відносять лише до права як системи норм та деяких інших специфічних правових явищ (правовідносин, актів реалізації норм права). Вони не погоджуються з існуючим розумінням регулювання суспільних відносин як жорсткого і владного їх нормування державою, законом, оскільки, на їх думку, категорія «регулювання» не є тотожною примусу, жорсткому і владному припису. Норма права встановлює лише модель відносин, у якій суспільні інтереси повинні співвідноситись з інтересами членів суспільства, поряд з цим право широко використовує такі засоби впливу на поведінку людей, як стимулювання, заохочення, надання прав тощо⁵.

Процес пізнання категорії «регулювання» відбувається як процес усвідомлення, кристалізації його сутності. Важливим аспектом у формуванні розуміння сутності регулювання мають традиції як певної держави, так і науково-теоретичні традиції, які встановлюють межі правового усвідомлення предмету аналізу. Вивчаючи сутність процесу регулювання, враховуються традиції даної держави і використовується вже існуючі знання про предмет дослідження.

Регулювання є процесом, що передбачає наявність засобів регулювання, суб'єкта, який має можливість та наділений відповідними повноваженнями по здійсненню регулювання, а також обставини, що зумовлюють здійснення діяльності, пов'язаної з регулюванням⁶. До зазначеної структури регулювання можна також віднести предмет регулювання (економічні, політичні, соціальні, культурні відносини тощо, які потребують регулятивного впливу) ціль, завдання та результат, на який спрямовані дії суб'єкта регулятивного впливу та юридичні факти, які зумовлюють процес регулювання. Під предметом регулювання в юридичній літературі розуміють те, що підлягає врегулюванню, тобто юридично значимі відносини, ті, які є стійкими та характеризуються повторюваністю подій та дій людей; допускають можливість державно-правового (зовнішнього) контролю за ними; створюють зовнішню потребу в їх урегулюванні. Цілі права, поряд з цим і правового регулювання є ідеальним виразом об'єктивної закономірності, ідеальної сили, яка спонукає до певної поведінки людей⁷. А завдання вказують на перспективні напрями впливу права на суспільні відносини та є певним етапом у розв'язанні поставлених завдань.

У процесі аналізу категорії регулювання виникає питання щодо її співвідношення з такою категорією, як саморегулювання (саморегуляція) систем, об'єктів, що підпадають під нормативний вплив.

Саморегулювання – це сфера дії права, в якій юридичне нормування державою поведінки громадян не потрібне. У сфері саморегулювання дії (діяльність) суб'єктів мають правовий характер, але не пов'язані зі специфічною юридичною регламентацією та не потребують її⁸.

Ю. О. Тихомиров серед форм нормативного регулювання, таких як державне регулювання, що здійснюється за допомогою законів та підзаконних актів, виокремлює недержавне регулювання у вигляді норм суспільних організацій, професійних та інших об'єднань, техніко-юридичних норм у вигляді технічних регламентів, стандартів, які забезпечують параметри як власне виробничо-технологічних процесів, так і відповідні дії суб'єктів; норм моралі, релігійних норм, традицій, звичаїв, правил ділового обігу, міжнародного регулювання у вигляді міждержавних правових актів та норм, що створені в процесі спілкування міжнародних економічних суб'єктів; стихійної регуляції, що має місце в результаті множинності певних дій, виділяє і таку форму, як саморегулювання⁹. Він вважає, що саморегулювання здійснюється у вигляді рішень, правил, та норм, що приймаються безпосередньо населенням чи через локальні акти корпоративного характеру. Саморегулювання як прояв самоуправління відображає переважно соціальний аспект норм, прийнятих безпосередньо громадянами чи соціальними спільнотами. Це дає йому можливість підкреслити не тільки загальні, а й специфічні ознаки даної форми регулювання, а саме тотожність суб'єкта прийняття та суб'єкта реалізації зазначених норм, використання відповідних методів впливу на свідомість та поведінку людей.

У підходах щодо видів правового регулювання існують різні погляди. Так, М. Ю. Осипов, аналізуючи види правового регулювання, виокремлює такі критерії їх класифікації: у залежності від рівня, на якому здійснюється правове регулювання (міжнародно-правове, загальнодержавне, регіональне, місцеве, локальне та індивідуальне (на рівні згоди сторін)); у залежності від рівня системи права (публічне та приватне; матеріальне та процесуальне; галузеве та інституційне правове регулювання); у залежності від фази праворегулятивного процесу (первинне правове регулювання, яке здійснюється, коли виникають нові суспільні відносини; корекційне правове регулювання, що виникає за умови виправлення помилок в існуючому правовому регулюванні)¹⁰.

Поділу на нормативне та індивідуальне правове регулювання дотримується С. В. Бобровник, О. Ф. Скакун, виокремлюючи такий критерій класифікації, як використаний правовий інструментарій та обсяг суспільних відносин, на які поширюється правове регулювання¹¹. Поряд з цим, О. Ф. Скакун виокремлює й інші критерії класифікації правового регулювання, а саме: за розподілом компетенції щодо правового регулювання (централізоване та децентралізоване); за рівнем юридичних засобів, що застосовуються в правовому регулюванні (субординаційне, координаційне та автономне)¹².

Деяко по-іншому підходить до вирішення даного питання В. С. Нерсесянц, поділяючи правове регулювання, що існує в абстрактно-загальній формі, яка передбачає, що норма права ще не має конкретизуючого регулятивно-правового значення стосовно конкретної поведінки конкретної особи в конкретних умовах та правове регулювання в гранично-конкретизованій формі – це конкретизуюча регулятивно-правова дія норми права стосовно конкретної поведінки конкретної особи в конкретній ситуації¹³. На нашу думку, в даному випадку йдеться саме про статичні та динамічні процеси, які мають місце в правовому регулюванні, а також про такі види регулювання, як нормативне та індивідуальне. Звернемо більше уваги на дані різновиди правового регулювання.

Нормативне регулювання є результатом узагальнення та типізації індивідуальної поведінки суб'єктів. Поряд із цим нормативне регулювання повинно забезпечувати єдиний порядок та стабільність в регулюванні суспільних відносин за допомогою прийняття нормативно-правових актів, розрахованих на багаторазове застосування та інших джерел права. На думку вітчизняних вчених, нормативне регулювання розглядається як регламентація загальних суспільних відносин правовими нормами, закріплених у нормативно-правових актах, нормативно-правових договорах та інших формах права, які (норми) розраховані на багаторазове застосування за наявності передбачених ними обставин¹⁴. В. І. Червонюк виокремлює систему нормативного регулювання, під якою розуміє всю сукупність норм, за допомогою яких здійснюється регулювання поведінки та діяльності людей¹⁵. В. М. Сирих характеризує нормативне регулювання як один із важливих способів погодження суперечливих інтересів людей та їх об'єднань шляхом встановлення правил поведінки з метою досягнення обумовлених цілей та не порушення прав та інтересів інших людей та їх об'єднань¹⁶.

Л. П. Рассказов під нормативним регулюванням розуміє впорядкування поведінки людей за допомогою загальних правил (норм), які поширюються на всі випадки даного роду та на всіх суб'єктів¹⁷. Поділяючи дану думку, ряд вітчизняних вчених зазначають, що нормативне регулювання розглядається як впорядкування поведінки людей за допомогою загальних правил, тобто певних моделей, еталонів поведінки, які поширюються на всі випадки даного роду і яким повинні підпорядковуватися всі особи, які потрапили в нормативно регламентовану ситуацію¹⁸.

Узагальнюючи сказане слід підкреслити, що нормативне регулювання визначає правила поведінки загалом, через певну систему засобів, механізмів, зумовлених вимогами соціального життя, рівнем суспільної свідомості та тими цінностями, які в ньому сформувалися, поширюється на невизначену кількість випадків, має високий рівень нормативних узагальнень та спрямоване на забезпечення стабільності та порядку в суспільстві.

О. Ф. Скакун серед різновидів нормативного регулювання виокремлює законодавче регулювання (повне, яке виключає будь-яке підзаконне регулювання та основне, відправне, що передбачає його конкретизацію підзаконним регулюванням державних органів чи об'єднань громадян) та підзаконне нормативне регулювання, що здійснюється правовими нормами, закріпленими в підзаконних нормативно-правових актах держави й актах об'єднань громадян¹⁹.

В юридичній літературі відсутня єдність в поглядах на розуміння індивідуального регулювання. Досить часто його відносять до ненормативного²⁰, ряд вчених розглядають його як казуальне регулювання²¹, інші – як піднормативне регулювання, зазначаючи, що це регулювання, що здійснюється додатково до загально-нормативного на основі норм права та в межах їх приписів²². Кожна із зазначених точок зору має право на існування, оскільки вони відображають певний зріз, певну особливість індивідуального регулювання.

Індивідуальне регулювання базується на нормативному та повинно враховувати конкретну життєву ситуацію, чи конкретну особу, що сприяє його індивідуалізації та конкретизації, здійснюється шляхом прийняття актів застосування права чи укладення індивідуальних договорів, контрактів тощо.

Л. П. Рассказов розглядає індивідуальне регулювання як упорядкування поведінки людей за допомогою разових рішень, що стосуються конкретного випадку чи конкретної особи²³. Цю думку поділяють ряд вітчизняних науковців, підкреслюючи, що індивідуальне регулювання розглядається як впорядкування поведінки людей за допомогою разових, персональних регулюючих акцій, рішень даного питання²⁴. О. С. Григор'єв, насамперед, трактує індивідуальне регулювання як владну діяльність компетентного суб'єкта, що передбачає прийняття додаткового рішення по організації суспільних відносин на основі чинного законодавства шляхом конкретизації масштабу поведінки їх персональних учасників. Продовжуючи свою думку та поглиблюючи її, вчений зазначає, що індивідуальне правове регулювання є самостійним видом правового регулювання та являє собою правовий вплив на суспільні відносини, пов'язане зі встановленням, зміною чи припиненням юридичних прав та обов'язків їх учасників в індивідуальному порядку, спрямоване на впорядкування конкретних ситуацій, що вимагають юридичного вирішення та відбувається шляхом здійснення односторонніх правомірних юридично значимих дій, укладення договорів та угод чи здійснення владної правозастосовної діяльності уповноваженими суб'єктами, результатом якої є індивідуальні правові акти²⁵.

Зазначене дає можливість виокремити ті особливості, які характеризують індивідуальне регулювання. Воно є: засобом реалізації нормативного регулювання, шляхом його конкретизації до певних життєвих обставин; має одноразовий, суб'єктивний характер; спрямоване на вирішення певної ситуації чи стосується відповідного суб'єкта; використовується система індивідуальних засобів регулятивного впливу, що утворює його механізм; досить широким є коло суб'єктів, які здійснюють індивідуальне регулювання (державні органи, організації, уповноважені посадові особи тощо).

Узагальнюючи сказане, слід підкреслити, що аналіз видів правового регулювання є закономірним результатом попередньої пізнавальної діяльності та повинно включати поняття та категорії, які характеризуються логічною послідовністю, простотою та відображають більш глибоке якісне розуміння сутності правового регулювання.

¹ Мальцев Г. В. Социальные основания права / Г. В. Мальцев. – М.: Норма, 2007. – 800 с. – С. 6–7.

² Алексеев С. С. Теория права / Алексеев С. С. – М.: БЭК, 1995. – 320 с. – С. 31.

³ Керимов Д. А. Методология права. Предмет, функции, проблемы философии права / Керимов Д. А. – М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2003. – С. 363.

⁴ Осипов Ю. М. Понятие и соотношение правового регулирования и правотворчества / Осипов Ю. М. – М.: Изд-во СГУ, 2010. – 221 с. – С. 18.

⁵ Теория государства и права. Академический курс : 3 т. / [отв. ред. М. Н. Марченко]. – [3-е изд., перераб. и доп.]. – М.: Норма, 2007. – Т. 3: Государство, право, общество. – 712 с. – С. 95.

⁶ Теория государства и права: [ученик] / [под ред. докт. юрид. наук, проф., заслуж. деятеля науки РФ Р. А. Ромашова]. – СПб.: Издательство Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2005. – 630 с. – С. 385.

⁷ Теория государства и права: Учебник / Под ред. докт. юрид. наук, проф., заслуж. деят. науки РФ Р. А. Ромашова, докт. юрид. наук, проф., заслуж. деят. науки РФ В. П. Сальникова. Изд. 2-е изд. доп., перераб. В 3-х т. Т. 2. – СПб.: Фонд «Университет», 2010. – 344 с. – С. 17, 96.

⁸ Теория государства и права: ученик / под ред. В. Я. Кикотя, В. В. Лазарева. – 3-е изд., перераб., и доп. – М.: ИД «Форум»: ИНФА – М, 2008. – 624 с. – С. 283.

- ⁹ Тихомиров Ю. А. Нормативное регулирование: взлет или кризис? // Журнал российского права. – № 4. – 2006. – С. 96–102. – С. 96–97.
- ¹⁰ Осипов М. Ю. Понятие и соотношение правового регулирования и правотворчества : Монография. М.: Изд-во СГУ, 2010. – 221 с. – С. 42.
- ¹¹ Бобровник С. В. Правове регулювання суспільних відносин та реалізація права // Правова держава. Вип. 7. – К., 1996. – С. 103–108; Скакун О. Ф. Теория государства и права. – Х.: Консул, 2000. – С. 536–537.
- ¹² Скакун О. Ф. Теория права і держави: Підручник. – К.: Алерта; КНТ; ЦУЛ, 2009. – 520 с. – С. 264.
- ¹³ Нерсесянц В. С. Общая теория права и государства. – М.: НОРМА – ИНФА-М, 1999. – С. 476.
- ¹⁴ Скакун О. Ф. Вказана праця. – С. 263.
- ¹⁵ Червонюк В. И. Теория государства и права. – М.: ИНФА-М, 2006. – 704 с. – С. 277.
- ¹⁶ Сырых В. М. Теория государства и права: Учебник для вузов. – 3-е изд., перераб. и доп. – М.: ЗАО Юстицинформ, 2007. – 704 с. – С. 93.
- ¹⁷ Рассказов Л. П. Теория государства и права: Учебник для вузов. – М.: РИОР, 2008. – 463 с. – С. 238.
- ¹⁸ Андрійів В. Соціальна сутність права як регулятора суспільних відносин // Підприємництво, господарство і право. – № 10. – 2007. – С. 44–47. – С. 45.
- ¹⁹ Скакун О. Ф. Вказана праця. – С. 263.
- ²⁰ Краснояружский С. Г. Индивидуальное правовое регулирование в советском обществе (вопросы теории и практики): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1990. – С. 8–10.
- ²¹ Алексеев С. С. Механизм правового регулирования в социалистическом государстве. – М.: Юрид. лит., 1966. – 187 с. – С. 38.
- ²² Григорьев А. С. Механизм индивидуального правового регулирования общественных отношений : монография. – М.: Юрлитинформ, 2012. – 144 с. – С. 16.
- ²³ Рассказов Л. П. Вказана праця. – С. 238.
- ²⁴ Андрійів В. Вказана праця. – С. 45.
- ²⁵ Григорьев А. С. Вказана праця. – С. 17, 20.

Резюме

Тарахонич Т. І. Види правового регулювання: теоретичні аспекти розуміння.

У статті охарактеризовано підходи до розуміння таких важливих категорій юридичної науки, як «регулювання», «правове регулювання». Прослідковано взаємозв'язок правового регулювання та саморегулювання. На загальнотеоретичному та методологічному рівні виокремлено та охарактеризовано поняття та особливості нормативного та індивідуального правового регулювання.

Ключові слова: регулювання, правове регулювання, види правового регулювання, саморегулювання, нормативне регулювання, індивідуальне регулювання.

Резюме

Тарахонич Т. И. Виды правового регулирования: теоретические аспекты понимания.

В статье охарактеризованы подходы к пониманию таких категорий юридической науки, как «регулирование», «правовое регулирование». Охарактеризовано взаимосвязь правового регулирования и саморегулирования. На общетеоретическом и методологическом уровне выделено и дана характеристика понятия и особенностей нормативного и индивидуального регулирования.

Ключевые слова: регулирование, правовое регулирование, саморегулирование, виды правового регулирования, нормативное регулирование, индивидуальное регулирование.

Summary

Tarakhonych T. Types of legal regulation: theoretical aspects of understanding.

Main approaches to understanding such important categories of legal science as “regulation”, “legal regulation” are characterized in this article. Connection of legal regulation and self-regulation is analyzed. Criteria for classification of types of legal regulation are highlighted on both general theoretical and methodological levels. Definition and specific features of statutory and individual legal regulation is characterized. Author highlights that statutory regulation is the result of generalization and typification of individual behavior of the subjects; it should provide unified order and stability in regulation of public relations by dint of passing of statutory acts and other sources of law. Individual regulation is analyzed as method of realization of stator regulation by dint of its implementation to life's circumstances.

Key words: regulation, legal regulation, types of legal regulation, self-regulation, statutory regulation, individual regulation.

В. О. БОНДАРУК

Вадим Олегович Бондарук, здобувач Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України

НАДАННЯ СТУПЕНІВ ПУБЛІЧНИХ НОТАРІУСІВ У ЗАМОЙСЬКІЙ АКАДЕМІЇ (1594–1784)

Історія нотаріату сягає глибини віків і тісно пов'язана з історією римського права. Саме в Римі починає формуватися західноєвропейська парадигма нотаріату та виникають перші органи, які виконували нотаріальні функції. Поряд із писарями, які мали певні юридичні знання, приблизно в III ст. до н. е., з'являються табеліони, які, не перебуваючи на державній службі, займалися складанням юридичних актів як вільним промислом. Саме інститут табеліонів став зародком того нотаріату, який разом з римським матеріальним правом, був рецепований європейськими народами¹.

Поряд із інститутом табеліонів, що розвивався на основі світського права, в царині християнської церкви виник подібний інститут – нотаріат, причому уже з VIII ст. запроваджені церквою світські нотаріуси були віднесені до числа державних посадовців та затверджувалися духовною владою. З цього часу ми вперше стикаємось з інститутом *notarii publici* – нотаріуса публічного², який функціонує упродовж усього «довгого Середньовіччя»³.

Наступний етап розвитку нотаріату пов'язаний зі становленням університетів та розвитком юридичної освіти. Насамперед, йдеться про італійські університети, де у рамках правничих дисциплін вчили «справі записування документів». Зокрема, виникнення і становлення школи глосаторів Болонського університету у XI ст., на думку дослідників, спричинило ренесанс римського права і його рецепції⁴, а їхня діяльність відіграла головну роль і в розвитку публічного нотаріату та аутентичного документу⁵.

На теренах Королівства Польського і Речі Посполитої, до складу якої упродовж XV–XVII ст. входили і українські землі, явище публічного нотаріату було відоме з XIV ст. Публічний нотаріат – це правовий інститут, носії якого – нотаріуси – були уповноважені органами світської, а подекуди і церковної влади, виготовляти і засвідчувати юридичні акти, надаючи їм публічної сили. Видавець документу (публічний нотарій) засвідчував, що в його присутності обидві сторони або виконали певну юридичну дію, або визнали, що така дія між ними вже відбулася⁶.

На думку К. Скупенського, на польських землях у Середньовіччі нотаріуси (нотарії) номінувалися двома владами: або папою або імператором Священної римської імперії⁷ (так званий папський і світський (публічний) нотаріат). Призначення імператором було лише ймовірним (гіпотетичним) способом, в той час як в колі кожної з кафедральних капітул неважко було знайти особу з повноваженнями нотаріуса⁸. Після прийняття присяги за формулою, яка була однаковою для публічних нотаріїв будьякого призначення⁹, надавалася повна свобода і можливість «без права і мандату в усіх містах, землях, містечках, замках, селах, передмістях та інших місцях по всьому світу» створювати різного типу документи, такі як декрети, контракти, заповіти та ін.

Певні зміни у процедурі підготовки і призначення публічних нотаріусів на цих теренах відбулися з отриманням 29 жовтня 1594 р. Яном Замоїським – засновником академії свого імені – булли Папи Клеменса VIII про заснування Замоїської академії. Згідно з нею академії надавалося, поряд з правом присудження докторських ступенів з філософії, права і медицини, право присвоювати ступені публічних нотаріусів.

Клопотання Я. Замоїського про таке право для академії та його отримання, як уявляється, цілком відповідало освітньо-правовій концепції¹⁰ великого канцлера та гетьмана коронного, який дістав освіту в кращих традиціях того часу, а свою академію створював подібною до Падуанського університету, випускником якого був. «Навчання праву» в академії мало на меті насамперед приготувати молодь до участі в публічному житті Речі Посполитої, дати їм практично корисний фах. В. Вітковський, задаючись питанням, яку мету переслідував канцлер, отримуючи таке «нове» для польських освітніх закладів повноваження у папи, серед іншого зазначає, що вихований в Італії Я. Замоїський, усвідомлював важливу роль публічного нотаріату для правового розвитку, що зумовило включення відповідних студій, пов'язаних з наданням такого ступеня, у ту широку модель правової підготовки, яку пропонувала академія¹¹.

Ступінь нотаріуса, на відміну від двох інших ступенів – бакалаврського і докторського, надався не на підставі проходження курсу і загального комплексного екзамену, а на підставі спеціальної «нотаріальної промоції» – екзамену, що приймали виключно правники. Такі промоції не забезпечували набуття наукового ступеня, а власне надавали право публічної служби і лише в межах держави¹².

Виключність ситуації, коли йшлося про надання академією не наукового, а, скоріше публічного ступеня, можна спробувати пояснити створенням або усталенням на європейських теренах періоду відродження нової моделі суспільного життя. В царині освіти загалом, попри усі цінності спадкового професіоналізму, він перестав використовуватися як на соціально-побутовому рівні, так і на рівні трансляції знання. Водночас виникла потреба в іншому типі ієрархізації відносин як усередині *universitas studii*¹³, так і фахового юридичного середовища,

певним підтвердженням чого і ставали наукові ступені та вчені звання. Оскільки, як зазначає дослідниця наукової титулатури І. В. Костенко, стосовно середньовічної наукової ієрархії доречно казати саме про вчені ступені, можна припустити, що ступінь публічного нотаріуса, отримана у певний спосіб за певних випробувань, так само свідчив про належність його носія до певної спільноти, долучаючи його до певного культурного коду.

Попри те, що відомості про перші экзамени, після яких замоїські студенти Станіслав Гроховський (Stanisław Grochowski) і Войцех Молдорфюсов (Wojciechow Mołdorfiusow) отримали ступені нотаріусів з присвоєнням печатки датуються 1607 р.¹⁴, остаточного унормування процедура надання ступеня нотаріуса зазнала у виданому за ректорства Базиля Рудомича (Bazyli Rudomicz) 1658 р., «Modus promovendorum notariorum publicorum» («Спосіб затвердження публічних нотаріусів») (далі «Модус»), в якому містилися 13 питань з відповідями та опис загальної процедури «нотаріальної промоції».

Так, кандидат, бажачий отримати ступінь нотаріуса, звертався до ректора академії з проханням створення комісії для проведення экзамену, який складався з письмової – складання та переписування актів та з усної частини – відповідей на питання.

Отже, спершу кандидат на нотаріуса сам мусив скласти проект нотаріального акта на задану йому тему. Після цього, вже навпаки – йому надавався спеціально складений комісією акт, для визначення юридичної формули, яка б найкраще компонувалася із змістом для його переписування.

Після цього наступала усна частина экзамену, коли кандидат мав відповісти комісії на низку визначених питань. Серед них питання щодо поняття нотаріуса та нотаріальної справи, щодо статусу нотаріуса в цивільному праві, хто може і не може бути нотаріусом, затвердження нотаріусів, обов'язків нотаріуса, що включає об'єктом (юрисдикція) нотаріату, що є індиктом (indictio), у яких актах має зазначитися дата індикту, що є публічним актом (instrumentum publicum), що потрібно враховувати перед переписуванням акта. Останні два пункти в цьому переліку були не у формі питань, тому ймовірніше, кандидат мав викласти їх сам. Зокрема зазначено на особливість при записуванні заповіту – звернути увагу на стан здоров'я заповідача та присутність не менше семи свідків та знання необхідної форми заповіту. В тринадцятому – останньому пункті – зазначена особливість записування судових актів, які мають відповідати місцевому звичаю і не можуть бути зведені до загальних принципів та засад¹⁵.

Як видно, «Модус» мав ознаки і короткої інструкції для майбутніх нотаріусів, так як вміщував певні поняття та визначення, так і певну програму для іспиту, яка передбачала самостійну роботу по засвоєнню такого матеріалу та орієнтування у цивільно-правових нормах та відносинах. Уявляється, таке змістовне наповнення «Модусу» становить особливий інтерес для сучасних дослідників нотаріату, адже він свідчить про витоки та сутність нотаріату у тогочасному суспільстві, дає можливість прослідкувати його еволюцію.

Так, нотаріусом (похідне від «nota» – знак та «tabellius» – дощечки, на яких в давнину переписували перші акти) була затверджена папою посадова особа, яка мала довіру суспільства та займалася переписування та записуванням справ (актів), надаючи їм належного вигляду. Нотаріальна справа визначалася як можливість написання і диктування людських справ (актів) для їх зміцнення та захисту від короткостроковості, тим самим створюючи можливість передачі їх для нащадків. Статус нотаріуса в цивільному праві визначався як «вільний публічний слуга», який обслуговує всіх, хто до нього звернувся без всіляких обмежень. Щодо вимог до посади нотаріуса, то першочергово зазначалося, що це мав бути лише вільний (нікому не приписаний) та незалежний чоловік, який досконало володів навичками, необхідними для такої діяльності, з бездоганною репутацією, ясною головою, добрим слухом та зором.

Слуги, жінки, божевільні, сліпці, глухі, особи, з втраченою репутацією, неuki, еретики і ченці – визнавались такими, що не можуть займати посаду нотаріуса. Цікавим є, чи могла зазначені особи звертатися до нотаріусів. Оскільки в «Модусі» нічого про це не сказано, то можна зробити припущення, що обслуговування осіб відбувалося на розсуд нотаріуса. Прямі застереження стосувалися тільки щодо стану здоров'я особи заповідача¹⁶.

До головних вимог до нотаріуса при складанні акта було дотримання певної форми – зазначати у відповідних місцях та з належною послідовністю обов'язкові атрибути акта: рік, місяць, день, годину – індикт, понтифікат папи римського, інвокацію, місце складання акта, дицезії (району), а також зазначення особи, перед якою акт складався (імені, прізвища із зазначенням всіх наявних чинів та посад), імена свідків і нотаріуса, і, нарешті, підписом останнього. Ця інформація спочатку мала дуже скрупульозно записуватися в протоколі, а згодом переноситися в акт. Наголошувалося, що акт не може різнитися з текстом протоколу, або змінювати його «дух». Після підготовки документу перед підписанням нотаріус зобов'язаний прочитати його сторонам.

Віднесене «Модусом» до обов'язкових атрибутів акта інвокації та індикту радше було даниною римським традиціям чим практичною необхідністю. Проте, все одно, варто зазначити, що інвокація розглядалася як звернення до Бога та інших вищих сил і вважалось, що зазначення її в документі надавало йому більшої легальності.

Що ж до індикту, то таку назву мало тогочасне датування документу. Індикт вперше з'явився в Римі, за часів правління імператора Діоклетфана (284–305), який запровадив податок з завойованих Римською Імперією народів, які мали його сплачувати раз на п'ять років (наприкінці першого п'ятиліття – золотом, як данину, наприкінці другого – сріблом, як плату за збереження війська, а наприкінці третього – бронзою на зброю для війська). Відлік індикту поза Римом пов'язаний з вереснем місяцем, коли шедри врожаї сприяють найбільшій гуманності у складанні данини. Римський же індикт розпочинається з 1-им днем січня. Згідно з «Модусом» «легкою до визначення датою індикту» вважалася дата, що ділить дату поточного року на 15 і

додає до результату три роки, які пройшли від народження Христа Господа до хвилини початку першого індикту. Число, отримане таким чином, буде датою індикту.

Встановлювалася пряма заборона під жодною видимістю вписувати в акт не обговорені або фальшиві речі. Наголошувалося на тому, що нотаріус має ґрунтовно обдумувати порядок своїх дій, та в залежності, від вчинюваної ним дії та особливостей сторін, обирати ту чи іншу юридичну формулу. Якщо йшлося про контракт, мала звертатися увага на його характер, особливості сторін (вік, стать, стан тощо) та звичаєві формули, які були характерні для тої чи іншої місцевості, вимагалися свідки.

Об'єктом нотаріату визначалися контракти, заповіти та судові справи в найширшому їхньому розумінні, яким своєю чергою, надався статус публічних актів писаних нотаріусами, оскільки користувалися загальною довірою.

Засвоєння і тлумачення викладених тут конспективно питань, як зазначалося, поєднувався зі складанням (поясненням) різного роду актів згідно з «юридичними формулами» римського (цивільного), міського, земського права, що дає підставу зробити висновок, що кандидат на нотаріуса, який опрацював та ретельно виклав перед екзаменаторами дані положення, мав володіти досить ґрунтовними знаннями, які не обмежувалися сукупністю понять про права та обов'язки нотаріуса, а й включали загальні правові теоретичні та практичні навички

Після успішного завершення екзамену, під час урочистості з нагоди промоцій нотаріус складав присягу про дотримання набутих знань та навичок в подальшій діяльності та отримував власний нотаріальний знак (печатку), яким вже міг засвідчувати складені акти «в усьому християнському світі»¹⁷.

Б. І. Петришак, досліджуючи інститут публічних нотаріусів середньовічного Львова зокрема, зазначає, що такий нотаріальний інструмент, тобто підпис та зображення свого нотаріального знаку, з вказуванням імені нотаря та його батька (я, N., син N.), територіального походження, влади, яка номінувала нотаря, його духовних свячень та ін., це, як правило, власноручний малюнок нотаря пером, який зазвичай складався з трьох частин – голови, шийки та підстави, мав певний символізм, пов'язаний з релігійними символами, гербами тощо¹⁸.

Визначити точну кількість осіб, які отримали ступені публічних нотаріусів у Замойській академії, так само як і з'ясувати інтенсивність їхньої діяльності на посаді нотаріуса (адже загальновідомим фактом для даного періоду є поєднання однією особою декількох, як церковних так, і світських посад), у зв'язку з браком даних досить складно, за підрахунками ж А. Янік (A. Janik) упродовж 1607–1767 рр. такий ступінь отримало 115 осіб¹⁹.

Останні відомості про присвоєння звань нотаріусів Замойською академією датуються 1782 р., тоді публічними нотаріусами стали бакалавр філософії Анжей Дабчинський (Andrzej Dąbczyński) та слухач теологічного відділу Ян Леонтовіч (Jan Leontowicz). Хоча «замойські нотарі» очевидно не змінили правових засад Речі Посполитої (дослідники вказують на порівняно меншу нотаріальну активність східноєвропейського регіону), але, як зазначає В. Вітковський, вони очевидно прилучилися до права і зростання тут правової культури. Так наприклад, регент гродської канцелярії, пройшовши процедуру отримання ступеня нотаріуса в Замойській академії з певністю виконував свої функції краще, ретельніше записував акти, мав кращу обізнаність у земському праві тощо²⁰. Особливою, хоча і малодослідженою, є роль публічних нотаріусів загалом, які, на думку багатьох дослідників, складали суспільну еліту, у формуванні культурно-правового середовища на теренах Речі Посполитої. Зокрема, як відмічає Я. Лутославський, форма нотаріальних документів часто була зразкова, а переписуючи цінні книги, нотаріуси долучалися до розвитку бібліотек і архівів, завдячуючи саме їхній праці деякі міста мають зразки кодифікацій тощо²¹.

Без перебільшення значною є в цьому процесі роль Замойської академії як єдиного в Речі Посполитій навчального закладу, уповноваженого надавати ступені публічних нотаріусів.

¹ Ясіньська Л. Е. Становлення та розвиток інституту нотаріату в Україні (історико-правовий аспект) : дис. канд. юрид. наук: 12.00.01 «Теорія держави і права; історія політичних і правових вчень» – Л., 2005. – С. 71.

² Ляпидевский Я. История нотариата. Т. 1 – М.: Универ. тип., 1875. – С. 104–109.

³ Ле Гофф Ж. Цивилизация средневекового Запада / Пер. с фр. под общ. ред. В. А. Бабинцева; Послесл. А. Я. Гуревича. – Екатеринбург: У-Фактория, 2005. – С. 6.

⁴ Rozwadowski W. Historia prawa, – Poznań. 1980. – S. 218.

⁵ Chłopecki T. Instytucja notariatu na ziemiach polskich w okresie średniowiecza. Електронне джерело. Режим доступу: http://www.bibliotekacyfrowa.pl/Content/40763/01_Tomasz_Chlopecki.pdf

⁶ Mikucki S. Początki notariatu publicznego w Polsce // Przegląd Historyczny. – Т. XXXIV, Warszawa, 1937–38. – S. 12.

⁷ Skupieński K. Notariat publiczny w średniowiecznej Polsce. – Wyd. 2e., 2002. – S. 92.

⁸ Skupieński K. Ibid. – S. 101.

⁹ Петришак Б. І. До історії публічного нотаріату у Львові XVI ст.: Процедура призначення та присяги // Архіви України . – 2010. – № 3–4 (269). – С. 93–104 [Електронне джерело]. – Режим доступу: http://nbuv.gov.ua/j-pdf/ay_2010_3-4_6.pdf.

¹⁰ Бондарук В. О. Освітньо-правова концепція Яна Замойського // Альманах права. Правовий світогляд: людина і право. – Вип. 5. – К.: Ін-т. держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2014. – С. 112–116.

¹¹ Witkowski W. Notariat w XVI–XVII-wiecznej Polsce (w związku i kształceniem notariuszy publicznych w Akademii Zamojskiej. – «Rejent» nr 10, 1994. – S. 39.

¹² Dyjakowska M. Rozprawa doktorska Waleintego Macieja Teppera z zakresu rzymskiego prawa spadkowego. – Roczniki Nauk Prawnych, T. X, zeszyt 1. 1999. – S. 54.

¹³ Костенко І. В. Наукова титалатура України в контексті світового досвіду: витоки, розвиток, сучасні правові реалії: монографія / І. В. Костенко. – К.: НТУУ «КПІ», 2011. – С. 28.

¹⁴ *Dyjakowska M.* Ibid. – S. 56.

¹⁵ *Kochanowski J. K.* Dzieje Akademii Zamojskiej. – Krakow, 1899–1900. – С. 56–57.

¹⁶ Ibid. – С. 56–57.

¹⁷ Ibid. – S. 40.

¹⁸ *Петриуак Б. І.* Там само. – С. 97.

¹⁹ *Janik A.*, Notariusze publiczni mianowani w Akademii Zamojskiej w latach 1607–1767, – «Studia Źródłoznawcze», 1977. – S. 173.

²⁰ *Witkowski W.* Ibid. – S. 40.

²¹ *Lutostawski J.* Notariat w Łodzi w okresie międzywojennym. Łydz. 2011 \ \ Електронне джерело. Режим доступу: <http://www.archivia.com.pl/artykuly/notariusze-lodzcy-w-okresie-miedzywojennym.pdf>

Резюме

Бондарук В. О. Надання ступенів публічних нотаріусів в Замойській академії (1594–1784).

У статті, в контексті історичного розвитку публічного нотаріату на теренах Європи в середньовіччі, аналізується порядок надання ступеня публічного нотаріуса в Замойській академії (1594–1784), яка була створена й успішно функціонувала на етнічних руських землях Речі Посполитої. Замойська академія була єдиним навчальним закладом на цих теренах, який буллою папи Климента VIII, було надане право присвоювати ступінь публічного нотаріуса. Воно реалізувалося на основі «Modus promovendorum notariorum publicorum» («Спосіб затвердження публічних нотаріусів»), який мав ознаки короткої інструкції для майбутніх нотаріусів і програми для іспиту. Проведене дослідження дозволяє краще усвідомити витоки і еволюцію публічного нотаріату, його роль в тогочасному суспільстві.

Ключові слова: історія нотаріату, публічний нотаріус, ступінь публічного нотаріуса, «спосіб затвердження публічних нотаріусів», Замойська академія.

Резюме

Бондарук В. О. Предоставление степеней публичного нотариуса в Замойской академии (1594–1784).

В статье, в контексте исторического развития публичного нотариата на территории Европы в средневековье, анализируется порядок предоставления степени публичного нотариуса в Замойской академии (1594–1784), которая была создана и успешно функционировала на этнических русских землях Речи Посполитой. Замойская академия была единственным учебным заведением на этих территориях, которой буллой папы Климента VIII, было предоставлено право присваивать степень публичного нотариуса. Оно реализовывалось на основе «Modus promovendorum notariorum publicorum» («Способ утверждения публичных нотариусов»), который имел признаки краткой инструкции для будущих нотариусов и программы для экзамена. Проведенное исследование позволяет лучше понять истоки и эволюцию публичного нотариата, его роль в тогдашнем обществе.

Ключевые слова: история нотариата, публичные нотариусы, степень публичного нотариуса, «способ утверждения публичных нотариусов», Замойская академия.

Summary

Bondaruk V. Providing degree of «public notaries» in Zamoyski Academy (1594-1784).

In the article analyzed the historical origins of public notaries and their development in the Middle Ages. Based on «Modus promovendorum notariorum publicorum» («Notaries public approval method») makes an attempts to identify and distinguish the main process of degree provision of public notary in Zamoyski Academy (1594–1784). According to the «Notaries public approval method» that was used in Academy from the 1658 year, the term notary determined such an official (authorized by the Pope through universities and academies) that had public trust and engaged in rewriting cases (acts) by giving them appropriate form. The conducted research allows to better understand the origins and evolution of public notariate and its role in contemporary society.

Key words: history of notariate, public notary, public notary degree, «the way public notaries approval», Zamoyski Academy.

УДК 34 (091)/348

К. А. ГУБАР

Катерина Анатоліївна Губар, аспірантка Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України

РОЗВИТОК ЦЕРКОВНОГО ПРАВА У КИЄВО–МОГИЛЯНСЬКІЙ АКАДЕМІЇ ТА КИЇВСЬКІЙ ДУХОВНІЙ АКАДЕМІЇ (XVIII – ПОЧ. XX СТ.)

У Києво-Могилянській академії (далі – КМА) та її фактичній наступниці Київській духовній академії (далі – КДА) ретельно зберігалися традиційні цінності української духовної освіти та науки. У них виховували найкращих богословів, вчених, державних діячів та інших достойних синів Українського народу. Київська академія (далі – КА) мала богословське спрямування, тому важливе місце в освітніх курсах відводилося вивченню церковного права як сукупності всіх норм і законів, які стосуються життя церкви і відносин церкви з державою¹.

© К. А. Губар, 2014

Зауважимо, що до цього часу правознавцями практично не вивчався здобутки КМА–КДА в правовій сфері, тому історіографія проблеми окреслюється переважно працями професорів, які викладали в КА, а також працями істориків і філософів, насамперед: В. І. Аскоченського, С. Т. Голубева, Ф. І. Тітова, В. М. Нічик, В. С. Горського, М. Л. Ткачук, З. І. Хижняк, Н. Г. Мозгової, Л. М. Алексієвця. З огляду на це основним джерелом для нас є архівний матеріал, зокрема фонди Центрального державного історичного архіву України в м. Києві та Інституту рукопису Національної бібліотеки України ім. В. І. Вернадського.

Система навчання в КМА 1633 р. складалась із 8 класів: фари (вона ж аналогія), інфими, граматики, синтаксими – нижчі класи; поезії (піітики), риторики – середні; філософії і богослов'я – вищі². В останньому класі богослов'я викладались юридичні науки.

По закінченню богословського класу, студент набував повну академічну освіту. Керівництвом до вивчення богословських наук спочатку було богослов'я Фоми Аквінського, але професори у своїх лекціях користувались тільки формою його системи, вкладаючи в неї православний зміст. У другій пол. XVIII ст. вона була замінена системою викладання Феодана Прокоповича, яка вже відходила від схоластичного методу. Згодом, до кінця XVIII ст. керівництвом з богослов'я стало «Православне вчення або скорочена Християнська богословія» преосвященного Платона. До основних дисциплін богословського спрямування додавалось опанування церковного статуту, а по кормчій книзі* вивчалось канонічне право³.

Духовним регламентом 1721 р. засновувались академії нового типу, в яких визначалось викладання: 1) граматики разом із географією та історією, 2) арифметики та геометрії, 3) логіки або діалектики, 4) риторики разом або нарізно із поетичним вченням, 5) фізики разом із короткою метафізикою, 6) політики короткої Пуффендорфовой «аще она потребна судиться быть»⁴, яку можна було додавати до вивчення діалектики, та 7) богослов'я. Студенти мали вивчати грецьку та єврейську мови. Маємо згадку, що у другій чверті XVIII ст. інколи викладалось церковне законодавство⁵. Також знаходимо у Ф. І. Тітова твердження, що в Академії за Уставом 1798 р. в богословському класі вивчалась кормча книга⁶.

Вагомий внесок в академічну справу, серед іншого в юридичну науку зробив митрополит **Рафаїл Заборовський** (1676–1747) – митрополит Київський, Галицький і всієї Малоросії⁷. У 1738 р. для підняття просвітництва в Академії Рафаїл розширив коло наук, які викладались в КМА, зокрема ввів викладання церковної історії, математики та каноніки⁸.

Відповідно до словників православної термінології: Каноніка – наука, яка викладає в систематичному вигляді норми, що містяться в давніх церковних правилах і дає керівництво для правильного і ґрунтовного їх розуміння, головним змістом якої є правила давньої вселенської церкви, або це так зване «канонічне право». При введенні цієї науки до предметів викладання в духовних академіях, вона була названа «канонічним правом», згодом назву замінили на «церковне законодавство», а далі – на «церковне право», яке поділялося на внутрішнє і зовнішнє, – перше містить попередні поняття церковного права, друге стосується відносин церкви і держави та майнових справ.

Якщо догматика з'ясує внутрішню сторону церкви, то церковне право – зовнішню: устрій, ставлення до інших суспільних союзів, дисципліну. Церковне право не лише містить норми, які визначають внутрішнє життя церкви, а й охоплює право держави, що визначає її зовнішнє становище. У Росії ознайомлення з церковним правом у вищих духовних навчальних закладах розпочалося в другій половині XVIII ст. із вивченням церковних правил по Кормчій книзі. Практичний характер цієї науки скерував її до діючих постанов місцево-руської церковної та світської влади і поставив перед нею завдання звести ці місцеві постановлення до однієї системи разом із правилами давньої вселенської церкви. У такій побудові правила давньої вселенської церкви мали займати місце фундаменту, а пізніші і діючі постанови – значення її частин⁹.

У навчальних програмах професорів КА не було єдності щодо назви відповідної дисципліни. Схожі за змістом програми могли визначати свій предмет і як «канонічне», і як «церковне» право. Натомість у західноєвропейських країнах ці поняття розрізнялися. Під канонічним правом розумілася сукупність усіх постанов, що походять від церкви, незалежно від того, чи були вони предметом церковних або громадянських відносин. А під церковним – сукупністю норм, що походять як від церкви, так і від держави, але регулюють суто церковні відносини. На православному Сході церковне законодавство завжди взаємодіяло з державними законами і відповідало їм, тому таке розходження у назвах не мало значення¹⁰.

У новій Академії, після її перетворень (КМА було закрито в 1817 р., а на її місці в 1819 р. відкрита КДА)¹¹, викладання церковного права було започатковане кафедральним протоієреєм Києво-Софіївського собору, заслуженим ординарним професором університету Св. Володимира та КДА, доктором богослов'я **Іваном Михайловичем Скворцовим** (1795–1863 рр.)¹².

У Статуті духовних академії зазначалось, що: «канонічне право нашої церкви досі не приведено в належний порядок і має бути пояснено власними дослідженнями професора». Стимулом для керівництва КДА стало заснування в Університеті Св. Володимира кафедри церковного права та призначенням на неї

* У 1653 р. була видана Друкована кормча книга (Никонівська), яка й стала використовуватись у широкому вжитку, тому у всіх джерелах того часу перестали уточнювати назву кормчої, вказувалось лише «кормча книга», що вже передбачало саме Друковану кормчу. Також зауважимо, що в 1787 р. була видана Катерининська кормча книга, але викладання канонічного права в КМА почалось раніше означеного року, тому ми можемо стверджувати, що курс канонічного права в Академії вівся саме по Друкованій кормчій книзі до 1787 р. А вже після видачі Катерининської кормчої, скоріш за все, й у викладанні означеної науки стали застосовувати останню.

професора І. М. Скворцова. Невдовзі відповідно до пропозиції ректора Академії та постанови Конференції, журналом від 1 лютого 1837 р. до навчальної програми КА було введено «церковне право», яке доручили викладати І. М. Скворцову¹³.

У 1848 р. професор видав курс «Записки з церковного законодавства» як скорочений варіант керівництва до вивчення церковних законів і канонічного права¹⁴. Невдовзі Синод доручив переробити цю працю на посібник для всіх вищих навчальних закладів¹⁵.

І. М. Скворцов так визначав предмет церковного законодавства: «... Церква має свої особливі закони, якими зберігається в ній богостворений порядок і спрямовується життя та діяльність членів її до загального високого блага їх. Ці закони Церкви вселенської можуть бути названі в найтіснішому розумінні церковними; але вони зазвичай з'єднуються, хоч і не змішуються, з тими законами, яким, починаючи з часів християнських Государів, підпорядковуються окремі церкви, за властивістю положення свого в тій чи іншій державі, і які називаються церковно-цивільними. Закони першого порядку давні законодавці визначали словом «правило». Закони другого порядку називали «закон», а з'єднання тих чи інших називали словом Номоканон. І ті, й інші складають предмет Церковного законодавства».

Стосовно структури науки церковного законодавства І. М. Скворцов зазначав: «при різноманітності правил і законів, уживаних Церквою, – власне церковних і церковно-цивільних, урядових і судових, богослужбових і моральних, не легко привести їх до систематичної єдності <...>». Отже, система, покладену в основу «Записок», мала дві частини: по-перше, – це склад і устрій тіла церкви, або тих сил і засобів, якими цей устрій здійснюється, і по-друге, перелік тих дій, якими церква влаштує життя своїх членів. Враховуючи з однієї сторони відносини православної церкви з державою, а з іншої – вплив її діяльності на людей, які не належать до церкви, І. М. Скворцов структурував науку церковного законодавства так.

Частина перша мала назву «Склад і благоустрій Церкви». Включала розгляд питань: про властивості влади та управління в церкві загалом, що розглядається як в самій собі, так і в союзі з державою. Висвітлювалося питання про церковне правління (ієрархія), про найближчих служителів церкви (про духовництво загалом та зокрема) та про речові засоби церкви (про храми, церковні речі, церковну власність).

Частина друга під назвою «Коло и спосіб дій церкви» відповідно включала питання про церковне вчення, про богослужіння і священнодійства. Розглядалися питання про церковний суд та церковне благочиння (дисципліну). А також про дії церкви відносно іновірців¹⁶.

На виконання згаданого вище доручення І. М. Скворцовим 22 серпня 1850 р. було надано в Синод виправлений та доповнений примірник «Записок». Проте лише 1856 р. Синодом дозволено надрукувати друге видання цієї праці. Третє та останнє видання «Записок» побачило світ 1861 р.¹⁷

Праці І. М. Скворцова окреслили шлях розвитку викладання і наукового дослідження церковного права на багато років вперед. Його безперечною заслугою є створення першої в Російській імперії програми викладання церковного законодавства у вищих навчальних закладах, яка стала орієнтиром для багатьох наступних поколінь освітян і науковців, що працювали у царині церковного права.

При введенні до навчальних програм в КДА курсу церковного права, свої пропозиції вносив **Віктор Іпат'євич Аскоченський** (1813–1879) – колезький радник, голова цивільної палати, літератор¹⁸. Він запропонував ввести в духовні навчальні заклади вивчення цивільного права. В архівних фондах нами знайдено «Представлення Синоду про введення в курс академічного навчання правознавства, зіставленого паном Аскоченським. (1857 р.). Справа по конференції за 1857 р., з приводу подачі Аскоченським проекту про введення в курс Академії правознавства». Відповідно в документі значиться рішення Конференції КДА від 25 квітня 1857 р., про те, що знання вітчизняних законів для вихованців Духовних академії і семінарій є корисним, але для опанування означеного предмету, виходячи із пропозицій В. І. Аскоченського, студентам потрібно спочатку вивчити декілька томів Зводу Законів, а потім приступити до практичних занять щодо їх застосування. Така наука потребувала б великий об'єм часу викладання, та відволікала б студентів від богословських предметів, котрі вони зобов'язані вивчати в повноті. Якщо ж викладання обмежити простим читанням статей зі Зводу Законів, а вивчення, видаляючи із програми всі «вчені роздуми і теорії, звичайні на університетських кафедрах», то від такого навчання важко чекати якої-небудь користі.

«Досвід показує, що ті, хто дістав освіту в духовно-навчальних закладах, вступаючи на цивільну службу, скоро звикають до юридичного порядку та законності, як прикладом тому може слугувати сам пан укладач проекту, який виявляє бажання викладати юриспруденцію в Академії, і відповідно має в ній ґрунтовні знання, хоча він й не вивчав законів за час свого виховання в духовних училищах й був недовго в цивільній службі.

А щоб сприяти наскільки можливо вихованцям духовних Академії і семінарій в отриманні нездоланих для них відомостей, стосовно законів цивільних, можна зробити так, щоб посібники для вивчення законодавства вітчизняного були не тільки в Академічних, а й в семінарських бібліотеках і щоб начальство заохочувало тих, хто вчиться до застосування цих підручників. Добре також поставити в обов'язок викладачам церковного законодавства, щоб вони окрім викладання канонічного права, розповідали своїм слухачам відомості по тим законам цивільним, які найбільше потрібно знати або яких дотримуватись в майбутній їх пастирській службі, так само як і про самі посібники печатні (для вивчення означених законів)»¹⁹.

Тож, намагання ввести в академію паростки світської освіти, зокрема у вивченні цивільного права за університетським зразком, не увінчалися успіхом. Адже випускники КДА, в міру отриманих ними знань, при необхідності з легкістю опановували юриспруденцію, що й стало вирішальним у визначенні потреби вивчення цивільного права в духовних закладах.

Відтак викладання церковного права в КДА розпочалося 1 лютого 1837 р. І. М. Сковрцовим та продовжувалося і удосконалювалося його наступниками. Нам вдалося знайти декілька не підписаних програм наступника професора з канонічного права, зокрема за 1863–1865 р.²⁰. Але в нас є підстави стверджувати, що означені програми належать **Петру Олександровичу Лашкарьову** (1833–1899) – юристу, професору КДА та приват-доценту Київського університету по кафедрі канонічного права²¹.

Всі праці П. О. Лашкарьова (крім «Церковно-історичного нарису про Патріарха Никона») стосуються церковної археології та церковного права. До нового статуту 1869 р. в духовних Академіях церковна археологія та канонічне право становили одну кафедру. Петро Олексійович після закінчення навчання у 1859 р., обраний викладачем на цю кафедру та займався загальною проблематикою обох наук. Від 1869 р. церковне право та церковна археологія були розділені, для кожної із означених наук існувала окрема кафедра. Тоді П. О. Лашкарьов залишився за власним бажанням професором виключно церковного права²². Відтак припускаємо, що професор викладав церковне право разом із іншими науками вже з 1859 р., а після поділу кафедри у 1869 р. – зосередився виключно на означеній дисципліні²³.

Звернемо увагу на програму П. О. Лашкарьова, що мала назву «Огляд уроків з канонічного права, прочитаних студентам КДА вищого відділення ХХІІ курсу, за першу половину 1863/64 навч. р.». Порівняно із програмою І. М. Сковцова, в ній містився значний за обсягом розділ «Історія загального церковного права», який складався з двох підрозділів: аналізу історичного характеру церковного права та дослідження періодів розвитку церковного права. В іншій програмі, яка доповнювала попередню, та називалась «Огляд тих же уроків за другу половину 1863/64 і першу 1864/65 навч. р.»²⁴, вказувалося, що у другому півріччі студенти продовжували вивчати розділ «Історія загального церковного права». Належне місце відводилось законодавству імператорів Костянтина Великого, Феодосія Великого та Юстиніана. Також вивчались постанови соборів вселенських і помісних, які прийняті в основу церковного устрою і управління вселенської церкви. Досліджувались збірки церковних канонів і церковно-цивільних законів на Сході (збірники IV століття, збірники Іоанна Схоластика, Номоканон патріарха Фотія) та Заході (Діонісія Малого, Ісидора Севільського, Лжеісидора). До аналізу церковного законодавства додавалися «Скорочення і тлумачення церковних законів Стефана Ефеського, Зонари, Вальсамона, Арістіна та інших».

Окремий розділ програми присвячувався історії руського церковного права, що починався із загальних понять та переходив у характеристику двох найважливіших періодів історії цього права. Період перший включав, по-перше, канонічні й історичні підстави залежності давньоруської церкви від Константинопольської. По-друге, цивільні права руської церкви на підставі: статуту Св. Володимира, статуту Ярослава, статутних грамот удільних князів, ханських ярликів, статутної грамоти великого князя Василя Дмитровича. По-третє, закони, які діяли по управлінню та суду церковному. Сюди входили: грецький Номоканон, додаткова до Номоканону стаття, та закони руські: правила митрополита Іоагена, питання Кірика, правило митрополита Кирила та ін. Період другий стосувався історії та канонічних підстав, на яких утворилась незалежність і автокефалія руської церкви.

У програмі за 1873/4 навч. р.²⁵, П. О. Лашкарьов надавав загальну схему свого викладання в Академії. На початку програми професор вказує, що одразу після викладу попередніх понять про церковне право і загального нариса його джерел, він розглядатиме а) історію церковного права, і б) його систему. В історії церковного права зосереджується на пам'ятках церковного законодавства або на так званій зовнішній історії права, залишаючи можливість звертатись до його внутрішньої історії при викладі самої системи права. Щодо системи церковного права, то після загального огляду стану науки церковного правознавства на Заході і в Росії наводився аналіз постанов вселенських соборів, правил соборів помісних і правил Св. Отців, схвалених для загального керівництва соборами вселенськими. Програма П. О. Лашкарьова, на відміну від програм його попередників доповнилась питаннями про організацію зовнішнього церковного управління церкви: розглядалися єпархії (митрополії), дієцезії (патріархати). Досліджувались собори єпархіальні та дієцезальні, питання про митрополитів, екзархів і патріарха як представника соборної єпархіальної та дієцезальної влади.

Професор приділяв увагу вивченню організації вищого управління в церкві руській, зокрема: автокефалії церкви руської та її меж, діяльності Святійшого правлячого Синоду, організації єпископського та пресвітерського управління. Окрім питань про звання священнослужителів і кліриків, програма доповнилась аналізом правил і обов'язків таких звань і церковних станів: мирян (народу), християн, відлучених, адептів, віруючих, каючихся, вдів, незайманих, аскетів і чернецтва.

Звернемо увагу на останні програми професора, зокрема на «Читання з церковного права для студентів IV курсу КДА на 1897/98 навч. роки», та «читання з церковного права для студентів III курсу КДА на 1897/98 навч. р.». Вступні поняття про науку та історія церковного права викладались на III-му курсі. Зміст та структура викладання відповідали першим програмам професора. Утім, дещо більша увага приділялась видам права, зокрема П. О. Лашкарьов, окреслюючи загальні види права, виділяв окремі підрозділи спеціально-церковного права (за основами церковного права, за формами, за часом його утворення, по колу дії, по дійсному застосуванню тих чи інших законів його в певний час, по предметам права), характеризував відношення спеціально-церковного до церковно-цивільного права та визначав підрозділи церковно-цивільного права.

Викладання означеної дисципліни для студентів IV курсу починалось із другого розділу «Система церковного права». Ця частина співпадає із вже описаною нами відповідною частиною програми. Зауважимо тільки, що тут відділи: «Про церковне вчення», «Про таїнства церковні», «Про свята і пости» (новий відділ),

«Церковно-речове право» та «Суд церковний» були об'єднані в єдину частину під назвою «Релігійне і релігійно-цивільне право православної церкви. (Підстава і порядок церковного права і суду)»²⁶.

Певний внесок у викладання церковного права в КМА зробив визначний історик професор **Федір Іванович Тітов** (1864–1935). Він читав цей курс як додатковий через смерть П. О. Лашкарьова та відсутність викладача церковного права від 5 вересня 1899 р. до 15 серпня 1900 р.²⁷ У нашому розпорядженні є «Програма читань церковного права для студентів IV курсу КДА у 1899–1900 навч. р.», яка свідчить, що професор загалом додержувався системи, апробованої його попередниками. Єдине, що висвітлювалось докладніше, це дослідження «законовиконавчої» влади в церкві, зокрема дотримання, поширення і охорона вчення православної церкви та аналіз церковно-судової влади. У межах останньої надавалась характеристика суду в справах суперечок і сперечань, провин і злочинів. Вагоме значення мало вивчення церковного судоустрою та судочинства. У програмі Ф. І. Тітова почала приділятися увага шлюбному та шлюбно-розлучному праву²⁸.

У 1900–1919 рр. церковне право в КДА викладав **Федір Іванович Міщенко** (1874–1929) – український правознавець, професор, академік УАН з 1920 р.²⁹. Як свідчить «Програма читань церковного права за 1900–1901 навч. р.», професору вдалося збагатити викладання цієї дисципліни ґрунтовним аналізом змісту церковної влади. У межах останньої вирізнялась, по-перше, влада вчителства (*potestas magisterii*), що включала: церковне учительство (проповідь, охорона істин віри, місіонерство) та громадське учительство (школи, навчальні заклади). По-друге, влада освячення (*potestas ordinis*) по відношенню до всього церковного товариства (*jus liturgicum*) та до окремих осіб (канонічні постанови щодо таїнств і обрядів, як-то: хрещення, покаяння, причащення, присяги і поховання). По-третє, влада правління (*potestas jurisdictionis*), що включала законодавчу, адміністративну (заміщення, відкриття, зміну церковних посад) спостережну, та судову (церковний суд). По-четверте, влада церкви як майнового власника або майнове право. Також професором було запропоноване вивчення ставлення православної церкви до інших віросповідань і взагалі до діянь і осіб, що до неї не належить³⁰.

Нам вдалося знайти «Конспект лекцій по церковному праву, прочитаних студентам КДА у 1908–1909, та 1912 р.»³¹, сам документ вміщає два схожі тексти. Під конспектом є підпис: «Куц Андрій, 24 березня 1913 р.». А на звороті останнього аркушу значиться «печатали Сірадзе і Разумов». Стосовно Куц Андрія, то про нього нам відомо мало, зокрема, що він закінчив КДА (випуск 1914 р.) та вдостояний ступеня кандидата богослов'я³². Тобто в час написання конспекту, останній був студентом. В цей час в Академії курс церковного права викладав Ф. І. Міщенко, отже відповідний рукописний матеріал, скоріш за все і є законспектованими студентами лекції професора Ф. І. Міщенка.

Означений конспект із «церковного права» починається з «лекцій, читаних студентам 3-го курсу в 1908/9 навч. р.». У відділі «Поняття про право», розглядалися: норми, закони юридичні і закони природи, норми етичні та норми технічні. Найсуттєвішою ознакою і основним елементом в понятті права є поняття норми, правила, закону або веління. За розбіжністю областей, в яких діє закон, він виявляється то як закон природи, то як правило техніки (мистецтво), то як етичний закон, у широкому сенсі цього слова. Звідси і троякий, окрім юридичного вид норм, як 1) законів природи, 2) як норм технічних, 3) норм етичних. Норми юридичні а) як уявлення, дані у свідомості, ідеальні, стосуються того, що повинно бути; тому б) припускають можливість ухилення від них. Тоді як закони природи діють механічно. Отже, юридичні норми – це веління, звернені до вільної волі, положення, що допускають свободу волі. А закони природи – безумовний спосіб існування і дії.

Також вивчались відділи: «Про науку церковного права», «Її історія, задача, метод», «Східний період», «Західний період». Тут вирізняли: перший період в історії західної науки – схоластико-екзегетичний, другий період літератури церковного права на заході – від реформації до історичної школи (XVI – перша чверть XIX), та третій період (XIX ст.) – виникнення історичної школи правознавства. Належне місце займало дослідження правових учень відомих мислителів, наприклад, Соколова, Заозерного і т. д. Досліджувались поняття про джерела права загалом, джерела церковного права та Св. Передання, а також джерела пізнання права та історія джерел церковного права.

Аналізувалось й місце Кормчої у системі джерел церковного права. Зокрема, характеризуючи значну кількість її списків, зосереджувалися на Друкованій кормчій (1650–1653 р.). Також зверталась увага на спроби заміни старого перекладу кормчої новим. Перше синодальне видання, йдеться в конспекті, передруковувалося кілька разів до 1839 р., коли Св. Синодом був виданий новий переклад Синтагми Фотія, під заголовком: «Книга правил Св. Апостолів, Св. Соборів вселенських і помісних, і Св. Отців.» Ця книга відрізняється від старої кормчої тим, що в ній поміщений переклад повного тексту церковних канонів, але без тлумачень. До деяких правил додано від імені Св. Синоду пояснювальні примітки. Прийняття «книги правил» не зупинило дію кормчої. Юридичний авторитет Друкованої кормчої спирався на затвердження її царською владою. Мотивом до друку «книги правил» було видання повного тексту канонів, замість скороченого, а не скасування кормчої книги. Окремо вивчалась й система церковного права, аналізувався церковний устрій і церковне управління, досліджувались питання про ієрархію та оч.³³

20 березня 1919 р. відповідною постановою Народного комісаріату освіти, викладання богослов'я та церковного права було скасовано³⁴. Відтак останнім професором у досліджуваній період, який читав у КДА церковне право, був Федір Іванович Міщенко.

Отже, в КМА у вищому класі богослов'я викладалось канонічне право за кормчою книгою. Можемо припустити, що викладання канонічного права почалося вже після того, як Київська школа перетворилась на

колегію. Також ми знаємо про пропозицію, означену в Духовному регламенті, написану Ф. Прокоповичем, про додання до викладацького курсу основ політичного вчення за Пуффендорфом. Утім, не збереглося відомостей про практичне виконання цього пункту Духовного регламенту. Тобто, можна лише припускати наявність у програмах КМА канонічного права від 1632 р. до оч. XVIII ст. Але ми точно знаємо, що саме у другій чверті XVIII ст. Рафаїлом Заборовським канонічне право було введено в загальний курс наук КМА. Після перетворень 1817–1819 рр. КМА у КДА, І. М. Сковрцовим був запроваджений систематизований курс церковного права, після чого означена наука утвердилася у подальших навчальних програмах Академії та її викладання відбувалося на належному, ґрунтовному рівні.

¹ Олексійчук Л. В. Соціально-юридична характеристика церковного права // Вісник Київського національного університету ім. Т. Шевченка. – Філософія. Політологія. 98/2010. – С. 14.

² Інститут рукопису Національної бібліотеки України імені В. І. Вернадського (далі – ІР НБУВ). – Ф. 304. – Спр. Дис. 1292. – Арк. 53; ІР НБУВ. – Ф. 304. – Спр. Дис. 1418. – Арк. 43; *Петров Н. И.* Первый (малороссийский) период жизни и научно-философского развития Григория Савича Сковороды // Труды Киевской духовной академии. – декабрь, 1902 г. – С. 600; Профессор протоиерей *Федор Титов*. Императорская Киевская Духовная Академия в ее трехвековой жизни и деятельности (1615–1915 гг.): Историческая записка. – К.: Гопак, 2003. – С. 112.

³ ІР НБУВ. – Ф. 304. – Спр. Дис. 1292. – Арк. 53, 70–72.

⁴ Регламент или Устав духовных коллегий, по которому она знает должинства своя, и всех духовных чинов, також и мирских лиц, поелику она Управлению Духовному подлежат, и при том в отправлении дел своих ступать имеет; Виктор Смирнов Феофан Прокопович. – М.: Товарищество «Соратник», 1994. – С. 167; *Петров Н. И.* Первый (малороссийский) период жизни и научно-философского развития Григория Савича Сковороды // Указ. соч. – С. 600–601.

⁵ *Петров Н. И.* Первый (малороссийский) период. Указ. соч. – С. 602.

⁶ Профессор протоиерей Федор Титов. Указ. соч. – С. 269.

⁷ *Хижняк З. І.* Заборовський Михайло, чернець ім'я Рафаїл // Києво-Могилянська академія в іменах, XVII–XVIII ст. / В. С. Брюховецький (відп. ред.), З. І. Хижняк (наук. ред, упоряд.). – Енциклоп. вид. – К.: ВД «КМ Академія», 2001. – С. 213; Прот. Орловский П. И. Сказания о блаженном Рафаиле митрополите Киевском // Труды Киевской духовной академии. – Июнь, 1908. – С. 234–237.

⁸ Прот. Орловский П. И. Указ. соч. – С. 461–462.

⁹ Каноніка. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://fxweek.info/k/2146-kanonika>; Проф. *Бердников И.* Каноника // Православная богословская энциклопедия. – Том VIII, под ред. Н. Н. Глубоковского. – СПб., 1907. – С. 421.

¹⁰ *Дорская А. А.* История науки церковного права Российской империи конца XVIII – начала XX вв. // Вестник молодых ученых 3'2004. – Серия: исторические науки 2'2004. – С. 13–14.

¹¹ Профессор протоиерей *Федор Титов*. Указ. соч. – С. 337–338.

¹² *Черкас А.* Сковрцов Иоан Михайлович // Русский биографический словарь. – Т. XVIII. – СПб., 1904. – С. 546; Профессор протоиерей *Федор Титов*. Указ. соч. – С. 535; *Куценко Н. А.* Иван Михайлович Сковрцов – первый профессор философии в Киевской духовной академии // История философии. – Вып. 9. – М.: ИФ РАН, 2002. – С. 47, [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://iph.gas.ru/page51246970.htm>; *Фаворов Н. А.* Сковрцов Иван Михайлович // Биографический словарь профессоров и преподавателей императорского университета Св. Владимира (1834–1884) / под ред. проф. В. С. Иконникова. – К., 1884. – С. 606–607.

¹³ *Аскоченский В. И.* История Киевской Духовной академии, по преобразовании ее в 1819 году. – СПб., 1863. – С. 155.

¹⁴ *Черкас А.* Указ. соч. – С. 549.

¹⁵ *Аскоченский В. И.* Указ. соч. – С. 278.

¹⁶ *Сковрцов И. М.* Записки по церковному законоведению. – К., 1848. – С. 1–2, 11–13.

¹⁷ *Черкас А.* Указ. соч. – С. 549.

¹⁸ Виктор Ипатьевич Аскоченский // Русский биографический словарь. – Т. II. Алексинский – Бестужев-Рюмин. – СПб: Тип. Главного управления уделов, 1900. – С. 348–350.

¹⁹ Центральний державний історичний архів України, м. Київ (далі – ЦДІАУК), – Ф. 711. – Оп. 3. – Спр. 560. – Арк. 1–4.

²⁰ ЦДІАУК. – Ф. 711. – Оп. 3. – Спр. 667. – Арк. 80.

²¹ Лашкарев Петр Александрович // Справочник научных обществ России. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.snor.ru/?an=pers_224

²² ІР НБУВ. – Ф. 175. – Спр. 1643. – Арк. 1–2.

²³ Труды Киевской духовной академии. – К., 1870. Январь. – С. 8.

²⁴ ЦДІАУК. – Ф. 711. – Оп. 3. – Спр. 667. – Арк. 28–30.

²⁵ Там само. – Спр. 1082. – Арк. 120.

²⁶ Там само. – Спр. 2407. – Арк. 45, 47–49.

²⁷ Профессор протоиерей *Федор Титов*. Указ. соч. – С. XLIV, LXVII.

²⁸ ЦДІАУК. – Ф. 711. – Оп. 3. – Спр. 2522. – Арк. 128–129.

²⁹ *Гуцал П. З.* Міщенко Федір Іванович // Юридична енциклопедія. – Т. 3. – К.: Укр. Енциклопедія, 2001. – С. 740.

³⁰ ЦДІАУК. – Ф. 711. – Оп. 3. – Спр. 2523. – Арк. 129, 131–132.

³¹ ІР НБУВ. – Ф. 160. – Спр. 2630. – Арк. 1–164.

³² *Куц Андрей* [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.petergen.com/bovkalov/duhov/kievda.html>

³³ ІР НБУВ. – Ф. 160. – Спр. 2630. – Арк. 26–162.

³⁴ Постановление народного комиссариата просвещения об отмене балльной системы, прекращении чтения некоторых курсов и признании других необязательными. В «Известиях Всеукр. Ц. И. К. Советов и Х. С. Р. Д.» От 21 марта 1919 г. за № 72.

Резюме

Губар К. А. Розвиток церковного права у навчальному процесі Києво-Могилянської та Київської духовної академії (XVIII – поч. ХХ ст.).

Здійснюється огляд та аналіз викладання церковного права в Києво-Могилянській академії та Київській духовній академії. Характеризуються програми викладання церковного та канонічного права. Подаються короткі відомості про професорів: Ф. Прокоровича, Р. Заборовського, І. М. Скворцова, П. О. Лашкарьова, Ф. І. Тітова, Ф. І. Мищенко, котрі викладали церковне право в Академії.

Ключові слова: історія українського права, юридична освіта, юридична наука, держава, церква, Києво-Могилянська академія, Київська духовна академія, освітні програми, канонічне право, церковне право.

Резюме

Губарь Е. А. Развитие церковного права в учебном процессе Киево-Могилянской и Киевской духовной академии (XVIII – нач. ХХ в.).

Осуществляется обзор и анализ преподавания церковного права в Киево-Могилянской академии и Киевской духовной академии. Характеризуются программы церковного и канонического права. Приводятся краткие биографические сведения о профессорах: Ф. Прокоровиче, Р. Заборовском, И. М. Скворцове, П. А. Лашкареве, Ф. И. Титове, Ф. И. Мищенко, которые преподавали церковное право в Академии.

Ключевые слова: история украинского права, юридическое образование, юридическая наука, государство, церковь, Киево-Могилянская академия, Киевская духовная академия, учебные программы, каноническое право, церковное право.

Summary

Gubar K. Development of church law in the educational process of the Kyiv-Mohyla Academy and Kyiv Theological Academy (XVIII – early XX).

Is carried out a review and analysis of the teaching of ecclesiastical law at the Kyiv-Mohyla Academy and Kyiv Theological Academy. We give a description programs of the canon law and ecclesiastical law. Served brief biographical information about the professors: F. Prokoryovych, R. Zaborowski, I. Skvortsov, P. Lashkaryov, F. Titov, F. Mishchenko, who taught ecclesiastical law at the Academy.

Key words: History Ukrainian law, legal education, legal science, state, church, Kyiv-Mohyla Academy, Kyiv Theological Academy, curriculum, canon law, ecclesiastical law.

УДК 343.137 (091)

О. І. ДУБОВИК

Ольга Ігорівна Дубовик, здобувач Київського національного університету імені Тараса Шевченка

**АЛЬТЕРНАТИВНЕ ПРАВОСУДДЯ: РОЗВИТОК НАУКОВОЇ ДУМКИ
В 70–90 РР. ХХ СТОЛІТТЯ**

Інтеграція України у світову та європейську спільноту вимагає від нашої держави адаптування національного законодавства до міжнародних стандартів і зобов'язань. Особливо це стосується кримінального процесу, через який здійснюється охорона важливих конституційних прав, свобод та інтересів громадян, з урахуванням реалій розвитку українського суспільства.

Сучасна міжнародна і європейська концепція захисту прав людини, яка відображена у ряді міжнародних документів, свідчить про тенденції відмови світової спільноти від виключно каральної реакції на злочин, яка не може належним чином забезпечити як права осіб, що його вчинили, так і потерпілих. Це зумовлює необхідність закріплення нового підходу до кримінального процесу, який реалізується через концепцію відновного правосуддя.

Важливість відновного правосуддя підтверджується й тим, що цю проблему досліджували багато вітчизняних та зарубіжних учених. Серед вітчизняних дослідників – І. А. Войтюк, А. О. Горова, Т. А. Денисова, В. В. Землянська, І. І. Ємельянова, В. Д. Каневська, О. В. Коваленко, Р. Г. Коваль, І. М. Козьяков, М. В. Костицький. Серед закордонних науковців відновне правосуддя досліджували І. Айртсен, Д. Ван Несс, Дж. Брейтуейт, Я. Валюк, Б. Вос, Л. Головка, М. Гроенхейзен, Г. Зер, Р. Коатс, Л. Корнозова, Н. Крісті, Д. Маєрс, Дж. Максвелл, Р. Максудов, Т. Маршал.

Мета дослідження полягає в тому, щоб на основі проведеного всебічного комплексного теоретичного аналізу й узагальнення міжнародного правового регулювання та досвіду розробити науково обґрунтовані пропозиції щодо впровадження концепції відновного правосуддя у національне законодавство України.

Відновне правосуддя в такій формі, як воно існує сьогодні, зародилося у середині 70-х років ХХ ст. як рух за зміну поглядів на злочин та покарання. Підхід, що лежить в його основі, орієнтований на надання можливості сторонам конфлікту і суспільству в цілому самим впоратися з наслідками злочину.

Однією з перших робіт, присвячених проблематиці відшкодування збитків, була «Компенсація і реституція щодо жертв злочину» американського вченого Стівена Шафера¹. Він, зокрема, зауважував, що інтерес до відновного правосуддя виникає із старовинних концепцій і досвіду, забутих ще в кінці середньовіччя, коли сформувалась формальна система правосуддя, що визначала зобов'язання правопорушника як борг перед королем або лордом (згодом – перед державою), а не перед жертвою.

Натхнений працею Чезаре Беккаріо Мішель Фуко, французький мислитель і історик, у 1975 р. видає свою книгу «Надзирати і наказувати. Рождение тюрьмы»². Однією з основних ідей даного твору стала еволюція політичних технологій західного суспільства при переході від епохи феодалізму до сучасності. Ще в середині XVIII ст. для влади була характерна жадлива жорстокість. Але вже в 30 рр. XIX ст. вона стала м'якшою і гуманістичною. Якщо раніше злочинців публічно страчували або піддавали тортурам, то пізніше їх стали поміщати під ретельний тюремний нагляд, що виключає всяке насильство над тілом. Тобто, змінилася сама соціальна природа покарання. Сформувалося нове уявлення про суб'єкт злочину, склалося раціонально-обачливе ставлення до людського тіла. Суб'єктом злочину перестає бути тіло злочинця, ним стає його душа.

Перша спроба систематизувати відновлювальні підходи до правосуддя була здійснена пенсільванським професором соціологом Ховардом Зером у книзі «Змінюючи лінзи: новий погляд на злочин та правосуддя»³. Широко відомий як «дідусь відновного правосуддя», Х. Зер починав як практикуючий фахівець і теоретик у концепції альтернативного правосуддя в кінці 1970-х, коли вона тільки зароджувалася. Ось уже понад три десятиліття науковець продовжує поглиблено вивчати принципи відновної юстиції і поширювати її практику у всьому світі. Він провів сотні заходів в більш як 25 країнах і 35 штатах, у тому числі читаючи лекції і консультуючи щодо відновного правосуддя, проводячи конференц-зв'язок з правопорушником і жертвою; його праці сприяли багатьом судовим реформам. Істотний вплив його дослідження мали в США, Бразилії, Японії, Ямаїці, Північній Ірландії, Британії, Україні і Новій Зеландії. Дослідження Ховарда Зера – це систематичний виклад концепції і програми відновного правосуддя в кримінальній юстиції і досвіду з їх реалізації. Жива мова автора, глибокі узагальнення і ефективне використання гуманітарного підходу до проблем кримінального правосуддя – все це привертає увагу не лише правознавців і практичних працівників правосуддя, а й філософів, істориків, соціальних працівників, психологів, соціологів, громадських діячів.

Ідеї Х. Зера були розвинені Нільсом Крісті у праці «Межі покарання»⁴. Погляди автора на ці проблеми становлять значний інтерес. Крісті не підтримує ні один із двох основних напрямів у західній думці кримінології – ні прибічників теорії «некаральної дії» на злочинця (*treatment*), ні проповідників теорії «утримуючої дії» кримінального закону (*deterrence*). Він критикує обидва ці напрями, і дуже часто його критика є доцільною. Думка Н. Крісті про те, що суворість покарання в буржуазній державі легко переходить в жорстокість є самостійною змінною і не знаходиться в прямому і однозначному зв'язку з величиною і характером злочинності, має велике значення, оскільки привертає увагу суспільства до його власної етичної свідомості. Буржуазне суспільство не лише породжує злочини, що вимагають захисної реакції, воно породжує також і саму цю реакцію, яка може бути і суворою, і більш м'якою. Якщо відповідь на злочин, говорить Н. Крісті, залежить не стільки від самого злочину, скільки від суспільства, то хай він краще буде не суворим, а м'яким. Н. Крісті виступає тут як послідовник великих гуманістів минулого. У аморальній атмосфері експлуататорського суспільства він виступає на захист простих людських цінностей. Суть концепції Н. Крісті в наступних словах: «Ми можемо створювати злочин створенням систем, які вимагають цього поняття. Ми можемо ліквідувати злочини, створюючи системи протилежного типу».

Ще одним послідовником Х. Зера є Джон Брейтуейт. Про визнання заслуг автора у сфері кримінології свідчить той факт, що книга «Злочин, сором і возз'єднання»⁵ в 1990 р. одержала премію за видатні досягнення Товариства вивчення соціальних проблем (США), а в 1991 р. – премію Майкла Дж. Хинделанга Американської кримінології. У центрі уваги автора як країни (наприклад, Японія), так і періоди європейської історії (наприклад, вікторіанська епоха в Англії), що характеризуються низьким рівнем злочинності. Для пояснення цих ситуацій Дж. Брейтуейт створює оригінальну теоретичну концепцію, головна складова якої – навіювання відчуття сорому як спосіб неформальної соціальної підтримки офіційному кримінальному праву. По суті, робота Дж. Брейтуейта прокладає дорогу для дослідження й удосконалення комунікативних суспільних і родинних механізмів, в рамках яких пов'язані із злочином моральне обурення і навіювання відчуття сорому стають такими, що формують суспільство силоміць. Дж. Брейтуейт вважає відновне правосуддя всесвітнім суспільним рухом, в якому він сам брав і бере безпосередню участь. Концептуально автор виходить із того, що основним засобом контролю над злочинністю є культурно обґрунтоване прагнення вселяти відчуття сорому за провину, але вселяти його так, щоб це відчуття було «об'єднуючим». Низький рівень злочинності відрізняє ті суспільства, де навіювання відчуття сорому потужне в своїх проявах, але не переходить певні рамки, і навпаки, до скоєння злочинів удаються ті люди, які відгороджені від відчуття сорому за свої діяння. Проте, якщо вселяти відчуття сорому безрозсудно, це може привести до зворотного ефекту. Крім того, в даному дослідженні робиться спроба виділити такі різновиди навіювання сорому, які швидше є причиною злочинності, аніж запобігають їй.

Слід зауважити, що про актуальність проблеми свідчать не тільки наукові дослідження, а й запровадження у 80-х рр. минулого століття у переважній більшості юридичних факультетів університетів США, Канади та деяких країн Європи спеціальних курсів «Альтернативні (позасудові) методи вирішення спорів або медіація».

Також поряд із дослідженнями науковців у 80-х рр. минулого століття активно приймалися міжнародно-правові акти, які були фундаментом змін у національному законодавстві⁶. Першим міжнародним нормативно-правовим актом, який містить загальні норми щодо відновного правосуддя (хоч по суті вони опосередковано стосуються відновного правосуддя) можна вважати Загальну декларацію прав людини, затверджену Генеральною Асамблеєю ООН 10 грудня 1948 року. Однак починаючи з 80-х рр. ХХ ст. було прийнято низку міжнародних документів, які так чи інакше пов'язані із застосуванням альтернативного правосуддя в кримінальних справах. Серед них – Каракаська декларація, прийнята Конгресом ООН з профілактики злочинності та поведження з правопорушниками і схвалена Генеральною Асамблеєю в її резолюції № 5/171 від 15 грудня 1980 р., Декларація основних принципів правосуддя для жертв злочинів та зловживання владою, затверджена Генеральною Асамблеєю ООН 29 листопада 1985 р., Мінімальні стандартні правила Організації Об'єднаних Націй, що стосуються відправлення правосуддя щодо неповнолітніх («Пекінські правила»), затверджені Генеральною Асамблеєю ООН 29 листопада 1985 року. У 1980 р. VI Конгрес ООН з попередження злочинності і поведження зі злочинцями ухвалив резолюцію, яка рекомендує державам-членам ООН розширити застосування альтернативних ув'язненню санкцій і проводити інтенсивний пошук нових надійних різновидів таких альтернатив.

VII Конгрес ООН (1985 р.) ухвалив резолюцію про зменшення кількості ув'язнених та про альтернативні заходи і соціальну інтеграцію злочинців.

Важливою подією у розвитку відновної юстиції стало те, що Тоні Маршалл з Консорціуму відновного правосуддя у Великобританії запропонував робоче визначення, яке отримало велику підтримку серед професіоналів: «Відновне правосуддя – це процес, при якому всі сторони, що пов'язані певним злочином, зібралися разом, щоб вирішити на колективній основі, як боротися з наслідками злочину та його впливом на майбутнє»⁷.

Базмор і Уолгрейв надали ще одне визначення: «Відновне правосуддя є дією, що в першу чергу орієнтована на вчинення правосуддя з метою відшкодування збитків, що жертви і постраждале суспільство понесли через конфлікт, в т.ч. кримінальний конфлікт». Це визначення звертає належну увагу на інноваційний аспект відновного правосуддя: головна роль зарезервована для жертви і спільноти. Відновне правосуддя створює для злочинця зобов'язання відновити стан речей до порушення. Відновне правосуддя залучає жертву, злочинця і суспільство до пошуку рішень, які сприяють виправленню, примиренню та заспокоєнню.

На пошуки «нев'язничних» різновидів покарання і шляхів пом'якшення становища засуджених спрямовано значну кількість досліджень, ухвалено низку законодавчих актів як національних, так і міжнародних.

VIII Конгрес ООН (1990 р.) з попередження злочинності й поведження із засудженими ухвалив Мінімальні стандартні правила ООН з використання невідносних санкцій. Він також схвалив засади і напрями досліджень щодо застосування невідносних санкцій, обговорив накопичений у деяких країнах досвід, закликав до широкого обміну інформацією. Конгрес рекомендував державам – членам ООН продовжити дослідження місця, ролі, практики застосування специфічних невідносних санкцій з позицій реформування кримінальної політики, існуючих соціально-політичних, економічних, правових та організаційних умов. II Міжнародний симпозиум «Майбутнє покарання» (1993 р.) на підставі міжнародних стандартів, норм, правил поведження з ув'язненими розробив перспективну концепцію розвитку системи кримінальних покарань, яку було ухвалено ООН і рекомендовано державам-членам ООН для використання при формуванні національно-правових і пенітенціарних систем. Було зазначено, що застосування ув'язнення справляє вельми незначний вплив на тривалий захист суспільства від злочинності. До того ж цей різновид покарання є найдорожчим. Тому застосовувати його рекомендовано лише до тих злочинців, що становлять значну небезпеку для суспільства. У решті ж випадків слід звертатися до вже апробованих упродовж двох десятиліть невідносних санкцій і проведення ефективних соціально контрольованих програм. Рішення, що були ухвалені міжнародною спільнотою, та дослідження, проведені в галузі кримінального права, дали змогу на черговому IX Конгресі ООН (1995 р.) зробити порівняльний аналіз і дати всебічну характеристику в'язничних і невідносних санкцій, наслідків застосування альтернативних ув'язненню покарань для процесу декриміналізації суспільства, зменшення кількості ув'язнених і рецидивізму, економічних, людських та соціальних витрат для контролю над злочинністю. Конгрес схвалив поширення в багатьох країнах світу таких санкцій, як штраф, громадські роботи, умовне засудження, обмеження волі, пробація, спеціальна опіка чи нагляд та інших традиційних і нововведених санкцій, пов'язаних з різним ступенем та формою нагляду за засудженими, які впродовж двох десятиріч не довели свою високу запобіжну ефективність⁸. Також слід звернути увагу на Керівні принципи, що стосуються ролі осіб, які здійснюють судове переслідування, прийняті шостим Конгресом ООН з профілактики злочинності та поведження з правопорушниками 7 вересня 1990 р., Мінімальні стандартні правила ООН у відношенні заходів, не пов'язаних з тюремним ув'язненням («Токійські правила»), затверджені резолюцією Генеральної Асамблеї ООН № 45/110 14 грудня 1990 р., Рекомендації щодо міжнародного співробітництва в галузі запобігання злочинності та кримінального правосуддя в контексті розвитку, затверджені резолюцією Генеральної Асамблеї ООН № 45/107 14 грудня 1990 р., Резолюцію № 1998/23, затверджену Комісією з профілактики злочинності в кримінальному процесі Економічної та Соціальної Ради ООН 28 липня 1998 р. та ін. Відповідно до цих правових актів відновне правосуддя має розглядатись як елемент кримінального судочинства, бути способом профілактики злочинності та недопущення подальшого вчинення злочинів, спрямовувати свою дію на відшкодування шкоди, завданої злочином, та максимальне відновлення стану (матеріального, психологічного), що існував до його вчинення.

У кінці 90-х рр. XX ст. розпочалася плідна співпраця європейських міжнародних органів з країнами Центральної та Східної Європи. У 1999 р. Рада Європи ухвалила Рекомендацію (R19\99) щодо медіації у кримінальних справах для допомоги державам-учасникам організації та подальшому розвитку медіації. Якомога ширше, поширюючи текст Рекомендації, Рада Європи рекомендує урядам держав-учасниць розглянути принципи, зазначені в додатку до цього документа при розробці питань, пов'язаних з медіацією у кримінальних справах. Деякі дослідження показали, що Рекомендація мала істотно вплинути на держави-учасниці та сформувані різні шляхи ініціювання відновного правосуддя і сприяння його програмам у країнах Центральної та Східної Європи, зокрема, з боку окремих громадян і недержавних організацій. Можна стверджувати, що ця Рекомендація мала більший вплив на розвиток медіації між потерпілими та правопорушниками у Східній, аніж у Західній Європі. В свою чергу, Рамкове рішення Ради Європейського Союзу «Про положення жертв у кримінальному судочинстві», прийняте 15 березня 2001 р., наголошує на необхідності розширення сфери застосування медіації в кримінальних справах і зобов'язує всі держави Європейського Союзу поширювати посередництво в кримінальних справах та забезпечувати прийняття до розгляду будь-які угоди між жертвою й правопорушником, досягнуті в процесі посередництва; а Резолюція Ради з соціальних та економічних питань ООН від 24 липня 2002 р. рекомендує всім державам розробляти та впроваджувати програми примирення у національне кримінальне судочинство. Соціальна рада ООН у липні 2002 р. ухвалила Резолюцію про основні принципи використання програм відновного правосуддя у кримінальних справах. Вона закликала держав-учасниць організації до розробки стратегій та політики, спрямованих на розвиток відновного правосуддя. Згідно з Резолюцією програми відновного правосуддя можна використовувати на будь-якому етапі системи кримінального судочинства відповідно до національного законодавства. Слід зазначити, що правові акти Ради Європи є суттєвим підґрунтям для впровадження та регламентації відновного правосуддя і в основному доповнюють міжнародно-правові акти у цій сфері.

У кінці XX ст. проблеми відновної юстиції активно почали досліджуватися як закордонними (І. Айртсен, Д. Ван Несс, Я. Валуєк, Б. Вос, Л. Головка, М. Гроенхейзен, Г. Зер, Р. Коатс, Л. Корнозова, Д. Маєрс, Дж. Максвел, Р. Максудов, Т. Маршал, А. Моріс, А. Мужинівський, С. Пен, І. Петрухін, М. Райт, Б. Стюарт, М. Умбрайт, М. Флямер, Н. Шатіхіна, В. Янг та ін.), так і вітчизняними вченими, такими як І. А. Войтюк, А. О. Горова, Т. А. Денисова, В. В. Землянська, І. І. Ємельянова, В. Д. Каневська, О. В. Коваленко, Р. Г. Коваль, І. М. Козьяков, М. В. Костицький, В. М. Куц, В. Т. Маляренко, Ж. В. Мандриченко та інші.

Важливо підкреслити, що багато з тих, хто займався проблематикою альтернативного правосуддя ще на початку його зародження, продовжують свої дослідження і до сьогодні. Так, йдеться зокрема про Х. Зера, який поєднує у своїй діяльності практику і теорію^{9,10,11}.

Як зазначається вченими та практиками, кримінальний процес у класичних його вимірах не вирішує проблем, що породжуються вчиненням злочинів. При цьому найбільш скривдженою стороною є потерпілий. І правоохоронні органи, і суди залишаються байдужими до його проблем. Вважається, що засудивши правопорушника, держава тим самим відновлює права потерпілого. Навіть у тих випадках, коли заявлені потерпілим позовні вимоги задовольняються, поза межами уваги суду, як правило, залишаються засоби і терміни виконання вироку в цій частині. І, в усякому разі, поза увагою суддів, прокурорів, слідчих залишається емоційна сфера сприйняття злочину потерпілим (відчуття незахищеності, образи, гніву). Як наслідок, навіть за умов найсприятливішого процесу розслідування і судового розгляду кримінальної справи потерпілий не перестає відчувати себе незахищеною жертвою. Нільс Крісті образно порівняв роль потерпілого у кримінальному судочинстві з роллю спускового гачка. Водночас кримінальний процес в Україні, як і у більшості інших країн, побудований таким чином, що держава зобов'язана доводити подію вчинення злочину, а справа правопорушника – захищатися від обвинувачення. Як наслідок, нерідко засуджений злочинець вважає себе жертвою правосуддя. Вирішення цієї проблеми видатні українські правознавці М. В. Костицький¹² і В. Т. Маляренко¹³ вбачають у введенні примату прав людини в судове право, забезпечення рівності сторін у суді та посилення статусу потерпілого шляхом запровадження відновного правосуддя, що має на меті урівноваження інтересів жертви і суспільства за необхідністю соціальної реінтеграції злочинця за активної участі всіх сторін, втягнутих у процес правосуддя.

Важливо зазначити, що дуже ґрунтовним є дослідження Іво Айртсена (професор Лівенського Католицького Університету, Бельгія) «Діяльність в області відновного правосуддя в Європі». Умовно можна окреслити чотири питання, які висвітлює автор. По-перше, визначення поняття «відновне правосуддя» в європейському контексті. Далі автор дає характеристику загальних тенденцій розвитку посередництва (медіації) між жертвою і правопорушником у декількох європейських країнах. По-третє, автор називає серію останніх ініціатив на наднаціональному рівні. І, нарешті, ознайомлює з діяльністю Європейського форуму програм посередництва між жертвою і правопорушником і відновного правосуддя¹⁴.

Ґрунтовний аналіз розвитку відновного правосуддя в країнах Європи є важливою передумовою для розроблення програм і нормативних актів та впровадження цієї концепції в Україні. Наша країна не має іншої перспективи ефективного і гармонійного розвитку суспільних відносин, а, отже, і правовідносин, ніж шлях, яким просуваються інші держави розвинутої демократії. У даному контексті йдеться про впровадження відновного правосуддя. Тож маємо глибоко й критично вивчати накопичений досвід такого розвитку і творчо пристосовувати його з урахуванням власних історичних особливостей та реалій сьогодення.

¹ Schafer, Steven. 1970. *Compensation and Restitution to Victims of Crime*. Montclair, NJ : Smith Patterson. – 130 p.

² Фуко М. Надзирати і наказувати. Рождение тюрьмы / М. Фуко ; пер. с фр. В. Наумова, под ред. И. Борисовой. – М. : AdMarginem, 1999 : [Електронний ресурс]. – Режим доступа : http://royallib.com/read/fuko_mishel/nadzirat_i_nakazivat_rogdenie_tuurmi.html#0

³ «Mediating the Victim-Offender Conflict». *New Perspectives on Crime and Justice (Issue #2)*. Akron, PA: Mennonite Central Committee Office of Criminal Justice, September, 1980. – 30 p.

⁴ Кристи Н. Пределы наказания / Н. Кристи. – М. : Изд-во «Прогресс», 1984 : [Електронний ресурс]. – Режим доступа : http://royallib.com/read/kristi_nils/predeli_nakazaniya.html#0

⁵ Брейтуэйт Дж. Преступление, стыд и воссоединение / Джон Брейтуэйт ; пер. с англ., под ред. М. Флямера, коммент. Я. Гилинского. – М. : Центр «Судебно-правовая реформа», 2002. – 310 с.

⁶ Лeko Б. Медіація : підруч. / Б. Лeko, Г. Чуйко. – Чернівці : Книги – ХХІ, 2014. – 520 с.

⁷ Marshall T. *Restorative Justice. An overview*, London, Home Office Research Development and Statistics Directorate, 1999 : [Електронний ресурс]. – Режим доступа : <http://fbga.redguitars.co.uk/restorativeJusticeAnOverview.pdf>

⁸ Восстановительное правосудие / под. ред. И. Л. Петрухина. – М., 2003. – С. 39.

⁹ Zer H. “The Core Meaning of Restorative Justice”, 14 April 2007 : [Електронний ресурс]. – Режим доступа : www.washingtonspark.org

¹⁰ Zer H. “The Role of Restorative Justice in Peacebuilding” // *Peace Prints: South Asian Journal of Peacebuilding*, Vol. 1, No. 1, Spring 2008. – P. 19–36.

¹¹ Zer H. *Critical Issues in Restorative Justice* (ed., with Barb Toews) (Criminal Justice Press, 1998).

¹² Костицький М. В. Відновне правосуддя у контексті правової політики України / М. В. Костицький // *Формування української моделі відновного правосуддя : матеріали Міжнар. конф. (м. Київ, 10–11 лютого 2000 р.)*. – К., 2000. – С. 21–25.

¹³ Маляренко В. Т. Відновлювальне правосуддя: можливості запровадження в Україні / В. Т. Маляренко, І. А. Войтюк // *Відновне правосуддя в Україні. Щоквартальний бюлетень*. – 1999. – Спецвипуск. – С. 6–32.

¹⁴ Айретсен И. Деятельность в области восстановительного правосудия в Европе / Иво Айретсен // *Вестник восстановительной юстиции*. – М., 1999. – Вып. 3. – С. 3–11.

Резюме

Дубовик О. І. Альтернативне правосуддя: розвиток наукової думки в 70–90 рр. ХХ століття.

Концепція відновного правосуддя набула протягом останніх десятиліть міжнародного значення, тому було здійснено низку кроків у напрямі його запровадження як у Європі, так і загалом у світі.

Упродовж 70–90 рр. ХХ століття тривав істотний розвиток самого визначення відновного правосуддя, у якому було відображено конкретні погляди практиків та теоретиків, а також відбулося перенесення наголосу з самої процедури на результат.

Дані останніх теоретичних та практичних досліджень свідчать про те, що впровадження програм відновного правосуддя допомагатиме кримінальному судочинству краще справлятися з розв’язанням своїх завдань у тих сферах, які стосуються задоволення потреб жертви, підвищення відповідальності правопорушника за його/її дії, зменшення рецидивізму та страху перед злочинами у суспільстві.

Ключові слова: відновне правосуддя, система кримінального судочинства, медіація, міжнародне право.

Резюме

Дубовик О. И. Альтернативное правосудие: развитие научной мысли в 70–90 гг. ХХ века.

Концепция восстановительного правосудия приобрела за последние десятилетия международное значение, поэтому был осуществлен ряд шагов в направлении его внедрения как в Европе, так и в целом в мире.

На протяжении 70–90 гг. ХХ века происходило существенное развитие самого определения восстановительного правосудия, в котором были отражены конкретные взгляды практиков и теоретиков, а также сделан акцент не на самой процедуре, а на результате.

Данные последних теоретических и практических исследований свидетельствуют о том, что внедрение программ восстановительного правосудия будет помогать криминальному судопроизводству лучше справляться с выполнением своих задач в тех сферах, которые касаются удовлетворения потребностей жертвы, повышения ответственности правонарушителя, за его/ее действия, уменьшения рецидивизма и страха перед преступлениями в обществе.

Ключевые слова: альтернативное правосудие, система криминального судопроизводства, медиация, международное право.

Summary

Dubovik O. Restorative justice: development of scientific thought in 70–90 years of the 20th century.

The concept of restorative justice has acquired international significance in the last decade, because it was a series of steps towards its implementation both in Europe and the whole world.

Over the 70–90 years of the 20th century, there was a significant development of the definition of restorative justice which reflected the views of specific practitioners and theorists, and there was a shift of emphasis from the procedure itself to the outcome.

The results of the recent theoretical and practical studies show that the introduction of restorative justice programs will help the criminal justice better cope with performance of its tasks in areas related to meeting the needs of victims, increase of offender’s accountability for his/her actions, reduction of recidivism and fear of crime in community.

Key words: restorative justice, criminal justice system, mediation, international law.

П. Т. ЕДЕР

Павло Тадейович Едер, аспірант Львівського національного університету імені Івана Франка

**СТРУКТУРА ТА КЕРІВНИЦТВО ВИЩОГО КРАЙОВОГО СУДУ
У ЛЬВОВІ (1855–1918 РР.)**

У сучасних умовах в Україні значна увага до судової влади, завдання якої полягає в забезпеченні кожній людині права та справедливий судовий розгляд у незалежному та неупередженому суді. Суд є одним з основних елементів державного механізму, перш за все, в силу того, що виконує важливі правоохоронні і правозастосовчі функції. Рівень і якість організації правосуддя є одним з основних показників цивілізованості суспільства і легітимності державної влади. Прогрес правової організації публічної влади досягається в ході історичного розвитку держави шляхом модернізації важливих елементів її політичної і правової системи. Як правило, зміни в судовій системі здійснюються в ході державних перетворень, які носять в основному комплексний характер.

Впродовж 1772–1918 рр. частина українських земель (Галичина, Буковина і Закарпаття) перебували у складі Австрії, а відтак Австро-Угорщини і отримали нову політичну, адміністративну і судову організацію. Процес був неодномоментний, поетапний, поступовий і диктувався зовнішньополітичними інтересами, ідеологічними, конфесійними, історичними та іншими чинниками як об'єктивними, так і суб'єктивними.

Вищий крайовий суд у Львові (*K. k. Ober-Landesgericht*) був створений згідно з розпорядженням Міністерства юстиції 25 червня 1855 р. на базі місцевого апеляційного суду. Його робота почалася з 29 вересня 1855 р. Вищий крайовий суд у Львові містився у Львові на вул. Карла-Людвіга, 5 2/4 (*Carl Ludwigs-Strasse, 5 2/4*) – нині проспект Свободи (верхня або західний бік); згодом вул. Карла-Людвіга верхня, 359¹. Після перейменування непарної частини вул. Карла-Людвіга, з 1872 р. адреса Вищого крайового суду у Львові значиться як вул. Гетьманська, 22 (середмістя)².

Вищий крайовий суд у Львові був II-ою інстанцією для окружних і III-ою для повітових судів у цивільних справах. На початках своєї діяльності функціонування нового суду регулювалася Законом від 22 травня 1853 р., рескриптом Міністерств внутрішніх справ, юстиції і фінансів від 24 квітня 1854 р. (№ 111), розпорядженням Міністерства юстиції від 29 червня 1855 р. (№ 117) і Міністерства внутрішніх справ від 4 липня 1855 р. Також з-поміж нормативних документів, якими керувався Вищий крайовий суд були: імператорські патенти від 26 листопада 1852 р. (№ 251) та від 3 травня 1853 р. (№ 81), що визначали судові інструкції і процесуальні норми цивільного судочинства; процесуальні правила у кримінальних справах від 16 червня 1854 р. (№ 165)³.

З часом коло законодавчих актів, на які посилався Вищий крайовий суд, зросло. Торговельний кодекс, ухвалений 27 грудня 1862 р. (набрав чинності 1863 р.), був доповнений Законом про унормування порядку дії у цивільних справах й інструкцією до нової кримінальної процедури. Закон від 15 листопада 1867 р. (№ 131) вніс зміни у роботу судів, що займалися кримінальними справами⁴, Закон від 9 березня 1869 р. впровадив суди присяжних у справах преси, Закон від 20 травня 1869 р. (№ 78) регламентував діяльність військових судів, Закон від 8 травня 1870 р. (№ 72) деталізував принципи оборону держави і т.д.⁵.

Вищий крайовий суд у Львові був колегіальним органом, структуру якого визначено, як й інших подібних судових органів, міністерськими рескриптами від 10 вересня і 18 жовтня 1853 р. (№ 15.267 і 17.301). Зміни у структурі суду відбулися після ухвалення Закону від 5 травня 1897 р. і наступних розпоряджень Міністерства юстиції (№ 9.839 і № 9.839/97). Ранг посад визначався Законом від 21 травня 1873 р., Законом від 5 травня 1897 р. та Законом від 9 травня 1899 р. з наступними міністерськими розпорядженнями (22 травня 1873 р.; 11, 13, 14, 15, 28, 29 вересня, 2 жовтня 1897 р.; 13 серпня 1898 р.; 4 серпня, 3 вересня 1899 р.)⁶.

Структура Вищого крайового суду у Львові після свого заснування (станом на 1856 р.) передбачала посади: одного президента (*Präsident*), одного віце-президента (*Vice-Präsident*), 22-х радників (*Ober-Landesgericht-Räthe*), з-поміж яких один надпрокуратор (*Oberstaatsanwalt*), 3-х секретарів, 2-х секретарів-ад'юнктів-секретарів, 115-х аускультантів (*Auscultanten*), з яких 86 у ранзі помічників), одним директором канцелярії, двох ад'юнктів канцелярії, 10-ти офіціалом, чотирьох акцесіатів (*Accessisten*), трьох робочих (буквально, слуг – *Rathsdiener*), чотирьох возних (судових службовців, що виконували обов'язки слідчого та судового виконавця), двох помічників (*Dienergehilfen*)⁷.

Вищезазначена структура була непостійною і змінювалася залежно від нововведень Міністерства юстиції. Так, у 1873 р. передбачалися посади: одного президента, одного віце-президента, 28-х радників (з-поміж яких один надпрокуратор), 3-х секретарів, 2-х ад'юнктів-секретарів, 115-х аускультантів, з яких 86 у ранзі помічників), одним директором канцелярії, двох ад'юнктів канцелярії, 10-ти офіціалом, чотирьох акцесіатів, трьох робочих, чотирьох возних, двох помічників. В обліковому відділі працювали: один радник, 17 офіціалів (з яких два офіціали у відділі надпрокуратури), три практиканта і два оцінювачі (*kalkulant*)⁸.

Структура Вищого крайового суду у Львові у 1894–1895 рр. передбачала посади: одного президента, одного віце-президента, 29-х радників, 2-х ад'юнктів-секретарів, 203-х практикуючих студентів (аускультантів, з яких 182 у ранзі помічників), одного директора канцелярії, двох ад'юнктів канцелярії, 10-ти офіціалів, трьох робочих, чотирьох возних. В обліковому відділі працювали: один надрадник, один радник, п'ять аудиторів, шість офіціалів, п'ять асистентів і два практиканта⁹.

На початку ХХ ст. кількість службовців Вищого крайового суду у Львові знову зростає. Так, у 1903 р. існували посади: одного президента, одного віце-президента, 32-х радників, 4-х секретарів, 21 ад'юнкта без сталого службового місця; 253-х практикуючих студентів (аускультантів, з яких 228 у ранзі помічників), одним директором канцелярії, одним старшим офіціалом, 11 канцляристських урядників, дев'ятьох возних. В обліковому відділі працювали: один надрадник, один радник, шість аудиторів, сім офіціалів, шість асистентів і три практиканти¹⁰.

Для порівняння, структура Вищого крайового суду у Кракові у 1903 р. передбачала посади: одного президента (ним на той час був Мацей Чицан (*Czyszezan*), надвірний радник, кавалер орденів імператора Леопольда і Франца Йосифа, почесний мешканець м. Тарнова), одного віце-президента, 18-х радників, 2-х секретарів, 117-х практикуючих студентів (аускультантів, з яких 105 у ранзі помічників), одного директора канцелярії VIII рангу, одного старшого офіціала канцелярії, 7 офіціалів, одного канцеляриста, сімох возних. В обліковому відділі працювали: один надрадник, один радник, чотири аудитори, чотири офіціали, двох асистентів і один практикант¹¹.

Структура Вищого крайового суду у Львові напередодні Першої світової війни (1914 р.) передбачала посади: одного президента, одного віце-президента, чотирьох надвірних радників, 26-х радників (у 1904 р. таких було 30 осіб), чотирьох повітових суддів (раніше вони не належали до складу ВКС), 29-х суддів без сталого місця служби (у 1904 р. – 30), 253-х практикуючих студентів (аускультантів, з яких 228 у ранзі помічників) – рівномірно розподілених по регіональних судах краю, одного директора канцелярії, два старші офіціали, 10 урядників, 9 возних. В обліковому відділі працювали: один надрадник, два радники, шість аудиторів (ревідентів), сім офіціалів, шість асистентів і три практиканти¹².

Поіменний аналіз складу Вищого крайового суду у Львові показує, що в ньому наприкінці ХІХ ст., як загалом і в місцевій адміністрації, домінували поляки. Відсоток українців у судовій системі краю був мізерним. Серед поодиноких українців-правників середини ХІХ ст. можна виокремити Івана Борискевича (1815–1892), Антіна Павенецького (1818–1889), Василя Ковальського (1826–1911). Останній, зокрема, з 1872 р. був радником Вищого крайового суду у Львові (заступник члена сенату)¹³. Починаючи з 1851 р. він працював редактором «Вісника державних законів» (Відень), був радником окружного суду у Перемишлі (1858 р.). В. Ковальський відомий тим, що переклав українською мовою австрійські торговельний і кримінальний кодекси. З 1883 р. він був Надвірним радником, у 1880–1898 рр. – радником Верховного і касаційного трибуналу у Відні, а з 1898 р. – президентом Сенату Верховного судового і касаційного трибуналу – найвищої судової інстанції Австро-Угорської монархії. Розмірковуючи про незначну кількість українців у правовій системі Галичини, В. Ковальський резонно відзначав: «Хочемо нашого права до рідної землі, укладаємо правничу термінологію до урядової мови, а тут нема першої руської читанки для нижчих шкіл»¹⁴.

28 березня 1862 р. у Львівському університеті відкрито дві нові кафедри з українською мовою викладання: кафедру цивільного права (д-р Лопушанський) і кафедру кримінального права (д-р Сроковський). Саме відкриття цих кафедр започаткувало становлення української школи права в Галичині. Засновником цієї школи був Олександр Огоновський (1848–1891), котрий очолював кафедру цивільного права у Львівському університеті протягом 1882–1891 рр. Водночас у кримінальному праві авторитетом користувався Петро Стебельський (1857–1923), д-р права, професор карного права у Львівському університеті¹⁵.

Успішну кар'єру судді зробив Юліан Лаврівський (1821–1873), будучи актуаром Самбірського повітового суду, а потім радником Вищого крайового суду у Львові¹⁶. З 1894 р. радником Крайового суду у Львові був Микола Герасимович, до того часу помічник суді у Калуші, повітовий суддя у Куликові. Починаючи з 1901 р. він працював суддею у Вищому крайовому суді Львова¹⁷, очоливши згодом один із його сенатів. У судових управах Відня і Львова працював др. права Михайло Зобків (1864–1928), паралельно викладаючи право у Львівському університеті. У Сараєво він став президентом сенату Вищого суду і читав лекції з цивільного і римського права у Загребському університеті¹⁸.

Кваліфікаційні вимоги до посадовців Вищого крайового суду були наступними: президент суду мав бути – III кл. рангу, віце-президент – V кл. рангу, радники (судді) – VI кл. рангу, судові секретарі – VIII кл. рангу, ад'юнкти – IX кл. рангу¹⁹. У середині та другій половині 1850-х років Міністерство юстиції у своїх листах до Вищого крайового суду у Львові рекомендувало йому сприяти у наданні роботи демобілізованим військовослужбовцям у судах Галичини²⁰.

Перед тим як здійснити якусь ротацію чи суддівське перезатвердження, Вищий крайовий суд розглядав «Табель огляду компетенції посадовця». Судді щороку заповняли спеціальну анкету («Кваліфікаційний список»), у якому фігурувало дев'ять питань: професійна підготовка (знання приписів, необхідних для обіймання посади); розумова спроможність; пильність і старанність або чи можна на нього покладатися у службі; здатність до контакту з різними сторонами і придатність до служби поза межами країни; володіння мовою; продуктивність праці; поведінка; нахил до керівного становища; інші важливі характеристики для визначення кваліфікації²¹.

Після цих питань відводилася графа для загальної оцінки кваліфікаційної комісії (здебільшого фігурували відповіді «добре» або «дуже добре»).

Аналіз декількох десятків заповнених анкет дає підстави зробити такі узагальнення: по-перше, сам документ видається дещо формальним, про що свідчать записи в ньому (скажімо, аплікант міг написати фразу «як і минулого року»²² – тобто нічого не змінилося); по-друге, відповіді на усі питання, як і годилося, були позитивними; по-третє, серед мов, якими володіли судді в абсолютній більшості випадків фігурують німецька, польська й українська мови²³.

Згідно структурного поділу Вищого крайового суду у Львові і визначеної компетенції, *Сенат 1* розглядав цивільні апеляції на вироки й ухвали крайового суду у Львові, суперечки між сторонами, однією з яких виступала держава, край або повіт; *Сенат 2* – окружних судів у Бережанах, Самборі, Сяноку, Стрию і Золочеві; *Сенат 3* – крайового суду у Чернівцях, окружних судів у Тернополі і Сучаві; *Сенат 4* – окружних судів Коломиї, Перемишля, Станіславова та синдикальні суперечки; *Сенат 6* – апеляції на вироки у кримінальних справах, винесених колегіальними судами Коломиї, Перемишля, Самбора, Станіславова, Стрия і Золочева; *Сенат 7* – теж саме, але із судів Чернівців, Бережан, Сянока, Сучави, Тернополя. Допоміжний Сенат був створений для справ Буковини, дисциплінарний (I) – для розгляду справ судових службовців, дисциплінарний (II) – канцеляристів і технічних працівників²⁴.

Кожен сенат Вищого крайового суду мав чітко визначену сферу право чинності і складався з голови, двох заступників, чотирьох членів і чотирьох їхніх заступників. Сенат № 1 був покликаний розглядати апеляції і звернення стосовно вироків і ухвал Крайового суду у Львові; апеляції і звернення щодо вироків і ухвал усіх галицьких трибуналів у цивільних справах, у яких зацікавленою стороною спору є держава, край або повіт; апеляції і звернення у цивільних справах відповідно до колишньої процедури, направлених з повітових судів сфери діяльності крайового суду у Львові²⁵.

Сенат № 2 займався розглядом апеляцій і звернень стосовно вироків і ухвал у процесуальних цивільних справах окружних судів у Чорткові, Самборі, Сяноку, Стрию, Тернополі; апеляцій і звернень у цивільних справах проваджених відповідно до колишньої цивільної процедури в окрузі вищезгаданих окружних судів; справ автомобільних²⁶.

Сенат № 3 розглядав апеляції і звернення щодо вироків і ухвал у процесуальних справах з крайового суду в Чернівцях і окружного суду в Сучаві; апеляції і звернення у цивільних справах, направлених відповідно до колишньої цивільної процедури повітових судів в окрузі крайового суду в Чернівцях і окружного суду в Сучаві²⁷. Наприклад, 1905 р. Вищий крайовий суд у Львові розглядав дисциплінарну справу судді з Сучави Максиміліана Кобилянського, звинуваченого у зловживанні своїм службовим становищем (справа була досить об'ємною і містилася у трьох томах)²⁸.

Сенат № 4 розглядав апеляції і звернення щодо вироків і ухвал у процесуальних цивільних справах із судів у Бережанах, Коломиї, Перемишлі, Станіславові і Золочеві; апеляції і звернення у цивільних справах, направлених згідно колишньої цивільної процедури в окрузі вищезгаданих окружних судів; синдикальні суперечки²⁹.

Сенати № 5 і 7 станом на 1917 р. були вакантними і не розглядали жодних справ, тоді як Сенат № 6 займався карними справами. У віданні особового сенату перебували персональні і президіальні справи, а дисциплінарний сенат займався дисциплінарними справами судових урядників і нотаріусів. Водночас дисциплінарна комісія провадила дисциплінарні справи позасудових урядників, технічних працівників суду і тюремних охоронців³⁰.

Згідно розпорядження президента Вищого крайового суду Альфреда Червінського надвірний радник Вікторин Маньковський мав займатися вирішенням персональних справ судових урядників, адвокатів, нотаріусів, люстраторів, перекладачів згідно чинного законодавства³¹. До сфери діяльності надвірного радника д-ра Євгеніуша Шалає адміністративні справи, у т.ч. питання територіальних змін судових округів, творення нових судів, опікунські і сирітські справи³².

Нагляд за I і II відділами канцелярії доручено надвірному радникові Владиславу Виспянському, над III і IV – надвірному радникові Германові Гарфейну, над VI-им радникові Вищого крайового суду Вінценсу. Старший начальник канцелярії Собольський провадив фінансові книги і займався господарськими питаннями. Старший офіціал Домінік Голла керував відділом прийому заяв і виконання доручень, реєстратурою суду. Старший офіціал Едмунд Попецький стежив за виплатами. За канцелярією і Президією ВКС були прикріплені старші офіціали Мар'ян Тустановський, Кароль Бендер, Аполлінарій Мочульський, Новицький, Еміль Цепеловський, Циранський; офіціали-канцеляристи Францішек Ярославський і Пржеорський, судовий канцелярист Володимир Кунцевич і канцелярський асистент Август Ковалевський (останній на той час залишався просто «рахунковим»). Старший офіціал-канцелярист М. Тустановський керував писарським відділом, А. Мочульський вів кваліфікаційні табелі, Циранський – архів, Ф. Ярославський – реєстратуру Президії³³.

Розпорядок засідань структурних підрозділів Вищого крайового суду у Львові виглядав таким чином: пленарний Сенат – вівторок; карний відділ – п'ятниця; сенат № 1 (зала I) – середа, п'ятниця і субота; сенат № 2 (зала I) – понеділок і четвер; сенат № 3 (зала II) – понеділок і четвер; сенат № 4 (зала II) – середа і п'ятниця (можливе засідання і в суботу); дисциплінарний Сенат – субота, а вразі нагальної потреби ще й вівторок по обіді (аналогічний розклад засідань був і десять перед тим)³⁴.

Кількість справ, які розглядав протягом року той чи інший сенат, як і суд загалом, є різною. У вищому крайовому суді переважали розгляди цивільних справ. Це пояснювалося тим, що вироки у кримінальних справах, винесених судами присяжних, не могли бути оскарженими до вищих крайових судів. Так, у 1871 р. Вищий крайовий суд у Львові розглянув 2 948 цивільних справ у I-ій інстанції, 7 393 – у II-ій інстанції, а в 1872 р. відповідно – 2 046 і 6 847; у 1871 р. суд розглянув 872 кримінальні справи у I-ій інстанції та 819 – у

II-й, а 1872 р. відповідно – 951 і 672³⁵. Недосконалість, а точніше застарілість окремих положень австрійського цивільного-процесуального кодексу 1807 р. приводила до частих оскаржень цивільних справ, зокрема, і тих, які розглядалися з порушенням прав учасників судового розгляду³⁶.

У роки Першої світової війни, взяти хоча б для прикладу 1914–1916 рр., спостерігалася тенденція до зменшення кількості розглядуваних справ. Характерно, що певна частка справ традиційно залишалася з попереднього року (так було з року у рік). Скажімо, з 1913 р. на 1914 р. «перейшло» 244 справи, з 1914 р. на 1915 р. – 357 (вочевидь, це пов'язано зі створенням неналежних умов для судочинства), з 1915 р. на 1916 р. – 154³⁷. Справи з попереднього року мали залишатися лише у тих сенатах, куди вони поступили.

За час існування Вищого крайового суду у Львові змінилося шість його президентів. Першим керівником суду був призначений Ігнаш Стройновський (Наказ на призначення № 288)³⁸. Його наступником нетривалий час був Емануель Генрик Комерс-Лінденбах, барон, таємний радник, кавалер ордену Леопольда, одночасно президент вищого суду у фінансових злочинах³⁹.

Авторитетним президентом Вищого крайового суду у Львові був Йозеф Шенк, уродженець м. Оломоуц (нині Чехія), барон, таємний радник, доктор права, кавалер орденів Франца Йосифа та Леопольда⁴⁰. До того як посісти президентську посаду у Вищому крайовому суді Львова, Й. Шенк очолював окружний суд у Станіславові, після чого 31 липня 1866 р. став президентом Крайового суду у Чернівцях. Згодом його призначили радником Найвищого суду у Відні, звідки наприкінці 1872 р. скерували до Львова. Й. Шенк був почесним мешканцем міст Бучач, Коломия, Чернівці, Сянока⁴¹. Наступником Й. Шенка з 1873 р. був Якуб Сімонович, таємний радник, член Найвищого державного суду, кавалер ордену імператора Леопольда. Протягом листопада 1873 – січня 1874 рр. був урядовим комісаром на IV сесії Галицького крайового сейму. Після відставки Я. Сімонович проживав у Львові на вул. Крашевського, 1 (нині вул. Соломії Крушельницької)⁴².

Найдовше – протягом 17-ти років – судову владу Східної Галичини і Буковини очолював Александр Тхожницький-Мнішек (1851–1916) – доктор права, таємний радник, кавалер орденів Франца Йосифа та Леопольда. Він народився у шляхетській родині в с. Чуловичі (нині Городоцького р-ну Львівської обл.). У 1867 р. вступив на юридичний факультет Львівського університету, після закінчення якого практикувався у казначействі Львова. У вересні 1872 р. А. Тхожницький-Мнішек здобув ступінь доктора права і невдовзі розпочав судову практику. Станом на 1873 р. він працював у повітовому суді м. Мостиська, згодом судовим аускультантом, ад'юнктом повітового суду у Ярославі, звідки був переведений на аналогічну посаду до Львова. Після цього, у 1877 р. А. Тхожницький-Мнішек перебрався до Відня, де отримав посаду у Верховному суді, а вже рік по тому був переведений на роботу до Міністерства юстиції. Імператор надав йому почесне і високе звання камергера. А. Тхожницькому-Мнішеку давалося досить швидко підніматися кар'єрними сходами, причому не вдаючись до зовнішньої протекції і він це з гордістю підкреслював⁴³.

У 1883 р. уже авторитетний юрист повернувся у Східну Галичину аби знову обійняти посаду в одному із місцевих повітових судів, на цей раз – у Коломиї. У цьому місті А. Тхожницький-Мнішек ініціював створення колегії адвокатів за зразком подібних об'єднань у містах краю, ставши 1888 р. її головою⁴⁴. У грудні 1891 р. А. Тхожницький-Мнішек був призначений віце-президентом Вищого крайового суду у Львові⁴⁵. Після прибуття до міста 1 лютого наступного року він склав присягу, а за три дні відбулося урочисте представлення заступника Я. Сімоновича перед радниками суду.

У 1895 р. колишній президент Вищого крайового суду у Львові Я. Сімонович подав у відставку із займаної посади і міністр юстиції Австро-Угорщини запропонував на цю посаду кандидатуру А. Тхожницького-Мнішека⁴⁶. Його інавгурація на цю високу посаду стала кульмінацією суддівської кар'єри. Після прибуття до Львова А. Тхожницький-Мнішек жив у будинку, розташованому на вул. Словацького, 12⁴⁷ (пізніше і аж до початку Першої світової війни на вул. Міцкевича, 24).

Незабаром після вступу на пост Президента Вищого крайового суду у Львові А. Тхожницький-Мнішек розпочав підготовку до прийняття нових цивільних процесуальних законів, які набирали чинності протягом наступних двох років. Нововведення зачіпали не лише принципи австрійських судових розглядів, але й вимагали змін у внутрішній побудові судів. Для вирішення цього завдання А. Тхожницький-Мнішек підійшов відповідально і наприкінці 1895 р. відбув на стажування до Німеччини аби дізнатися про практичні аспекти використання пруських цивільних процедур. За наслідками поїздки А. Тхожницький-Мнішек розпорядився підготувати відповідні інструкції і започаткувати чотиритижневі навчальні курси для суддів⁴⁸.

Одним із перших кроків на посаді Президента Вищого крайового суду у Львові стало звернення до Міністерства юстиції з проханням збільшити кількість судових працівників у Галичині, де їхнє число у розрахунку на кількість населення було меншим, ніж деінде⁴⁹. Уже восени 1895 р. стараннями Вищого крайового суду було відкрито 53 нові суддівські посади, 65 канцелярських і 67 возних. Чергове збільшення кількості суддів відбулося 1901 р., коли додалася 71 нова посада⁵⁰. Загалом за 17 років президентства А. Тхожницького-Мнішека кількість суддів у Галичині і Буковині зросла з 627-и до 1 200 осіб⁵¹.

Іншою заслугою А. Тхожницького-Мнішека було створення нових судових закладів і будівництво приміщень для вже існуючих судів. Проблема часто полягала у тому, що багато судів містилися в орендованих будинках або в непристосованих приміщеннях, як наприклад колишніх монастирських кляшторів. Першим нове приміщення отримав 31 жовтня 1897 р. суд у Стрию, відкритий за участю президента Вищого крайового суду. На відкритті нового приміщення стрийського суду А. Тхожницький-Мнішек звернув увагу присутніх на шляхетне покликання роботи суддів. Він, зокрема, наголосив, що суддя має бути об'єктивним, неупередженим, не виявляти свою симпатію до тієї чи іншої політичної партії, національності, релігії, а

основою судочинства має бути «істина і закон»⁵². У жовтні 1909 р. відкрито нове приміщення для суду і в'язниці у Самборі, в листопаді 1911 р. у Чорткові. Під час церемонії відкриття нового судового приміщення у Чорткові, А. Тхожницькому-Мнішеку надано статус почесного громадянина цього міста⁵³.

Безумовним успіхом діяльності А. Тхожницького-Мнішека, як Президента Вищого крайового суду у Львові, стало створення восьми нових повітових судів у Галичині і на Буковині – в Отинії і Підволочиську (1897 р.), Вашківцях (1898 р.), Боянах (1904 р.), Більшовцях (1905 р.), Яблуневі (1907 р.), Столпиканах (1910 р.), Підкаменю (1911 р.). Загалом, на час його відставки з посади Президента, із 13-ти окружних судів для п'яти збудовано нові приміщення, відкрито 55 нових приміщень для повітових судів⁵⁴.

Останнім президентом Вищого крайового суду у Львові часів Австро-Угорщини був Адольф Червінський (1852–1937), кавалер ордену Леопольда. Йому з 1919 р. також судилося стати першим президентом Апеляційного суду у Львові. Уже в міжвоєнній Польщі він автор низки правничих досліджень, як-от: “*Ustrój sądów powszechnych wedle rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 6-go lutego 1928 r. Dz. Ust. nr 12 poz. 93: odczyt wygłoszony przez autora w Polskim Tow. Prawniczym we Lwowie w dn. 2 i 9 marca 1928 roku*” (1928), “*Postępowanie karne przed sądem pierwszej instancji: wedle Kodeksu postępowania karnego z dnia 19-go marca 1928 r. nr. 33, poz. 313 dz. u. Rz. P.*” (1929), “*O dowodach wedle Kodeksu Postępowania Cywilnego: z 29 listopada 1930, Nr. 83, poz. 651 Dz. U. R. P.*” (1931), “*Problem unifikacji osobowego prawa małżeńskiego w Polsce*” (1936). Похований на Личаківському цвинтарі у Львові⁵⁵.

Отже, з часу приєднання Галичини до складу Австрійської монархії у краї почергово діяло декілька судових установ, що виконували роль апеляційної інстанції. Після «весни народів» 1848–1849 р. у державі проведено ґрунтовну судову реформу, наслідком якої стало створення нових апеляційних інституцій – Вищий крайових судів. Вищий крайовий суд у Львові створено у 1855 р. і складався з декількох структурних частин, зокрема президії, цивільного сенату, кримінального сенату, дисциплінарної комісії для судових службовців і тюремної охорони, фінансового відділу з канцелярією. До структури суду належала також прокуратора, керівник якої звітував перед Вищим крайовим судом у Львові. Його повноваження поширювалися на судовий округ, що охоплював східну частину Галичини й Буковину – один з найбільших у державі. У Вищому крайовому суді Львова домінували розгляди цивільних справ, зокрема, що стосується майнових суперечок. У керівництві суду на початках його функціонування переважали німці, а орієнтовно з 1870-х років суттєво зросла частка поляків. На жаль, кількість українців серед суддів чи навіть технічних працівників Вищого крайового суду була незначною.

¹ Galizisches Provinzial-Handbuch für das Jahr 1869. – Lemberg: Aus der k.k. galiz. Aerial-Staats-Druckerei, 1869. – S. 97.

² Szematyzm Królestwa Galicyi i Lodomeryi z Wielkim Księstwem Krakowskim na rok 1872. – Lwów: Z drukarni E. Winiarza, 1872. – S. 94.

³ Handbuch der Lemberger Statthaltereigebietes in Galizien für das Jahr 1856. – Lemberg: Piller, 1856. – S. 97.

⁴ Ustawa z 15 listopada 1867, d. u. p. Nr. 131// Kodeks prawa politycznego czyli austriackie ustawy konstytucyjne 1848–1903. Systematycznie zestawil przełożył i opracował Dr. St. Starzyński. – Lwów: Nakładem K. S. Jakubowskiego, 1903. – S. 666–670.

⁵ Szematyzm Królestwa Galicyi i Lodomeryi z Wielkim Księstwem Krakowskim na rok 1880. – Lwów: Z drukarni E. Winiarza, 1880. – S. 46–47.

⁶ Szematyzm Królestwa Galicyi i Lodomeryi z Wielkim Księstwem Krakowskim na rok 1900. – Lwów: Z drukarni Władysława Łozińskiego, 1900. – S. 66.

⁷ Handbuch der Lemberger Statthaltereigebietes in Galizien für das Jahr 1859. – Lemberg: Piller, 1859. – S. 81.

⁸ Szematyzm Królestwa Galicyi i Lodomeryi z Wielkim Księstwem Krakowskim na rok 1873. – Lwów: Z drukarni E. Winiarza, 1873. – S. 97.

⁹ Szematyzm Królestwa Galicyi i Lodomeryi z Wielkim Księstwem Krakowskim na rok 1895. – Lwów: Z drukarni Władysława Łozińskiego, 1895. – S. 49.

¹⁰ Szematyzm Królestwa Galicyi i Lodomeryi z Wielkim Księstwem Krakowskim na rok 1903. – Lwów: Z drukarni Władysława Łozińskiego, 1903. – S. 67.

¹¹ Ibid. – S. 150.

¹² Szematyzm Królestwa Galicyi i Lodomeryi z Wielkim Księstwem Krakowskim na rok 1914. – Lwów: Z drukarni Władysława Łozińskiego, 1914. – S. 94.

¹³ Szematyzm Królestwa Galicyi i Lodomeryi z Wielkim Księstwem Krakowskim na rok 1874. – Lwów: Z drukarni E. Winiarza, 1874. – S. 100.

¹⁴ *Левицький К.* Українські політики. Сильвети наших давніх послів і політичних діячів (1907–1914) / Кость Левицький. – Л.: Накладом Видавничої Спілки «Діло», 1937. – С. 7.

¹⁵ *Андрухів І., Арсенич П.* Українські правники в національному відродженні Галичини: 1848–1939 рр. / Ігор Андрухів, Петро Арсенич. – Івано-Франківськ: [б.в.], 1996. – С. 62.

¹⁶ Юліан Лаврівський // Чорновол І. 199 депутатів Галицького сейму / Ігор Чорновол. – Л.: Тріада Плюс, 2010. – С. 149–150.

¹⁷ Szematyzm Królestwa Galicyi i Lodomeryi z Wielkim Księstwem Krakowskim na rok 1901. – Lwów: Z drukarni Władysława Łozińskiego, 1901. – S. 68.

¹⁸ *Андрухів І., Арсенич П.* Українські правники в національному відродженні Галичини: 1848–1939 рр. ... – С. 36.

¹⁹ Szematyzm Królestwa Galicyi i Lodomeryi z Wielkim Księstwem Krakowskim na rok 1900. – Lwów: Z drukarni Władysława Łozińskiego, 1900. – S. 66–67.

²⁰ ЦДІА України у м. Львові, ф. 146, оп. 73, спр. 68 (Листування Міністерства юстиції з Вищим крайовим судом у Львові), арк. 70–71.

²¹ ЦДІА України у м. Львові, ф. 150, оп. 1а, спр. 344, арк. 121.

²² Там само. – Арк. 126.

- ²³ Там само. – Арк. 111–126.
- ²⁴ ЦДІА України у м. Львові, ф. 156, оп. 2, спр. 77 (Структурний поділ Вищого крайового суду у Львові із зазначенням його кола діяльності), арк. 2–4 зв.
- ²⁵ ЦДІА України у м. Львові, ф. 150, оп. 1а, спр. 13, арк. 1.
- ²⁶ Там само. – Арк. 1–1 зв.
- ²⁷ Там само. – Арк. 1 зв.
- ²⁸ ЦДІА України у м. Львові, ф. 156, оп. 2, спр. 88–90, арк. Т. I – 1–20; Т. 2 – 1–29; Т. III – 1–15.
- ²⁹ ЦДІА України у м. Львові, ф. 150, оп. 1а, спр. 13, арк. 3.
- ³⁰ ЦДІА України у м. Львові, ф. 150, оп. 1а, спр. 13, арк. 4.
- ³¹ ЦДІА України у м. Львові, ф. 152, оп. 1а, спр. 59 (Рішення Вищого крайового суду про призначення, переміщення адвокатів, нотаріусів та ін.), арк. 1–37.
- ³² ЦДІА України у м. Львові, ф. 150, оп. 1а, спр. 13, арк. 4.
- ³³ Там само. – Арк. 6.
- ³⁴ ЦДІА України у м. Львові, ф. 150, оп. 1а, спр. 13, арк. 4 зв.
- ³⁵ *Prawnik*. – R. III. – 1872. – S. 213–214.
- ³⁶ Едер П. До питання про передумови створення Вищого крайового суду у Львові в складі Австрії та Австро-Угорщини (1855–1918 рр.) / Павло Едер // Митна справа. – 2014. – № 3. – Ч. 2. – С. 40.
- ³⁷ ЦДІА України у м. Львові, ф. 150, оп. 1а, спр. 238, арк. 21, 35.
- ³⁸ *Handbuch der Lemberger Statthaltereigebietes in Galizien für das Jahr 1856*. – Lemberg: Piller, 1856. – S. 98.
- ³⁹ *Galizisches Provinzial-Handbuch für das Jahr 1868*. – Lemberg: Aus der k. k. galiz. Aerial-Staats-Druckerei, 1868. – S. 173.
- ⁴⁰ *Szematyzm Królestwa Galicyi i Lodomeryi z Wielkim Księstwem Krakowskim na rok 1873*. – Lwów: Z drukarni E. Winiarsa, 1873. – S. III.
- ⁴¹ *Zajac E. Obywatele Honorowi Królewskiego Wolnego Miasta Sanoka* / Edward Zajac. – Sanok: Miejska Biblioteka Publiczna im. Grzegorza z Sanoka w Sanoku, 2002. – S. 35.
- ⁴² *Księga adresowa król. stoł. miasta Lwowa*. – Rocznik I. – Lwów: Z drukarni i litografii Pillera i Sp., 1897. – S. 103.
- ⁴³ *Kotliński T. J. Aleksander Mniszek Tchorżnicki (1851–1916)* / Tomasz J. Kotliński // Режим доступу: <http://www.cracovia-leopolis.pl/index.php?pokaz=art&id=2214> [7.12.2014]
- ⁴⁴ *Kurjer Lwowski*. – Lwów. – 1889. – Rok VII. – Nr. 2.
- ⁴⁵ *Szematyzm Królestwa Galicyi i Lodomeryi z Wielkim Księstwem Krakowskim na rok 1892*. – Lwów: Z drukarni Władysława Łozińskiego, 1892. – S. II.
- ⁴⁶ *Kurjer Lwowski*. – Lwów. – 1895. – Rok XIII. – Nr. 32.
- ⁴⁷ *Księga adresowa król. stoł. miasta Lwowa*. Rocznik I. – Lwów: Z drukarni i litografii Pillera i Sp., 1897. – S. 114.
- ⁴⁸ *Gazeta Lwowska*. – Lwów. – 1897. – Nr. 75.
- ⁴⁹ *Kurjer Lwowski*. – Lwów. – 1909. – Rok XXVI. – Nr. 591.
- ⁵⁰ *Kurjer Lwowski*. – Lwów. – 1901. – Rok XVIII. – Nr. 172.
- ⁵¹ *Kotliński T. J. Aleksander Mniszek Tchorżnicki (1851–1916)* / Tomasz J. Kotliński // Режим доступу: <http://www.cracovia-leopolis.pl/index.php?pokaz=art&id=2214> [7.12.2014]
- ⁵² *Kurjer Lwowski*. – Lwów. 1897. – Rok XIV. – Nr. 306.
- ⁵³ *Gazeta Lwowska*. – Lwów. – 1911. – Nr. 252.
- ⁵⁴ *Kotliński T. J. Aleksander Mniszek Tchorżnicki (1851–1916)* / Tomasz J. Kotliński // Режим доступу: <http://www.cracovia-leopolis.pl/index.php?pokaz=art&id=2214> [7.12.2014]
- ⁵⁵ *Medyński A. Ilustrowany przewodnik po cmentarzu Łyczakowskim* / Aleksander Medyński // Режим доступу: <http://www.lwow.home.pl/lycz.html> [10.12.2014]

Резюме

Едер П. Т. Структура та керівництво Вищого крайового суду у Львові (1855–1918 рр.).

У статті проаналізовано політичні і правові особливості створення Вищого крайового суду у Львові у складі Австрії та Австро-Угорщини. Показано особливості організації і діяльності Вищого крайового суду у Львові (1855–1918 рр.). Значну увагу зосереджено на характеристиці структури та керівного складу Вищого крайового суду у Львові як апеляційної інстанції щодо розгляду цивільних та кримінальних справ.

Ключові слова: судові органи, судоустрій, судові функції, Австро-Угорщина.

Резюме

Эдер П. Т. Структура и руководство Высшего краевого суда во Львове (1855–1918 гг.).

В статье проанализированы политические и правовые особенности создания Высшего краевого суда во Львове в составе Австрии и Австро-Венгрии. Показаны особенности организации и деятельности Высшего краевого суда во Львове (1855–1918 гг.). Значительное внимание уделяется характеристике структуры и руководящего состава Высшего краевого суда во Львове как апелляционной инстанции по рассмотрению гражданских и уголовных дел.

Ключевые слова: судебные органы, судоустройство, судебные функции, Австро-Венгрия.

Summary

Eder P. The structure and management of the Higher Regional Court in Ukraine (1855–1918).

The article analyzes the political and legal features of the creation of the Higher Regional Court in Lviv consisting of Austria and Austria-Hungary. The features of organization and operation of the Higher Regional Court in Lviv (1855–1918 gg.). Special attention is focused on the characterization of the structure and management of the Higher Regional Court in Lviv as the appellate court to hear civil and criminal cases.

Key words: judiciary, the judicial system, judicial functions, Austria-Hungary.

Є. В. РОМІНСЬКИЙ

Євген Вікторович Ромінський, науковий співробітник Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України

ДО ПРОБЛЕМИ СПІВВІДНОШЕННЯ МІЖНАРОДНИХ І МІЖКНЯЗІВСЬКИХ ДОГОВОРІВ (X–XIV СТ.)

Однією з обов'язкових рис сучасного наукового дослідження вірогідно будь-якої проблеми, щонайменше в гуманітарних науках, є вивчення наукового доробку попередників. У певних, далеко не поодиноких, випадках такий доробок є доволі значним і охоплює десятки і сотні праць. Наслідком цього буває домінування однієї чи кількох історіографічних парадигм, які самі собою задають новим дослідникам вектор роботи. Двом таким парадигмам і присвячена ця робота.

Проблема співвідношення міжкнязівських та міжнародних договорів у добу Київської Русі, а інакше кажучи в княжу добу давньої Русі, є вельми дискусійною. В історичній, а за нею і в історико-правовій науці, щонайменше з середини XIX ст. міжкнязівські договори розглядаються як специфічний феномен, особливе явище внутрішньої історії давньоруської державності. У свою чергу, в галузі міжнародного права доволі поширеною є традиція розглядати міжкнязівські договори як особливу і унікальну рису міжнародної дипломатії Київської Русі. У даній роботі ми спробуємо розглянути витоки цих двох історіографічних традицій і через аналіз наявного історичного матеріалу визначити співвідношення між міжкнязівськими та міжнародними договорами княжої доби давньої Русі.

Перша комплексна спроба дослідження міжкнязівських договорів була здійснена в середині XIX ст. видатним істориком права Б. М. Чичеріним¹. Слід однак зазначити, що науковець спирався переважно на оригінали договорів XIV–XV ст., однак висновки робив до всієї доби давньої Русі, спираючись на домінуючий в той час в історичній науці принцип прогресивності розвитку суспільства. Саме Чичерін у спеціальному, а не загально-історичному дослідженні закрив 2 умови для подальшого вивчення міжкнязівських договорів: вони досліджувалися як джерела для вивчення державного устрою Русі і, відповідно, розглядалися як частина внутрішньодержавного правового масиву.

Подальшого розвитку проблематика міжкнязівських договорів отримала в працях іншого видатного російського історика права В. І. Сергеевича. Порівняно з роботою Бориса Миколайовича, Василь Іванович значно розширив базу дослідження за рахунок літописного матеріалу. Досліджуючи договірні відносини фактично в тому ж напрямі, що й попередник, він стає автором так званої договірної концепції, згідно з якою міжкнязівські договори визнавалися однією з найважливіших підстав набуття князем столу². Праці В. І. Сергеевича, поза сумнівами, посідають видатне місце серед досліджень міжкнязівських договорів, але, як видається, їм були притаманні й певні концептуальні недоліки. Найсуттєвіший з них полягав у тому, що вчений без жодних застережень і диференціацій розглядав весь масив таких договорів, з XI по XVI ст.

Нарешті слід згадати дуже перспективного і непересічного, але рано пішовшого з життя російського історика права М. М. Дебольського³, чиє дослідження мало величезне значення для розвитку проблематики міжкнязівських договорів. Його розвідка цікава двома особливостями. По-перше, в центрі уваги були виключно правові аспекти договорів, в той час, як зазвичай, і це відмічено вище, вони розглядалися суто в контексті форми та розвитку державної влади. По-друге, що впливає з попереднього, міжкнязівські договори розглядаються в контексті князівських договорів загалом. І дійсно, практика звернення до дипломатії близьких за змістом актів стає типовою рисою досліджень давньоруських правових пам'яток в розвідках XX ст.⁴

Серед сучасних дослідників, що приділили значну увагу міжкнязівським договорам, слід назвати В. А. Кучкіна⁵. Утім, якщо в XIX ст. негативною рисою дослідження договорів, як було відмічено вище, було беззаперечне охоплення в одній проблемі актів від X–XI до XVI ст., то сучасним дослідженням притаманне протилежне явище, коли ті чи інші договори вивчаються або самі по собі, або в межах незначного періоду, в повному відриві від інших, що не дає можливості вивести загальні принципи, притаманні таким актам.

У свою чергу, в історії міжнародного права проблема міжкнязівських договорів отримала цілковито інший виклад. У роботах XIX ст., як вітчизняних (Каченовський, Мартенс, Таубе), так і іноземних (Гоетц) проблема міжкнязівських договорів не знайшла відображення взагалі. Це однак пов'язане скоріше з загальним скептичним ставленням до участі Русі в міжнародному співжитті. За таких умов про якісь явища міжнародного співжиття в праві Русі марно було й говорити.

У радянській науці міжнародного права з самого початку дослідження історії міжнародних відносин за участю давньої Русі склалася концепція про роль міжкнязівських договорів як особливого виду договорів міжнародних. Однією з провідних робіт цієї доби слід назвати дослідження Ф. І. Кожевникова «Русское государство и международное право»⁶. Хоча і слід підкреслити, що ця позиція, на жаль, не знайшла належної аргументації⁷.

У подальшому такий підхід не втрачає своєї популярності. Так, відомий український дослідник міжнародного права О. О. Мерезко присвятив міжкнязівським договорам підрозділ у своїй монографії щодо міжнародних договорів⁸. На його думку, Київська Русь «являла собою сукупність незалежних волостей, фактично суверенних держав, пов'язаних між собою князівськими договорами»⁹.

Фактично віднесення міжкнязівських договорів до числа міжнародних чи особливої категорії внутрішньодержавних актів зумовлювалося як об'єктом дослідження, так і світоглядною парадигмою автора щодо державного устрою Русі. Навіть в роботі Дебольського виклад починається з огляду «родової», «договірної» тощо теорій влади на Русі. Однак цілковито актуальним лишається питання про те, чи дійсно міжкнязівські договори можна розглядати як частину міжнародних, чи наявні між ними не спорадичні випадкові моменти, а чітко окреслені спільні риси.

На думку автора цієї статті, основними причинами, що зумовили появу такого правового явища, як міжкнязівські договори, були слабкість державного апарату управління та доволі складна і заплутана система зайняття княжих столів. Перша з причин не є унікальною, а властива багатьом середньовічним державам, особливо достатньо великим за своїми розмірами. Доцільно згадати Священну Римську імперію германської нації, де обсяги та міць вищої влади залежали не стільки від державного апарату, який був дуже слабким, скільки від особи імператора чи короля, що врешті-решт вилилося у прийняття «Золотої булли», яка бодай частково змогла облаштувати внутрішній устрій імперії.

Друга причина є типовою майже виключно для давньоруської державності. Вчені й досі сперечаються щодо того, яка ж система спадкування княжих столів існувала на Русі, та чи існувала вона взагалі. Значна кількість концепцій, від теорій колективного сюзеренітету та «родової» («листяної») системи спадкування до принципу посідання столів за «правом сильного», вимагає окремого дослідження і не дає змоги розглянути їх в обмеженому обсязі нашої статті. Констатуємо лише те, що більшість науковців визнають виключну складність та безсистемність у питанні зайняття княжих столів¹⁰.

Аналіз текстів основних літописних зводів та тих нечисленних договорів, що дійшли до нас, дає підстави для висновку про існування наступних видів міжкнязівських договорів: 1) договори, норми яких мали загальноруське (або загальне для відповідного князівства) значення, встановлюючи загальнообов'язкові правила (поширена тогочасна назва – «на устроєньє миру»); 2) договори, якими закріплювалися умови князівського співправління; 3) договори між «старшими» та «молодшими» князями, які обумовлювали обсяги влади сторін; 4) договори про зайняття чи спадкування столів (в т.ч. про забезпечення спадкових прав нащадків князів); 5) мирні договори; 6) договори про військову допомогу та політичні союзи.

На перший погляд, цього переліку вже достатньо, щоб стверджувати про самостійну роль міжкнязівських договорів та неможливість пов'язувати їх з міжнародними. Адже, ані загальноруські договори, ані договори щодо визначення меж княжого правління чи співправління, а рівно і питання спадкування столів не можуть містити в собі міжнародного, а точніше міждержавного елементу.

Однак джерела дають нам більш складну картину. Один з її елементів – це проблема васальних відносин. Загалом васальні договори традиційно розглядаються в міжнародному праві як різновид договорів союзницьких, тим не менше, фактично ситуація могла бути значно складнішою.

Звернувшись до тих самих джерел, отримуємо такий перелік відомих на Русі міжнародних договорів: 1) торгові договори, які містили в собі також питання правового статусу іноземців; 2) підтверджувальні договори («по старой пошліне»); 3) мирні договори; 4) союзні договори, в т.ч. васальні та про забезпечення спадкових прав нащадків сторін договору; 5) договори про військову допомогу.

Ми цілком слухні того, що цей поділ, як і попередній, є дещо умовним. По-перше, згадки договорів вкрай рідко розкривають нам їх зміст, тож віднесення договорів до певної групи є достатньо умовним, та, по-друге, самі договори могли містити вкрай різносторонні положення. Так, договір 1235 р. Данила Романовича галицького з Михайлом Всеволодовичем чернігівським був мирною угодою, але передбачав також поділ уділів у галицьких землях та визначав обсяги влади князів у межах землі¹¹.

Тим не менш, навіть в такому, доволі умовному вигляді видно, що значна кількість груп договорів збігаються між собою. Наведемо декілька прикладів.

Доволі цікавою рисою давньоруських міжкнязівських договорів були договори про забезпечення прав дітей князя на випадок його передчасної смерті. Так, такий договір був укладений між Андрієм Володимировичем Хоробрим та Юрієм Володимировичем Довгоруком щодо забезпечення прав дітей Андрія на волинське місто Володимир і всю волость¹². Однак такі договори укладалися і між давньоруськими князями та правителями інших країн. Так, між Романом Мстиславичем та угорським королем Андрашем у 1204–1205 рр. був укладений договір про патронат над дітьми у разі смерті одного з правителів¹³. Власне пізніше цей договір ліг в основу Сяноцької угоди, яка встановлювала васальні відносини молодих Романовичів з угорським королем¹⁴.

Вірогідно немає потреби окремо зупинятися на мирних та союзницьких договорах – відомі звістки не дають можливості розділяти такі договори на міжнародні та міжкнязівські, оскільки в дуже багатьох випадках учасниками тих чи інших військових дій були дуже багатосторонні союзи, де разом могли виступати і русь, і поляки/угорці, і литовці/ятвяги, і половці тощо. Втім, слід окремо зупинитися на договорі між Данилом Романовичем, Земовітом I Мазовецьким та тевтонським орденом щодо завойованих ними ятвязьких земель¹⁵. Договір маловідомий в літературі, однак в літописних текстах він знаходить підтвердження, оскільки міститься вказівка на підпорядкування Данилу Романовичу якихось ятвягів¹⁶. Щодо питання, яке розглядається тут, він цікавий не тільки як рідкісний приклад аутентичного союзного військового договору,

але й тим, що визначає порядок управління в завойованих землях і до певної межі зближається з давньоруськими міжкнязівськими договорами щодо порядку співправління.

Розглядаючи зміст договорів, якими стверджувалася влада «старшого» князя над «молодшими», звернемо увагу на договір, укладений 1160 року між Святославом Ольжичем та його племінником Святославом Володимировичем: «И на том целова хрестъ Володимиричъ к Святославу яко имети ему его в отца место и в всей воли его ему ходити»¹⁷. Треба відзначити, що він був укладений між князями однієї княжої родової гілки, що має принципове значення, оскільки більшість договорів цього типу уклалися не на загальноруському рівні, а саме в межах окремих князівств. Наведемо ще один приклад з року 1164: «и посла Олег с хрестом Ивана Радьслалича и целова хрестъ Святославъ къ Олгови яко ему правити и не оуправи. Рекл бо бяше Всеволодичъ хрест целуя, а брата ти наделю Игоря и Всеволода и на том оуправи»¹⁸. Як видно з цього фрагмента, князі облаштовують, за якими умовами Святослав Всеволодович стає князем чернігівським. На жаль, як це часто має місце, літопис доніс до нас переважно політичні умови договорів і залишив поза увагою їх нормативні положення.

У міжнародних договорах теж маємо декілька відповідників. Перш за все, це договір 1262–1263 рр. між Романовичами та Болеславом польським, яким «положиша ряды межи собою оу землю Роускою и Лядскоу»¹⁹. Далі, договір 1254 р. між угорським королем Белою та Данилом Романовичем і Романом Даниловичем щодо посідання останнім австрійського столу. Що цікаво, договір містив дуже розлогі положення щодо майбутнього правління Романа, однак літопис їх не наводить, посилаючись саме на обсяг договору: «и створить оубеть. Стоже за множество весь не списахомъ»²⁰, тобто не можемо навести повністю через великий його обсяг. Нарешті, це васальні договори між Конрадом Земовитовичем та Володимиром Васильковичем і Мстиславом Даниловичем. Ось як про зміст цих договорів говорить літопис устами самого Конрада: «господине братъ мои. Ты же ми былъ во оутца место. Како мя еси держаль подъ своею роукою своею милостью. Тобою есмь господине княжилъ и города своя держаль и брати свои отъялься есмь и грозень былъ»²¹. Таким чином, щонайменше частина васальних міжнародних договорів передбачала врегулювання тих самих чи подібних відносин, що й договори між «старшими» та «молодшими» князями щодо владних повноважень.

Вищенаведених прикладів в цілому достатньо, щоб відзначити близькість об'єктів регулювання обох видів договорів. Однак відразу помітні й чіткі особливості: між давньоруськими князівствами не існувало торгових договорів чи договорів про статус підданих. Тут ми маємо сказати, що твердження Ю. Я. Баскіна та Д. І. Фельдмана²² про поширеність договорів про вільну торгівлю між князівствами Київської Русі не знаходить підтвердження в джерелах. Торгівля в межах усїєї Руської землі в найширшому розумінні була відкритою й переривалася лише війнами. Це виходило з самої природи усвідомлення усїєї Русі як єдиної країни, єдиного простору. З цього випливає й інша характерна риса – на сьогодні невідомі міжнародні договори, які б містили положення щодо врегулювання загальноруських чи регіональних проблем державного устрою. Джерела дозволяють стверджувати, що ця роль цілковито належала міжкнязівським договорам «на строєньє миру». Іноземні правителі не розглядалися як частина Русі, адже правили не в Русі.

Підбиваючи підсумки, маємо зазначити, що цілковито слушно свого часу підмітив М. М. Дебольський – принципової різниці між міжнародними та міжкнязівськими договорами не було. Щонайменше немає підстав вважати, що таку різницю помічали самі князі та їх піддані. Однак це не значить, що міжкнязівські договори являли собою окремих різновид міжнародних договорів. Правильніше говорити, про те, що з великого загалу княжих (за визначенням М. М. Дебольського) або зовнішньополітичних (за визначенням В. А. Кучкіна) договорів слід виділяти дві достатньо самостійні групи договорів: міжнародні торгові та підтверджувальні договори і загальноруські та земські (регіональні) договори «на устроєньє миру». Інші ж договори зазвичай не мають якихось інших рис, окрім сторін, між якими вони укладені, для їх поділу на міжкнязівські та міжнародні.

¹ Чичерин Б. Н. Духовные и договорные грамоты великих и удельных князей / Б. Н. Чичерин // Чичерин Б. Н. Опыт по истории русского права. – М., 1858. – С. 232–375.

² Сергеевич В. И. Вече и князь: Русское государственное устройство и управление во времена князей Рюриковичей / В. И. Сергеевич. – М., 1867. – 413 с.; Сергеевич В. И. Русские юридические древности / В. И. Сергеевич. – Т. 1–3. – СПб., 1890–1903; – 2-е изд., с переменаами и доп. – 1900–1911; – 3-е изд., с переменаами и доп. (під назвою «Древности русского права»). – 1908–1911.

³ Дебольский Н. Н. Древнерусские междукняжеские отношения по договорам / Н. Н. Дебольский // Историческое обозрение. – № 4. – 1892. – С. 32–70.

⁴ Див. наприклад Каштанов С. М. Русские княжеские акты (до 1380 г.) / С. М. Каштанов // Археографический ежегодник за 1974 год. – М.: Наука, 1975. – С. 94–116.

⁵ Кучкин В. А. Договорные грамоты московских князей XIV века: внешнеполитические договоры / В. А. Кучкин. – М.: Древлехранилище, 2003. – 368 с.

⁶ Кожевников Ф. И. Русское государство и международное право. – М.: Юрид. изд-во МЮ СССР, 1947. – 336 с.

⁷ Там само. – С. 170–174.

⁸ Мережко О. О. Право міжнародних договорів: сучасні проблеми теорії та практики: Монографія. – К.: Таксон, 2002. – 344 с.

⁹ Там само. – С. 29.

¹⁰ Толочко А. П. Князь в Древней Руси: власть, собственность, идеология / А. П. Толочко. – К.: Наук. думка, 1992. – С. 172–177; Войтович Л. В. Князівські династії Східної Європи (кінець IX – початок XVI ст.). Склад, суспільна і політична роль: Історико-генеалогічне дослідження / Л. В. Войтович. – Л., 2000. – С. 371–377.

* Тут і далі літописний текст подається в авторському викладі.

¹¹ Полное собрание русских летописей (далі – ПСРЛ). – Т. 2. Ипатьевская летопись. – СПб., 1908. – Стлб. 776.

¹² Там само. – Стлб. 486–488.

¹³ Головка О. Б. Князь Роман Мстиславич та його доба: Нариси з історії політичного життя Південної Русі XII – початку XIII століття. / О. Б. Головка. – К.: Стило, 2001. – С. 186; ; Котляр М. Дипломатія галицьких і волинських князів XII–XIII ст. / М. Котляр // Київська старовина. – 2000. – № 5. – С. 5–7.

¹⁴ Волощук М. Проблема васальної (?) підлеглих князів Ігоревичів чернігівських від угорського короля Ендре II: джерела, історіографія, постановка проблеми / М. Волощук // Український історичний збірник 2008. – Вип. 11. – К., 2008. – С. 18–19.

¹⁵ Матузова В. И., Назарова Е. Л. Крестоносцы на и Русь. Конец XII в. – 1270 г. Тексты, перевод, комментарий / В. И. Матузова, Е. Л. Назарова. – М.: Изд. «Индрик», 2002. – С. 364–368.

¹⁶ ПСРЛ. – Стлб. 819, 831, 835.

¹⁷ Там само. – Стлб. 509.

¹⁸ Там само. – Стлб. 523–524.

¹⁹ Там само. – Стлб. 858.

²⁰ Там само. – Стлб. 821.

²¹ Там само. – Стлб. 906.

²² Баскин Ю. А., Фельдман Д. И. История международного права / Ю. А. Баскин, Д. И. Фельдман. – М.: Междунар. отношения, 1990. – С. 72.

Резюме

Роминський Є. В. До проблеми співвідношення міжнародних і міжкнязівських договорів (X–XIV ст.).

Дослідження присвячено проблемі співвідношення таких видів середньовічних давньоруських договорів як міжкнязівські та міжнародні. Дається огляд наукової літератури та аналізується роль історіографії у вивченні проблеми. Через порівняння окремих підвидів таких договорів, розкривається їх сутність та основні риси, притаманні окремим видам договорів або спільні для обох.

Ключові слова: джерело (форма) права, нормативно-правовий договір, міжнародні договори, міжкнязівські договори, Київська Русь, середньовічне право, середньовічне міжнародне право.

Резюме

Роминский Е. В. К проблеме соотношения международных и междукняжеских договоров (X–XIV ст.).

Исследование посвящено проблеме соотношения таких видов средневековых древнерусских договоров как междукняжеские и международные. Дается обзор научной литературы и анализируется роль историографии в исследовании проблемы. Путем сравнения отдельных подвидов таких договоров, раскрывается их сущность и основные черты, соответствующие отдельным видам договоров или общие для обоих.

Ключевые слова: источник (форма) права, нормативно-правовой договор, международные договоры, междукняжеские договоры, Киевская Русь, средневековое право, средневековое международное право.

Summary

Rominskiy Y. On the problem of correlation between international and princely treaties (X–XIV century).

The study is dedicated to the problem of correlation between such kinds of medieval Old-Russian treaties as princely and international treaties. A review of scientific literature is given, and the role of historiography in the study of the problem is analyzed. Through comparison of separate subtypes of such treaties their essence is revealed, as well as main features characteristic for certain kinds of treaties or common for both of them.

Key words: sources of law, law-making treaty, international treaties, princely treaties, Kievan Rus, medieval law, medieval international law.

УДК 321 (091); 340 (091); 342 (092)

Л. В. ХУДОЯР

Леся Вікторівна Худояр, провідний інженер Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України

З ІСТОРІЇ АДМІНІСТРАТИВНОГО ПРОЦЕСУ В ЗАПОРОЗЬКІЙ СІЧІ: НА МАТЕРІАЛАХ АРХІВУ КОША НОВОЇ ЗАПОРОЗЬКОЇ СІЧІ

Дослідження історії становлення і розвитку адміністративного процесу в контексті вітчизняної правової традиції сприятиме оформленню сучасних концептуальних положень теорії адміністративного процесу, що має сприяти оформленню його як самостійної галузі права.

Метою дослідження є становлення адміністративного процесу в козацькі часи в Україні, його структурні компоненти та характерні особливості. Для досягнення мети дослідження слід вирішити наступні зав-

дання: розкрити зміст поняття «адміністративний процес» у сучасній теорії адміністративного права та порівняти його зі змістом цього поняття часів козацької України; висвітлити особливості правового регулювання адміністративного процесу у Запорозькій Січі; окреслити коло суб'єктів уповноважених здійснювати адміністративний процес у Запорозькій Січі; визначити категорії юридичних справ, що провадилися в ході адміністративного розгляду в Запорозькій Січі; висвітлити види адміністративних актів Запорозької Січі; визначити специфіку адміністративного процесу в Запорозькій Січі.

Адміністративний процес – складне явище, яке охоплює найрізноманітніші сфери діяльності публічної адміністрації та різні категорії індивідуальних справ. Вивченню цього явища присвятили численні праці вітчизняні та зарубіжні науковці, зокрема, Д. Н. Бахрах, С. Т. Гончарук, Е. Ф. Демський, А. А. Дьомін, Ю. М. Козлов, І. Б. Коліушко, А. Т. Комзюк, А. П. Коренев, Р. О. Куйбіда, О. В. Кузьменко, А. Є. Лунев, В. М. Манохін, А. А. Мельников, Т. Манн, Ю. С. Педько, В. Г. Перепелюк, Г. І. Петрова, М. І. Піскотін, В. І. Попова, Н. Г. Саліщева, А. О. Селіванов, С. С. Студенікін, В. С. Тадевосян, В. П. Тимошук, М. М. Тищенко, О. Ю. Якімов, Ц. А. Ямпольська та ін. Утім, до сьогодні в юридичній літературі не вироблено одноставного підходу до визначення обсягу і змісту поняття адміністративного процесу. Тому дослідження історії становлення адміністративного процесу залишається актуальним питанням сучасного правознавства. На жаль, до цього часу адміністративний процес у Запорозькій Січі спеціально не досліджувався.

Запорозька Січ не мала всіх ознак суверенної держави у сучасному розумінні. Разом із тим, переважною більшістю дослідників вона визнається автономним державним утворенням зі своєю територією та військово-адміністративним устроєм. За формою адміністративного устрою Запорозька Січ була унітарною організацією, що складалася зі спілки куренів (побутово-бойових одиниць) та паланок (адміністративно-військових округів) у межах Вольностей Запорізьких¹.

Суб'єктами (учасниками) адміністративного процесу в Запорозькій Січі були: вищий законодавчий та адміністративний орган влади – загальна Військова рада (Січова рада, Чорна рада, деякі питання, що належали до її компетенції в період Нової Січі почали вирішуватися Радою старшини; центральний орган влади та управління – Кіш, який відав адміністративними, військовими, судовими й навіть духовними справами козацького товариства й складався з виборної військової (командної) старшини або військових начальників (кошового отамана, військового судді, військового писаря, військового обозного і осавула); курінні (військові) органи влади – курінні отамани і ради по куреням (курінні ради); військові служителі – військовий пушкар, військовий товмач (або драгоман), довбиш, військові шафарі та кантарлеї, булавничий, бунчужний, хорунжий, перначник; похідна військова старшина – полковник («сердюк»), осавул, писар; територіальні органи влади – паланкові полковники та ради по паланкам (паланкові ради), осавул, писар, хорунжий; громадські отамани; окремі козаки; іноземці.

Суб'єктами (учасниками) адміністративного процесу в Запорозькій Січі були також органи та посадові особи Гетьманщини та Російської імперії, які діяли з метою ведення процесу і були здатні приймати остаточні рішення: Гетьман та Генеральна військова канцелярія, а також військова та цивільна адміністрація Російської імперії. Прикладом можуть слугувати: «Лист київського генерал-губернатора Йоганна Вейсбаха до кошового отамана Івана Малашевича про перекупку купців з Криму і Туреччини лише через Васильківський форпост поблизу Києва після витримання належного карантину»²; «Ордер Київської губернської канцелярії Кошеві про присилку або наймання робітних людей для насипання борошна та крупи в мішки і перевезення їх з новосіченського магазину в Січ»³; «Ордер гетьмана Кирила Розумовського Кошеві з дозволом відрядити депутацію для отримання жалування»⁴; «Указ Генеральної військової канцелярії Запорозькому Війську про недопущення конфліктів між татарами та запорожцями і про своєчасний розгляд претензій татар до запорожців»; копії двох листів кримського хана Арслан Гірея до київського генерал-губернатора Михайла Леонтьєва та записка, вирок («худжет») очаківського суду і реєстр, привезені в Київ татарським мурзою Абдул Гафар Агою⁵.

Правовою основою адміністративного процесу в Запорозькій Січі були «стародавній військовий звичай, словесне право і здоровий глузд». Матеріальною основою козацького права були специфічні суспільні відносини, які склалися у запорозькій козацькій спільноті. Джерелом матеріального права – трансформовані норми давньоруського права, пристосовані до конкретно-історичних умов, різноманітні запозичення правових норм і традицій русько-литовської та польської доби, а також правові звичаї сусідніх народів⁶. В ході розгляду і вирішення адміністративних справ використовувалася українська мова⁷.

Слід зазначити, що військово-адміністративна і виконавча влада у запорозькому війську не відділялася від судової⁸. Яскравим доказом такої думки є численні архівні матеріали, вміщені, наприклад, у третьому томі «Архіву Коша Нової Запорозької Січі», де не розрізняються присуди у цивільних та кримінальних справах та адміністративні накази та розпорядження, які часто містилися у одному правовому акті. Наприклад, «Рапорт Коша Генеральній військовій канцелярії про сприяння комісарам Орлицької сотні Полтавського полку в стягненні порцій з жителів сіл Данилівка та Ревунівка та про виселення їх з території Вольностей Войськових» від 4 лютого 1754 р., «Наказ Коша полковникові Кодацької паланки Федору Іванову про таємне затримання вихідців з Гетьманської України, які, залишивши Запорожжя, тікали за Українську лінію та про опис їхнього майна» від 20 лютого 1754 р., «Лист Коша до старосамарського сотника Івана Березаня з відмовою повернути худобу, зайняту полковниками Самарської паланки Петром Торським та Іваном Водолагою у старосамарських жителів» від 17 жовтня 1756 р.⁹ та інші.

Звичаєві процесуальні норми характеризувалися підкресленою обрядовістю. При чому, у переважній більшості випадків обрядовість підміняла процесуальні норми. Прикладом може слугувати порядок скли-

кання і роботи загальнокозацької Січової ради, яка була не лише найвищим законодавчим та адміністративним органом, а й головною інстанцією, яка розглядала найважливіші адміністративні, цивільні (розподіл землі, угідь, майна тощо) та кримінальні (важкі злочини та засудження важливих злочинців) справи.

Практичними організаторами ради на січовому майдані були осавули, які через барабанний бій і пряме нагадування товариству (інколи за допомогою кийів) забезпечували явку козаків. Загалом січовики ставали великим колом (усі були з непокритими головами), кожен курінь окремо на чолі зі своєю старшиною. Після загального молебну та благословення священика слово брав кошовий отаман, старшина й усі бажані. У разі розгляду складних справ січова старшина могла збиратися на окрему малу раду, яка засідала тут же посеред козацького кола. Узгоджене рішення козацьких керманічів згодом виносилося на розгляд загальної ради, про що оголошував осавул. З правничого погляду січова рада мала найвищі прокурорсько-судові повноваження і могла проводити розслідування щодо найвищих посадовців Січі. Радою козаки могли усувати кошових отаманів, писарів та іншу старшину, а також своїх послів, які підозрювалися у неналежному ставленні до своїх обов'язків, у неретельному виконанні січових рішень, у несвідомих помилках чи спланованій зраді інтересів Коша. Суворість судових рішень козацької ради могла сягати не лише позбавлення посад і доброго імені, але часом і життя¹⁰.

Однією з важливих особливостей судового та адміністративного процесу в Запорозькій Січі були майже необмежені дискреційні повноваження (адміністративний розсуд) органів влади та посадових осіб. Джерелами права, на основі яких приймалися судові та адміністративні рішення, переважно була правосвідомість та волевиявлення усього січового товариства.

Утім, слід зазначити, що в часи Нової Січі (1734–1775) рішення у сферах управління, попереднього слідства та адміністративного судочинства були переважно формою вираження правосвідомості козацької старшини, хоча здебільшого вони формально приймалися від імені товариства (козаків Кошу). Про це свідчать, наприклад, документи Архіву Коша Нової Запорозької Січі. Наприклад: цидула депутатів від Запорожжя в Бахмутській слідчій комісії до Коша про самовільний від'їзд з Бахмута козацьких козаків і з проханням покарати їх за це; промеморія Бахмутської слідчої комісії Кошеві про звільнення полковника Йосипа Барана з-під слідства після примирення з бахмутським купцем Мироном Рибінцовим від 9 квітня 1748 р.; наказ Коша полковникам Самарської паданки Андрію Шраму та Кальміуської паланки Григорію Якимову про розшук і затримання злочинців, які пограбували козаків, що везли харчі депутатам від Запорожжя в Бахмут від 7 червня 1748 р.¹¹.

Зокрема, А. О. Скальковський зазначав, що в часи Нової Січі екстраординарні ради (старшинські ради) або сходки збирались по особливим випадкам, як-то: для вислуховування височайших указів, гетьманських універсалів, раптового відрядження козаків на прикордонну службу, видачі громадських грошей, а також для вирішення спірних справ та для вжиття особливих заходів по внутрішнім розпорядкам. Автор наводить приклад справи, яка розглядалася по такому особливому випадку 23 грудня 1764 р. й стосувалася гайдамацтва¹².

Зокрема, у рішенні містилося наступне: «Ми всіх куренів отамани, з усіма старшими козаками, зі стариками і молодими добросовісними в Кошу запорозькому, при зібранні повному військовому, всіх старшин, стариків і отаманів, за вироком і бажанням до доброго порядку всього Коша дали сію в Кошу розписку в нижчеписаному: «Де є степами й лугами, наших куренів вори й злодії і який би не був ватажок, передержував або покупец ворівського, не тільки де жили, але й де шаталися в чатах і зібраннях, до єдиного прибрати в руки, викоринити й утримати зовсім від воровства, щоб ні у татар, ні у Польщі, ні в російських підданих, по шляхам і по зимівникам, ні на одну копійку вето від сього дня не чинили за всіма до єдиного козака наглядати отпюд отримати зобов'язати; захищати, передержувати винного й за нього ручатися ніде не будуть; до бунтів і рад жодного не допускати, й за те худобою своєю і горлом з усім куренем ставити, не щадячи один одного і по всім наказам завжди будем у послуханні у Кошового і старший військових; воровство зовсім винищити приступаємо і прийдеться вірно. А якщо в якому курені отаман не ісправний, ослухається й потакати злодійства буде, то пану Кошовому вільно його карати й наказом відставити, а іншого обрати, і тільки доброго й ісправного зараз поставити, а його у всіх куренях всякої честі позбавити і в другий раз отаманом не обирати й не становити. А пану Кошовому й військовій старшині от сього ж дня за нами, як і за всіма курінними так наглядати, щоб були ми завжди в добрім страху і порядку, й на кому що явиться, не миловати і всякого воровства не допускати й карати, по військовому звичаю, потачок, дозволу ні на що погане нікому не давати, взяток з винних не брати і їх не випускати без покарання всього Коша, ні за найменшу воровську вину, ні на які поруки воров і їх согласників не давати; а хто прийде за таким ручатися, то й того оковати і з воров рівно держати і карати.

А якщо не так вчинятимуть пан Кошовий, судія, писар і осавул, і виявиться в чому потакун, або добрих або не винуватих козаків будуть марно кривдити, то, не чекаючи ради річної або піврічної, отаманам і старикам таких правителів, зараз з доносом головним командам, від Коша відставити й ніколи того підозрілого й слабого старшину вже не обирати і в ніякий чин не ставити, і якої справи і обід не закінчать, то з самого того стягнути. При тому ж вони пани в Кошу правлячі землю військову від всяких утисків оберігати і милості від її імператорської величності височайших урядів шукати і головних команд шукати за всі потреби й необхідності, й не пропускати ніяких справ і завжди дивитися по всьому кошу про добрий стан.

Що в повній слухняності, честі і вірності всі могли жити і військовими колишніми корисними звичаями і привілеями на віки користуватися і на те все військо і в військовий особливий скарбець і табель військовий зробити, а при зібранні стариків і отаманів «считати, теряти и содержать: скрынку войсковую непод-

вижнюю при церкві, расходною для Коша в судьи о том все стараться правящим в Кошу». Також порох ы свинець війська нерухомо утримувати. На кожную потребу отаманам і старшині казни військової собі ніколи не ділити і не торкатися без стариків, до скарбу нерухомого військового, під смертним штрафом, і хто на тому наполягати буде і цей військовий устав і підписи наші перемінить, то горлом карати і всю худобу його забирати, не зважати ні на старшину, ні на отаманів, ні на кого. А щоб завжди військо запорозьке низове справно було зброєю, кіньми зі всією зброєю, того пану Кошовому і отаманам усім дивитися і наказувати буз забутку, і всіма козаками отамани будуть того неусипно спостерігати і на службу його імператорської величності від малого до великого готові перебувати і перебуватимуть на віки.

У тому підписуємося усіх куренів отамани зі стариками і козаками по простоті хрестами, а хто можу письмом і що повинні усі вищеописаного дотримуватися і виконувати неодмінно сувго і охоче зобов'язуємося, а в апробацію і в підтвердження пан Кошовий отаман і військові старшини нинішні і колишні на цьому підписатися мають, і військову печатку при всіх прикласти, і надати всім високим владам, і читати сіє в раді при зібранні старшин»¹³.

Як видно зі змісту рішення, у ньому не міститься жодного посилання на конкретне джерело права. Тобто джерелом судової й адміністративної влади Січі у ті часи були правосвідомість та волевиявлення козацької громади. Надання адміністративної і судової функцій виборній козацькій старшині символізувало довіру козацького товариства до своїх товаришів. Тобто адміністративна й судова влада, трактувалася як різновид універсальної публічної влади, реалізувалася через найавторитетніших козацьких ватажків і здійснювалася на підставі взаємно визнаних загальнообов'язкових правил та рівного правового статусу усіх козаків.

Відповідно до сказаного можна сформулювати такі принципи адміністративного процесу Запорозької Січі: правова рівність, охорона інтересів Коша та всього товариства, публічність (офіційність), гласність, самостійність в ухваленні рішень, швидкість ухвалення рішень, користування рідною мовою.

Численні адміністративні акти, вміщені у т.1–4 «Архіву Коша Нової Запорозької Січі» можна класифікувати за такими критеріями: за формою вираження, за юридичними властивостями; за юридичними наслідками; за змістом; за характером дії щодо особи.

За формою вираження адміністративні акти Запорозької Січі поділялися на усні та письмові. Зокрема, серед усних правових актів, які видавалися в Коші (особливо в перші часті існування запорозького козацтва), мали поширення так звані «печатки». «Печатки» – це накази Коша, які розсилалися по паланкам і перевозам, за відсутності писарів, і склалися з печатки, наклеєної на воску або папері, зміст же їх передавався усно¹⁴. Класифікувати ці акти не уявляється можливим.

Преважна більшість адміністративних актів Нової Січі видавалася у письмовій формі й мала такі назви: акти органів влади та посадових осіб Запорозької Січі (універсали Військової Ради, листи Коша, промеморії, ордери Коша, цидули, накази Коша, вимоги Коша, інструкції Коша та Січової військової канцелярії); акти військової адміністрації Гетьманщини (укази, ордери та листи гетьманів, Генеральної військової канцелярії, гетьманської воєнної адміністрації, вимоги представника гетьмана в Запорозькій Січі); акти татарського уряду (ярлики, тощо); акти органів влади Російської імперії (грамоти царів, ордери малоросійського й київських генерал-губернаторів та Київської губернської канцелярії).

За своїми юридичними властивостями переважна більшість вміщених у «Архіві» актів є індивідуальними актами. Індивідуальні правові акти мають наступні загальні ознаки: вони спрямовані на врегулювання конкретних ситуацій, які вимагають юридичного вирішення; з їх допомогою відбувається встановлення, зміна або припинення юридичних прав і обов'язків учасників суспільних відносин у індивідуальному порядку; вони адресовані персонально визначеним суб'єктам; правові веління отримують у них об'єктивований вираз; вони органічно доповнюють нормативні правові акти; є самостійним елементом у механізмі правового регулювання¹⁵.

Такі акти не містили норм абстрактно-узагальненого змісту та загальної дії, а містили «модель» конкретного рішення або «індивідуальні правила поведінки»¹⁶.

До поодиноких актів абстрактно-узагальненого змісту можна віднести «Повідомлення київського віце-губернатора Івана Костюріна Кошеві про порядок отримання борошна і круп»¹⁷.

Прикладом індивідуальних актів можуть слугувати: «Вимога Коша обер-офіцеріві переволочнянського магазину прапорщику Федорові Чернікову про постачання Війська Запорозького борошном і крупами згідно з рішеннями Сенату і Військової колегії»; «Інструкція Коша військовому пушкареві Якиму Тарану та писареві Кодацької паланки Василю Волу про порядок отримання борошна і круп з переволочнянського магазину»; «Наказ Коша полковникові Кодацької паланки Федору Сьомаку про організацію вивезення провіанту з переволочнянського магазину на Січ»; «Лист Коша уманському полковникові Станіславу-Костці Артинському про відшкодування збитків жителям Правобережної України Тимофієві Півню, Василеві Юрченку та іншим»¹⁸; «Лист старосамарського сотника Івана Березаня до Коша з проханням повернути йому сіно, відібране самарським полковником Олексієм Кумпаном» та «Лист Коша до старосамарського сотника Івана Березаня про відповідь гадацькому полковому осавулові Йосипу Ситенському і про заборону користуватися запорозькими угіддями»¹⁹ та ін.

За дією у часі адміністративні акти Запорозької Січі були переважно разові.

За юридичними наслідками адміністративні акти поділялися на: зобов'язуючі, забороняючі, правоприносячі, правоповноважуючі, та такі, що містять відмови. Прикладом зобов'язуючих актів є: «Промеморія переволочнянської артилерійської команди Кошеві про повернення тари, виділеної для перевезення в Січ

пороху та свинцю»²⁰; «Ордер гетьмана Кирила Розумовського Кошеві про негайне відшкодування збитків, заподіяних старосамарському сотникові Івану Березаню запорожцями, та з дорученням гадяцькому полковому осавулові Йосипу Ситенському контролю за виконанням ордера»²¹. Прикладом забороняючих актів є: Розпорядження Коша отаманові Федору Байраку і жителям Старої Самари про заборону користуватися запорозькими угіддями і відстрочку сплати десятини до окремої резолюції»²²; «Ордер Коша полковнику Бугогардівської паланки Івану Сухині про заборону відправляти церковні треби безпаспортним священнослужителям і повернення їх до своїх монастирів». Прикладом правоприняючого акта є «Лист військового писаря Івана Глоби до ієрея церкви с. Петрівка Петра Оранського про звільнення Бобоха (Бобошка) від служби у Війську Запорозькому»²³. Прикладом обтяжуючого акту є «Рапорт Коша Генеральній військовій канцелярії про заборону козацькому і самарському полковникам приймати на поселення вихідців з Гетьманської і Правобережної України та про відіслання реєстру цих вихідців, виселених з запорозьких земель»²⁴.

Специфіку адміністративного процесу в Запорозькій Січі відображає його структура, що являє собою сукупність окремих проваджень, що мають як юрисдикційний, так і неюрисдикційний характер. Видами таких адміністративних проваджень були: спори щодо правовідносин, оскарження, дозвільні, контрольні, правовстановлюючі й правоприняючі. Зокрема прикладом юрисдикційного провадження є «Промеморія Коша Миргородському полковому суду про вжиття Кошем заходів з метою затримання Семена Шпака, Андрія Чернецького та Яцька, обвинувачених у нападі на пасіку Ведмедівського Миколаївського монастиря»²⁵. Прикладом неюрисдикційного провадження може служити Наказ Коша полковникові Бугогардівської паланки про посилення нагляду за козаками та розшук злочинців на території паланки²⁶.

Висновки: Питання еволюції адміністративного процесу в контексті загального розвитку адміністративного права необхідно розглядати, враховуючи вітчизняні історичні традиції та історичний досвід, зокрема, козацької доби.

Кардинальні зміни в соціальній, політичній та економічній сферах життя українського суспільства періоду української національної революції 1648–1676 рр. та у післяреволюційний період зумовили глибокі соціальні та економічні реформи, а відтак й нові завдання публічного управління, розвиток права та правозастосування. Адміністративний процес у Запорозькій Січі можна визначити як владну правоустановчу, правозастосовну, юрисдикційну й виконавчо-розпорядчу діяльність органів публічної влади, посадових осіб, інших уповноважених суб'єктів, яка полягала у здійсненні проваджень щодо розгляду і вирішення індивідуально-конкретних справ з метою досягнення заздалегідь запланованих результатів.

Позитивною стороною адміністративного процесу у Запорозькій Січі можна назвати його поліструктурність, демократизм та відсутність етатистських традицій. Негативною стороною був низький рівень впорядкованості, оскільки не існувало чіткої систематизованої нормативної бази, яка б регулювала цей вид юридичної діяльності. Видами адміністративного процесу були адміністративні процедури та адміністративна юрисдикція.

¹ Паньонко І. М. Органи влади Запорозької Січі [Текст] / Ігор Михайлович Паньонко; Львівський держ. ун-т внутрішніх справ. – Л.: ЛДУВС, 2006. – С. 113.

² Архів Коша Нової Запорозької Січі. 1734–1775 [Текст]: корпус документів / ред. кол. П. С. Сохань [та ін.]; Центр. держ. істор. арх. України, НАН України, Ін-т укр. археографії та джерелознавства ім. М. С. Грушевського. / Упорядники: Гісцова Л. З., Автономов Д. Л., Дрозд Є. І., Лашенко Х. Г., Омельченко А. Ю., Полегайлов А. Г., Стафійчук В. В., Сухих Л. А. Т. 1 – К., 1998. – С. 81–82.

³ Архів Коша Нової Запорозької Січі. 1734–1775 [Текст]: корпус документів / ред. кол. П. С. Сохань [та ін.]; Центр. держ. істор. арх. України, НАН України, Ін-т укр. археографії та джерелознавства ім. М. С. Грушевського. / Упорядники: Гісцова Л. З., Автономов Д. Л., Демченко Л. Я., Дрозд Є. І., Ігнатова О. В., Кузик Т. Л., Лашенко Х. Г., Муравцева Л. М., Стафійчук В. В., Сухих Л. А. – Т. 2. – К., 2000. – С. 157.

⁴ Архів Коша Нової Запорозької Січі. 1734–1775... – Т. 2. – С. 146.

⁵ Там само. – С. 423–426.

⁶ Грозовський І. М. Право Нової Січі (1734–1775 рр.) [Текст]: навч. посібник / І. М. Грозовський; Університет внутрішніх справ, Запорозький ін-т держ. та муніципального управління. – Х.: Видавництво ун-ту внутрішніх справ, 2000. – С. 8.

⁷ Скальковский А. Как судили и рядили в Сечи запорожской // Киевская старина. – Март 1886. – 604–621 с. – С. 612.

⁸ Там само. – С. 619.

⁹ Архів Коша Нової Запорозької Січі: Опис справ 1734–1775 рр. [Текст]: корпус документів / ред. кол. П. С. Сохань [та ін.]; Центр. держ. істор. арх. України, НАН України, Ін-т укр. археографії та джерелознавства ім. М. С. Грушевського. / Упорядники: Гісцова Л. З., Автономов Д. Л., Дрозд Є. І., Лашенко Х. Г., Омельченко А. Ю., Полегайлов А. Г., Стафійчук В. В., Сухих Л. А. – Т. 3. – К.: INTAS, 2003. – С. 108; 114; 274–275.

¹⁰ Історія державної служби в Україні: У 5 / [О. Г. Аркуша, О. В. Бойко, Є. І. Бородін та ін.; відп. ред. Т. В. Мотренко, В. А. Смолій; редкол. С. В. Кульчицький (кер. авт. кол. та ін.); Голов. упр. держ. служби України, Ін-т історії НАН України. – К.: Ніка – Центр, 2009. – Т. 1. – 544 с. – С. 190–191.

¹¹ Архів Коша Нової Запорозької Січі... – Т. 2. – С. 206, 212–213, 215.

¹² Скальковский А. О. К истории Запорожья. Внутренние распорядки. // Киевская старина. – 1882. – Т. 4. Декабрь. – К.: Типография Г. Т. Корчак-Новицкого. – С. 527.

¹³ Там само. – С. 527–529.

¹⁴ Там само. – С. 533–534.

¹⁵ Там само. – С. 60.

¹⁶ Миннирес И. А. Об индивидуальной правовой норме и индивидуальном правовом регулировании. // Российский юридический журнал. – 2009. – № 5. – С. 69–74.

- ¹⁷ Архів Коша Нової Запорозької Січі... – Т. 2. – С. 102–103.
¹⁸ Там само. – С. 97–100.
¹⁹ Архів Коша Нової Запорозької Січі... – Т. 3. – С. 390–391.
²⁰ Архів Коша Нової Запорозької Січі... – Т. 2. – С. 128.
²¹ Архів Коша Нової Запорозької Січі... – Т. 3. – С. 386–387.
²² Там само. – С. 374–375.
²³ Архів Коша Нової Запорозької Січі... – Т. 1. – С. 143, 149.
²⁴ Архів Коша Нової Запорозької Січі... – Т. 3. – С. 138–139.
²⁵ Там само. – С. 678–679.
²⁶ Там само. – С. 671–672.

Резюме

Худояр Л. В. З історії адміністративного процесу в Запорозькій Січі: на матеріалах Архіву Коша Нової Запорозької Січі.

Досліджено особливості та характерні риси адміністративного процесу в Запорозькій Січі. Здійснено порівняльний аналіз змісту поняття «адміністративний процес» в сучасній теорії адміністративного права та в правових уявленнях козацтва. Висвітлено особливості правового регулювання адміністративного процесу в Запорозькій Січі, окреслено коло суб'єктів уповноважених здійснювати адміністративний процес у Запорозькій Січі, визначено категорії юридичних справ, що провадилися в ході адміністративного розгляду в Запорозькій Січі, висвітлено види адміністративних актів та специфіку адміністративного процесу в Запорозькій Січі.

Ключові слова: Запорозька Січ, адміністративний процес, суб'єкти (учасники) адміністративного процесу, адміністративні акти, індивідуальні акти, юрисдикційні і неюрисдикційні провадження, звичаєве право.

Резюме

Худояр Л. В. Из истории административного процесса в Запорожской Сечи: на материалах Архива Коша Новой Запорожской Сечи.

Исследованы особенности и характерные черты административного процесса в Запорожской Сечи. Осуществлен сравнительный анализ содержания понятия административный процесс в современной теории административного права и в правовых воззрениях казачества. Освещены особенности правового регулирования административного процесса в Запорожской Сечи, очерчен круг субъектов уполномоченных осуществлять административный процесс в Запорожской Сечи, определены категории юридических дел, которые рассматривались в ходе административного разбирательства в Запорожской Сечи, освещены виды административных актов и специфика административного процесса в Запорожской Сечи.

Ключевые слова: Запорожская Сечь, административный процесс, субъекты (участники) административного процесса, административные акты, индивидуальные акты, юрисдикционные и неюрисдикционный производства, обычное право.

Summary

Hudoyar L. The History of administrative process in Zaporozhzhya Sich: on materials of New Zaporozhzhya Sich.

The features and characteristics of the administrative process in the Zaporozhzhya Sich. The comparative analysis of the meaning of “administrative process” in the modern theory of administrative law and legal concepts Cossacks. The peculiarities of the legal regulation of the administrative process in the Zaporozhzhya Sich, the circle of entities authorized to process administrative in Zaporozhzhya Sich, defined category of legal cases that were conducted during the administrative proceedings in the Zaporozhzhya Sich, highlights the types of administrative acts and specific administrative process in Sich.

Key words: Zaporozhzhya Sich, administrative procedure, the subjects (participants) of administrative process, administrative acts, individual acts, jurisdictional proceedings, customary law.

УДК: 340.1

Н. В. ЧЕРВІНСЬКА

*Наталія Володимирівна Червінська, здобувач
Інституту держави і права ім. В. М. Корецького
НАН України*

РОЛЬ ТА ЗНАЧЕННЯ ПРАВОВОГО МЕНТАЛІТЕТУ ДЛЯ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЕФЕКТИВНОСТІ ЗАКОНОДАВСТВА

Україна демократизується, оновлюється, впевнено йдучи до європейського державного простору. У нових умовах постає проблема переосмислення власної історії, адже проблема самоідентифікації в усіх аспектах (духовному, етнічному, мовному, культурному, державному) завжди була дуже актуальною в українській історії. Однією із важливих рушійних сил у зміцненні державності стає український менталітет і його вплив на підвищення ефективності законодавства.

Проблема ефективності законодавства завжди була й залишається актуальною для розвитку державності, для створення механізмів впливу права на суспільні відносини.

Держава регламентує соціальне життя шляхом розробки та видання правових актів, здійснює контроль за їх реалізацією. Досягнення відповідного рівня ефективності нормативно-правових актів є правовим та соціальним ідеалом. Цей процес вимагає поступових, зважених кроків, проведення правової реформи та глибокого наукового аналізу даної проблеми. Зазначене зумовлює необхідність наукового осмислення, пошуку шляхів і форм забезпечення ефективності законодавства в конкретних суспільстві та державі, в конкретний історичний період.

Актуальність теми пояснюється необхідністю подальшого реформування правової системи України, що загострює не тільки науковий, а й практичний інтерес до проблем, пов'язаних з правовим менталітетом, його специфікою і роллю у правовому регулюванні соціальних відносин на різних стадіях цього процесу.

Правовий менталітет є складним соціокультурним феноменом, що безпосередньо впливає на процеси правоутворення, формування правової культури населення, перспективи реалізації принципів правової й демократичної держави, ефективність законодавства. Оскільки в сучасних умовах проблема ефективності законодавства постає перед суспільством з усією очевидністю, то інтерес до дослідження правового менталітету є закономірно викликаним вимогами реального життя. Ігнорування впливу менталітету на ефективність законодавства призводить до дестабілізації політичної і правової систем, відчуження громадян від законів, інститутів влади, держави.

Говорячи про національний правовий менталітет, слід зауважити, що сама постановка проблеми щодо природи цього феномена суспільної свідомості і його впливу на існуючу правову дійсність не є «миттєвою», вона назріла під впливом реально сформованої політико-правової обстановки, внаслідок чого тематика ментальності активно втягується в сферу безпосередньо правових досліджень.

Сьогодні категорія «менталітет» широко використовується як у науковій, так і в публіцистичній літературі. Тривалий час існувала тенденція інтерпретувати менталітет у цілому і правовий менталітет, зокрема, як явище, природа якого перебуває поза рамками наукового дослідження. Проте вже існує певний досвід звернення до проблематики правового менталітету в наукових публікаціях, що дає змогу запропонувати його теоретико-методологічну модель.

До окремих питань впливу менталітету на державно-правові явища та розкриття його природи у філософському аспекті зверталися такі вчені, як С. Максимов, О. Огірків, О. Панарін, у соціально-психологічному – Г. Дилигінський, Є. Шестопал, у соціокультурному – І. Дубов, В. Козловський, О. Скорик, О. Марков, в історичному – О. Гуревич, Л. Пушкарьов, у політологічному – Є. Ануфрієв, Р. Лубський, Т. Полякова.

У літературі країн Заходу проблеми менталітету й ментальності також не залишалися поза увагою науковців і були досліджені такими науковцями, як Ф. Арієс, М. Блок, Ф. Бродель, Г. Бутуль, Т. Гайгер, Х. Гетц, Ж. Ле Гофф, Ф. Граус, П. Динцельбахер, Ж. Дюбі, Р. Мандру, Х. Ортега-і-Гассет, Т. Телленбах, Р. Шпрандель, Л. Февр, Д. Філд, Н. Еліас та ін.

Серед публікацій, у яких безпосередньо аналізуються особливості правового менталітету, заслуговують на увагу праці Л. Бойко, М. Козюбри, А. Колодія, В. Лемака, Ю. Лободи, Д. Меньяло, О. Мордовцева, Ю. Оборотова, С. Овчиннікова, М. Панова, О. Петришина, П. Рабіновича, В. Синюкова, І. Яковюка, Ю. Шемшученко, а також роботи таких дореволюційних учених, як М. Алексєєв, М. Бердяєва, І. Ільїн, Н. Лоський, П. Новгородцев тощо.

Проте, аналізу правового менталітету під кутом значення для підвищення ефективності законодавства не проводилося, що зумовлює потребу теоретико-правового переосмислення існуючих знань щодо правового менталітету, вироблення на цій підставі його загальної характеристики й розкриття особливостей впливу на ефективність законодавства.

Отже, метою даної статті є розгляд правового менталітету в аспекті впливу на ефективність законодавства, особливо того, яким чином історично сформовані особливості правового менталітету впливають на ефективність законодавства, який характер має зв'язок «правовий менталітет – ефективність законодавства».

Слово «менталітет» первинно походить від латинського *mens, mentis* – розум, думка, інтелект; згодом у французькій мові *mentalite* стало буквально означати – спрямування думок, умонастроїв, розум, його скерованість, розумові здібності, розумовий розвиток, мислення тощо¹.

У сучасній науковій термінології слова «менталітет», «ментальність» вживають для характеристики певних особливостей тих чи інших суспільних груп чи узагальненого образу (наприклад, «ментальність народу», «менталітет нації», «менталітет радянських людей», «менталітет хліборобів», «менталітет кочівників», «менталітет француза», «менталітет українця» і т. д.).

Правовий менталітет слід розглядати як одну із важливих умов подальшого розвитку національної правової системи, формування громадянського суспільства і розбудови правової державності, утвердження в суспільній свідомості принципів верховенства права, пріоритетності прав і свобод людини й громадянина, законності, незалежності суду і підкорення його виключно закону, ефективної боротьби з корупцією та злочинністю.

Під правовим менталітетом розуміються історично сформовані специфічні, найбільш типові й стійкі для певної соціальної або національно-етнічної спільності, системи світоглядних уявлень, оцінювань і реагувань на об'єкти державно-правової дійсності. Він характеризується значною практичною спрямованістю, зокрема, досвід правового регулювання суспільних відносин орієнтує людей на те, що саме необхідно вико-

ристовувати та розвивати з правового надбання попередніх поколінь, а від чого потрібно відмовитися. Менталітет закріплює стереотипні моделі поведінки, які є складовими компонентами громадського порядку.

І. Шаповалов правовий менталітет визначає, як сукупність «готовностей», установок, схильностей індивіда або соціальної групи діяти, мислити і переживати різні емоційні стани з приводу правових відносин, стійку налаштованість мотивації і ціннісних орієнтацій людини, що згуртовує його в соціальні групи та історичні спільноти, які дотримуються єдиних правових норм².

Варто згадати й положення, згідно з яким правовий менталітет – це історично сформована система специфічних, найбільш типових і усталених для певної соціальної спільноти світоглядних уявлень про явища державно-правової дійсності, їх оцінювання і сформованих на підставі таких уявлень поведінкових стереотипів³. Дане визначення не є всеохоплюючим, але, на нашу думку, відбиває основні аспекти цього багатогранного, комплексного явища.

Вплив правового менталітету на ефективність законодавства обумовлено насамперед особливістю його природи і ознаками, що його характеризують. Зупинимося на тих, які безпосередньо впливають на ефективність законодавства.

З наведених дефініцій правового менталітету випливають і його ознаки, якими, на нашу думку, слід вважати:

- його приналежність до сфери свідомості;
- тривалість процесу його формування;
- це явище стабільне, стійке, тривале.

Правовий менталітет є духовно-психологічною основою права, його своєрідною культурною парадигмою⁴. На наш погляд, він концентрується у правових традиціях, формалізується в джерелах (формах) права, слугує знаковим елементом типізації правових систем світу. В правових системах традиційного (або морально-релігійного) типу еталоном є не стільки правова, скільки етична поведінка людини з її почуттям моральної відповідальності, доброчесності.

Цікавою є думка І. Дмитрієнко, яка вказує, що до фундаментальних якостей природного українського правового менталітету, слід віднести наступні: 1) він відбиває специфічні структуровані особливості українського типу правової культури, особливий спосіб правових думок, які формуються в тих, хто до даної правової культури належить; 2) це історично зумовлений ідейно-світоглядний та нормативно-правовий, з домінантою ідейної світоглядності феномен. Соціальні перетворення та еволюції української правової культури слабо впливають на зміну правового менталітету, трансформація його відбувається лише внаслідок значних, революціонізованих культурно-правових змін; 3) український правовий менталітет входить до структури індивідуальної психіки людини в процесі її залучення до даної правової культури; 4) він являє собою і суспільно-правове явище, що виступає як незалежна від окремих людей соціокультурна правова реальність, і явище особистісно-правове, яке характеризує правову психіку окремої людини; 5) український правовий менталітет є першоосновою формування невід'ємних ментальних прав первинних суб'єктів української правової свідомості та культури; 6) український ідеологічно-правовий менталітет є першоосновою формування від'ємних ідеологічних прав вторинних суб'єктів української правової свідомості та культури, якщо останні порушують ментальні права⁵.

Видається, що сама природа цього феномена багато в чому визначає його значимість для ефективного сприйняття громадянами законодавства. На відміну, наприклад, від правосвідомості, адже має місце не просто ставлення до законодавства, яке часто буває спонтанним, викликаним до життя певними поточними (економічними, політичними) умовами, а вплив найбільш типових поглядів, що виражають стійке, відносно рівне (історично підтвержене) ставлення до законодавства, а тому не вимагає інших апробацій з точки зору його ефективності.

У цьому випадку законодавство набуває таких властивостей, як зрозумілість і доцільність, що, природно, приводить до його адекватного відбиття в реальному житті.

Науковець В. Павловська-Кравчук вдало вказує на співвідношення правового менталітету, правосвідомості, правової культури та правової традиції. Вона зазначає, що ці споріднені змістовно поняття є явищами свідомості, належать до сфери ідеального і в юридичній практиці вживаються в одному смислового контексті; правовий менталітет забезпечує стабільність, збереження найбільш стійких уявлень про державу і право, завжди одночасно звернений як до минулого, так і до сьогодення й майбутнього; на відміну від правової культури, він містить у собі як позитивні, так і негативні прояви; правосвідомість, у свою чергу, виступає зовнішнім вираженням менталітету, виконує функцію його впорядкування⁶.

Зупинимося на конкретних сферах правової дійсності, в яких доцільно враховувати специфіку національного правового менталітету.

Виходячи з проблематики даного дослідження, основний інтерес для залучення національного правового менталітету являє собою саме сфера законотворчості, від ефективності якої у подальшому залежить і ефективність законодавства. Такий підхід, на наш погляд, допоможе узгодити між собою обидві складові даного дослідження – правовий менталітет та ефективність законодавства. Тим більше, що враховуючи природу досліджуваного явища, взаємозалежність між ними досить очевидна.

Щодо законотворчості, то потрібно насамперед звернути увагу на істотне значення національного правового менталітету в питаннях розробки та прийняття нормативно-правових актів, оскільки їх ефективність безпосередньо залежить від їх відповідності низці якісних ознак. При цьому, як вже було підкреслено,

акцент ставиться саме на їх змістовній стороні. Цей зміст у логічно впорядкованій формі, використовуючи прогресивні напрацювання юридичної техніки, повинен відображати передусім свій власний, історично вироблений досвід, який буде більш ефективним для «місцевого» застосування. І це не означає «замикання» в суто національному середовищі.

Сучасні інтеграційні процеси роблять таке «замикання» в принципі неможливим. Та це й не потрібно. Запозичення прогресивного зарубіжного правового досвіду допомагає заповнювати існуючі прогалини в національній правовій системі. Але лише доповнювати, а не підміняти, інакше це непередбачуваним чином може позначитися на національній правовій дійсності, результатом чого є неефективність законодавства внаслідок його неясності й недоцільності для громадян.

При розробці правових актів, особливо якщо ставиться питання про запозичення певних норм або інститутів, законодавцю слід виходити з історично обумовленого, різного ставлення до права і розуміння його природи в європейських країнах, США та країнах пострадянського простору.

Отже, при розробці законів видається більш доцільним приділяти основну увагу їх підготовчому етапу, ніж етапу їх безпосереднього викладу у формі певного нормативно-правового акта. Потрібно належним чином проаналізувати історичний досвід (якщо він був) вирішення відповідної соціальної проблеми за допомогою її правового врегулювання, вивчити шляхом залучення соціологічних методів масовий громадський настрій з приводу передбачуваного акта, особливості національного світосприйняття, ті доміанти правового менталітету, які лежать в основі національного ставлення до права і, як наслідок, визначають правову поведінку, надають йому відповідне етноправове забарвлення. І тільки після аналізу передбачуваного правового акта на предмет сумісності з національною правовою ментальністю переходити до визначення його формально-змістовної структури.

Хоча, не виключено, що в процесі виявлення специфічних рис національного правового менталітету надалі необхідність у запланованому правовому акті відпаде сама собою, а законодавець буде шукати інший спосіб правового регулювання. Можливо, таким чином вдасться не тільки подолати дистанцію між «формальним» та «живим» правом, значно спростивши його і зробивши доступним для народу, а й запобігти неефективності планованого нормативно-правового акта, тим самим значно скоротивши пов'язані з його реалізацією матеріально-організаційні витрати, а також не допускати більш серйозних наслідків.

Саме на етапі законотворчості вже багато в чому закладаються основи для подальшої ефективності законодавства. Наступні етапи правового регулювання вже безпосередньо пов'язані з якісним змістом, одним із найважливіших аспектів якого є включення ментального фактора.

Механізм застосування законодавства на практиці в такому випадку значно спрощується, оскільки воно в чималому ступені відповідає цій же самій практиці. Принаймні, у законодавства «буде значно більше шансів» діяти в реальному житті, мати не декларативний, а регулятивний характер. Адже воно «володітиме» найважливішою якістю: буде важливим і зрозумілим для безпосередніх суб'єктів його впливу – людей. Тому законодавство має бути зручним насамперед для тих, хто має ним керуватися, і лише потім – для тих, хто його створює та змінює. Це стосується й динамічності законодавчого масиву, маючи на увазі, що керуватися правилами, які постійно змінюються, дуже важко, навіть якщо вони змінюються в кращий бік⁷. Таким чином, сутність права у запропонованому контексті має розглядатись у безпосередньому зв'язку з процесами соціалізації індивідів, особливостями менталітету та національної правової культури, демократизацією політичного життя, передовсім участю громадян у законотворенні – виявленні потреби регулювання певних суспільних відносин, формуванні соціальних очікувань щодо спрямованості та змісту їх регламентації, обговоренні проєктів законів та інших нормативно-правових актів, а також їх реалізації та оцінці ефективності законодавства.

Необхідно вказати, що тривалий час в Україні правовий менталітет був виразником правового нігілізму, але ситуація змінилася у зв'язку з останніми подіями. Як влучно зазначає О. Штепа, спостерігається значна трансформація правової ментальності суспільства. По-перше, різко зросла політична активність громадян. Якщо до подій на Євромайдані основна маса українців була аполітичною та мало цікавилась вітчизняними державотворчими процесами, то в ході та після подій січня–лютого 2014 р. у Києві й по всій Україні більшість з них не лише жваво обговорюють громадсько-політичне життя країни, а й самі беруть у ньому безпосередню активну участь. По-друге, широкі кола громадськості відчули реальну здатність впливати на хід подій в своїй країні. Майдан у свідомості людей став своєрідним неофіційним інститутом безпосереднього народовладдя, що здатен не лише брати участь у формуванні виконавчої гілки влади, але й певною мірою контролювати дії та впливати на рішення останньої⁸.

Зрозуміло, що безликих суспільних відносин не буває, в їх центрі – завжди людина, яка організовує їх відповідно до своїх бажань і потреб. Національний ракурс буття буде актуальний до тих пір, поки будуть існувати держави-нації і їхні правові системи. Поки будуть розрізняти право Франції, Великобританії, Німеччини, України, до того часу буде актуальним і звернення до національного правового менталітету.

Таким чином, виходячи з вищевикладеного, можна визначити, що між ефективністю законодавства та правовим менталітетом існує найтісніший взаємозв'язок. З одного боку, з огляду на перелічені вище ознаки менталітету саме він може сприяти стабільності, актуальності, доступності чинного законодавства, що приводить до його ефективності в цілому. З іншого, – ефективність законодавства є показником його високого рівня, його реальної здійсненності, що в свою чергу сприяє зростанню довіри громадян, формує позитивне ставлення до законодавства, віру в його справедливість, гарантованість захисту прав і свобод людини та громадянина.

Отже, можна підкреслити, що правовий менталітет є міцним чинником, що визначає ефективність законодавства, адже дає основу для формування і прояву правосвідомості, правового світогляду, правового мислення.

Інформація, яка надходить з ментальних настанов суспільства, сприймається правовою системою як певний сигнал, набуває юридичне оформлення або ігнорується як така, що перебуває поза сферою правового регулювання, є юридично нейтральною. Результатом неадекватного сприйняття правовою системою такої інформації може стати зниження рівня ефективності законодавства і як наслідок – втрата довіри населення до механізму правового регулювання суспільних відносин, що, в свою чергу, призведе до зниження рівня правової культури, порушення принципів законності та правопорядку.

Тому, на нашу думку, культурно-історичний фактор національного правового менталітету повинен активно залучатися законодавцем в сферу законотворчості, що в свою чергу вимагає особливих напрацювань щодо механізму дослідження правового менталітету та методики його застосування в законотворчому процесі.

¹ Словник іншомовних слів / уклад.: С. М. Морозов, Л. М. Шкарюта. – К. : Наукова думка, 2000. – 680 с.

² Шаповалов И. А. Некоторые теоретические аспекты формирования российского правосознания / И. А. Шаповалов // Гос-во и право. – 2005. – № 4. – С. 84.

³ Павловська-Кравчук В. Правовий менталітет: поняття, особливості і його вплив на правотворчі процеси : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 / В. Павловська-Кравчук ; Національна юридична академія України ім. Ярослава Мудрого. – Х., 2012. – 18 с.

⁴ Байниязов Р. С. Правосознание и российский правовой менталитет / Р. С. Байниязов // Правоведение. – 2000. – № 2. – С. 37–40.

⁵ Дмитрієнко Ю. М. Прямі ефекти девіантної правосвідомості: перша формула української правової ідіоми / Ю. М. Дмитрієнко // Право і безпека: наук. журнал. 2004/3'2. – Х. : НУВС, 2004. – С. 11–18.

⁶ Павловська-Кравчук В. Вказана праця.

⁷ Теплюк М. О. Теоретико-правові основи введення закону в дію : моногр. / М. О. Теплюк. – К. : Парламентське вид-во, 2013. – С. 426.

⁸ Штена О. До питання про сутність правової ментальності / О. Штена // Філософські обрії. – 2014. – № 31. – С. 129–139.

Резюме

Червінська Н. В. Роль та значення правового менталітету для забезпечення ефективності законодавства.

У статті здійснюється аналіз значення та ролі правового менталітету для забезпечення ефективності законодавства, розкриваються особливості його впливу на ефективність законодавства та визначається «характер» зв'язку «правовий менталітет – ефективність законодавства».

Обґрунтовується істотне значення національного правового менталітету в питаннях розробки та прийняття нормативно-правових актів.

Ключові слова: ефективність законодавства, правовий менталітет, законотворчість, правова культура, правосвідомість.

Резюме

Chervinska N. V. Role and importance of the legal mentality to ensure the effectiveness of legislation.

В статье проводится анализ значения и роли правового менталитета для обеспечения эффективности законодательства, раскрываются особенности его влияния на эффективность законодательства и определяется «характер» связи «правовой менталитет – эффективность законодательства».

Обосновывается существенное значение национального правового менталитета в разработке и принятии нормативно-правовых актов.

Ключевые слова: эффективность законодательства, правовой менталитет, законотворчество, правовая культура, правосознание.

Summary

Chervinska N. The role and importance of the legal mentality to ensure the effectiveness of legislation.

The article is an analysis of the meaning and role of the legal mentality to ensure the effectiveness of legislation, the peculiarities of its impact on the effectiveness of the law and determined by the “nature” due “legal mentality – the effectiveness of the law”.

Grounded essential national legal mentality in terms of development and adoption of legal acts

Key words: efficiency legislation, legal mentality, legislation, legal culture, justice.

УДК 340.1; 342.01; 342.5

О. В. БАТАНОВ

Олександр Васильович Батанов, доктор юридичних наук, професор, старший науковий співробітник Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України

ПРОБЛЕМИ ТЕОРІЇ ФУНКЦІЙ МУНІЦИПАЛЬНОГО ПРАВА

Процес становлення та розбудови суверенної демократичної соціально-правової державності у країнах колишнього СРСР супроводжується реформуванням політичної системи суспільства та становленням якісно нових демократичних інститутів публічної влади, формуванням громадянського суспільства, утвердженням нових принципів економічної системи, що базуються на ринкових відносинах та розвитку підприємництва. Це об'єктивно детермінує суттєві зміни в системі права, появи в ній нових галузей як приватного, так і публічного права. Однією з таких нових галузей права є муніципальне право, яке сьогодні перебуває на етапі становлення, що потребує наукового обґрунтування її місця у системі права, визначення предмета, системи та джерел, наукової розробки відповідного категоріального апарату.

Сучасний етап розвитку муніципального права як самостійної галузі права можна охарактеризувати як вкрай суперечливий, у якому спостерігаються діаметрально протилежні тенденції. З одного боку, у свідомості громадян, багатьох представників публічної влади та наукових кіл досі переважають застарілі, сформовані десятиріччями стереотипи з питань організації владних структур. Жива традиція жорсткого централізованого управління, остаточно неподоланий синдром відчуження населення та окремої людини від публічної влади не створюють достатніх передумов для соціального включення громадян у проблеми територіальних громад.

З другого боку, поступово звільняючись від цього ілюзорно-ідеологічного сприйняття самоврядування як деякої самоцілі, пов'язаної з розв'язанням завдань «поголовного залучення» населення до управління державними та суспільними справами, суспільство захворіло новими, не менш ілюзорними, принаймні для нас сьогодні, ідеями, зорієнтованими на побудову системи публічної влади в особі місцевого самоврядування. Формально-ритуальне всебічне визнання державою місцевого самоврядування, кон'юнктурне проголошення як панацеї від усіх бід без адекватного механізму його реалізації штучно змушує суспільство повертатися в минуле, стимулює «користування» застарілими стереотипами та підходами, створює нові серйозні політичні, соціально-економічні, психологічні та інші бар'єри на шляху формування реалістичної моделі місцевого самоврядування та становлення муніципальної влади.

Більш ніж двадцятирічний досвід проведення радикальних перетворень у правових системах пострадянських держав, виникнення та розвиток у їх складі нових галузей права, серед яких і муніципальне право, свідчить про необхідність кардинального наукового переосмислення проблем співвідношення особи та держави, прав людини, їх забезпечення та захисту як всередині країни, так і на міжнародному рівні, що, як правило, не є можливим у процесі аналізу традиційних конституційно-правових інститутів.

Розвитку ж самого місцевого самоврядування та його дослідженню і вивченню заважає однобічний характер тлумачення локальних процесів та впливу на них (тільки економічний, правовий або психологічний тощо), що сприяє виникненню стереотипів, одіозних міфів і соціальних фантомів про місцеве самоврядування. Має місце протиріччя між уявленнями про сутність та зміст місцевого самоврядування, умови його ефективного функціонування, розвитку й трансформації, що домінують у мисленні та діяльності вчених і політиків та реальною практикою розвитку самої цієї системи.

У числі фундаментальних завдань та викликів, які на сьогодні виникли перед вітчизняною наукою муніципального права, – формування цілісних і комплексних знань про систему муніципального права України, її юридичні особливості та закономірності розвитку і функціонування її норм та інститутів. Цілісна концепція системи муніципального права України в єдності її статичних та функціональних, матеріальних і

процесуальних елементів є важливою теоретико-методологічною основою розвитку й удосконалення системи вітчизняного муніципалізму, чинного муніципального законодавства, а також муніципальної правотворчої та правозастосовної діяльності.

Втім, якщо проблемні питання теорії системи муніципального права як галузі права, її генезису, джерел, норм та інститутів знайшли своє відображення у працях вітчизняних дослідників¹, проблема функцій цієї галузі права залишається майже не дослідженою. Розуміння сутності та змісту функції муніципального права дає можливість зрозуміти значення цієї галузі права для регулювання суспільних відносин та відповіді на питання про роль і місце муніципального права у суспільстві й державі.

У науковій та навчальній літературі з муніципального права дослідження його функцій відсутні або ж здійснені вкрай фрагментарно. Водночас не викликає сумніву, що саме функціональний аналіз муніципального права дає змогу розглянути його у динаміці, у русі як функціонуючу систему норм, охарактеризувати можливість, цілі та результати правового впливу і вже з даної точки зору визначати ефективність галузевого правового регулювання. Вплив категорії функції муніципального права на професійне мислення юристів має прояв у сприйнятті ними муніципального права не тільки за допомогою вирішення конкретних юридичних казусів, а й на рівні його загальної концепції, соціального призначення.

Значною мірою такі прогалини у функціональній теорії сучасної муніципалогії пов'язані з недостатньою вивченістю питання щодо функцій права в цілому. Не зважаючи на те, що проблема функціонування права вже тривалий час є предметом теоретичного аналізу², ступінь її наукової розробленості не може бути визнана задовільною, принаймні у силу наступних причин.

По-перше, у сучасній теорії права досі зберігаються інерційні тенденції марксистсько-ленінської теорії держави і права, що в модернізованому вигляді залишається домінуючою у вітчизняній юридичній науці. Так, про функціонування права досі прийнято говорити лише в одному його аспекті – як про функціонування системи норм, які утворені державою та забезпечуються його примусовою силою. Адже традиційно у рамках теорії права поняття норми права розглядалося як правило, що виходить від держави в особі відповідних посадових осіб або органів³. Ілюстративною у цьому плані є позиція П. М. Рабіновича, на думку якого, норма права – це формально-обов'язкове правило фізичної поведінки, яке має загальний характер і встановлюється або санкціонується державою з метою врегулювання суспільних відносин та забезпечується відповідними державними гарантіями його реалізації⁴.

По-друге, питання про функціонування права розробляється у більшості випадків як і раніше у контексті позитивістського праворозуміння, що неодмінно призводить до нівелювання всього багатоманіття проявів права у суспільному житті, не спроможному правильно відобразити особливості сучасних суспільних процесів та станів. Разом із тим постановка даної проблеми є можливою в рамках будь-якого із відомих типів праворозуміння⁵. Більш того, її аналіз в такому контексті набуває самостійного теоретичного та практичного значення.

По-третє, сформована на сьогоднішній день теорія функцій права відрізняється дивовижною фрагментарністю ідей, які визначають її зміст: її розвиток йде переважно шляхом механічного накопичення багатьох різноманітних функцій⁶. Крім того, в силу даних фактів теорія функцій залишається допоміжною у системі теорій, які становлять загальну теорію права, та не пов'язується з безпосереднім розкриттям природи й сутності права.

По-четверте, у виділенні, описуванні та визначенні зв'язків системи функцій досі переважає хаотичність та певною мірою свавільність, безсистемність: критерії, на підставі яких здійснюється доволі спрощена класифікація функцій, фактично не пов'язані з характеристикою природи права.

Та, по-п'яте, у галузі теоретичних проблем функціонування права доволі помітною стала тенденція до моделювання, теоретичного конструювання права у його дії, аніж відображення дії права в його реальності, в силу чого в цілому склалося неадекватне уявлення про право, яке існує у дійсності, насамперед за рахунок його обмеження тільки державно встановленою або санкціонованою формою⁷.

Враховуючи окреслені позиції, можна зрозуміти складність об'єкта, предмета та методології дослідження комплексу проблем, пов'язаних із функціональною характеристикою права в цілому та муніципального права зокрема. Вважаємо, що за проблематикою функціонування права слід визнати статус вихідної, пріоритетної для загальнотеоретичного пізнання права. Але якщо звернення до функціональної характеристики сучасного права має стати завданням світоглядного плану, тоді воно неодмінно повинно вирішуватися і на філософсько-правовому рівні.

Якщо визнати те, що функціональна характеристика права належить до сутнісних, фундаментальних, таких, що виражають його природу, то і в орбіту (предметну сферу) дослідження втягується не тільки позитивне (в широкому смислі цього слова) право, тобто право, яке дійсно реалізується в соціальній реальності, а й природне право.

У силу цього значення функціонального підходу у дослідженні феномена права полягає у тому, що він допомагає, по-перше, глибше засвоїти поняття права, побачити його генезис, історичне призначення та роль у житті суспільства; по-друге, дає можливість науково окреслити сутність та зміст права, його форми у конкретних історичних умовах; по-третє, слугує цілям вдосконалення правової системи суспільства. Функціональний підхід до права дає змогу більш глибоко вивчити тривалий історичний процес виникнення, розвитку, зміни, занепаду, появи правових систем різних типів, видів, форм у різних народів, тобто процес формування й еволюції права. Іншими словами, тільки взяті у сукупності статичні та динамічні характерис-

тики права допомагають глибше пізнати його природу в цілому, зрозуміти системні якості, розглянути зовнішні форми прояву тощо.

Теоретичному аналізу функцій муніципального права має передувати аналіз функцій права та його джерел у цілому. Такий акцент не є випадковим, враховуючи, що у теорії права найбільш змістовний аналіз отримали функції саме нормативно-правових актів, хоча дослідники доволі фрагментарно зверталися до загального аналізу призначення, соціальної цінності окремих видів джерел права. Так, Н. М. Пархоменко вважає, що функції джерел права – це такі напрями їх впливу на суспільні відносини, потреба у здійсненні яких породжує необхідність існування джерел права. Цільове спрямування, призначення і завдання джерел права, вказує вона, це складові поняття «функції джерел права», є виявом їх сутності. Теоретичне відокремлення зазначених понять і класифікація функцій джерел права обумовлені методологічним, теоретичним і практичним значенням кожного з них щодо правореалізаційної практики, зокрема застосування їх у регульованих суспільних відносинах⁸.

Слід зазначити, що велика група вчених-теоретиків права під функціями права розуміють обумовлені соціальним призначенням права напрями правового впливу на об'єктивну реальність, в яких виражаються його сутність, призначення та в цілому роль у громадському житті⁹. Так, Н. М. Оніщенко і О. М. Лощихін виходять з розуміння функцій права як соціального призначення права, або напрямів його впливу на суспільні відносини, або першого та другого одночасно¹⁰.

Такого роду дефінітивні конструкції, у яких здебільшого акцент зміщено на телеологічних (рольових, цільових) та аксіологічних (ціннісних) аспектах, дають нам змогу у подальшому розглядати проблеми функцій муніципального права у контексті його спрямованості на регулювання муніципально-правових відносин, які виникають у процесі визнання, становлення, організації та здійснення муніципальної влади, а також реалізації й захисту муніципальних прав особи та виражають публічні і приватні, соціально-економічні та політичні цінності муніципальної демократії та прав людини¹¹. Як зазначає М. С. Бондар, такі відносини являють собою свого роду інтегральне поле, що забезпечує єдність публічних та приватних інтересів на правовому рівні. Адже для реального здійснення місцевого самоврядування однаково важливе значення має реалізація інтересів муніципальної влади як публічної влади територіальної громади, а також захист кожної окремої особи, забезпечення її автономії та недоторканності, честі й гідності тощо саме як члена місцевої співдружності, як своєрідного асоційованого учасника місцевої самоврядної влади. Тим саме на даному рівні якраз і отримують індивідуалізацію публічні за своєю природою владовідносини, що передбачає їх трансформацію у муніципально-правові відносини, тоді як останні якраз і виступають своєрідним правовим інтегралом свободи особистості, прав людини, економічної та політичної влади населення. А саме муніципальне право, яке забезпечує регулювання цих відносин, набуває статусу прикордонної галузі між публічним та приватним правом¹².

Такий підхід є свідченням поступового відходу від стереотипного та в цілому спрощеного визначення предмета муніципального права як сукупності відносин суто публічного характеру. Такого роду концептуальне налаштування має колосальне значення у контексті розуміння сутнісних, структурних та функціональних характеристик муніципального права та, у силу цього, предметного навантаження та спрямованості норм муніципального права на регулювання суспільних відносин, які виникають у різних сферах місцевого життя.

Втім, у юридичній науці існують й інші думки щодо функцій права. Зокрема, на думку сучасного вітчизняного теоретика права І. М. Ситаря, функція права – це встановлення на основі культурного відображення правового поля у поле соціальних потреб таких правовідносин, які забезпечили б виконання обов'язків суб'єкта права для підтримання нормальної життєдіяльності людини¹³. У даному аспекті доволі цінною у процесі дослідження функцій муніципального права є позиція цього автора щодо спрямованості дії права на підтримання нормальної життєдіяльності людини, що, у контексті тематики нашого дослідження, може бути інтерпретовано як нормативне забезпечення реалізації прав людини і громадянина у сфері місцевого самоврядування, вирішення питань місцевого значення в економічній, соціальній, культурній (духовній) та інших сферах муніципального життя й діяльності територіальних громад тощо.

Також у юридичній науці тривалий час дискутувалася проблема щодо схожості сутності та змісту функцій права і функцій держави. Так, на думку А. М. Васильєва, функції права – це основні напрями державного регулювання суспільних відносин. Виходячи з методологічної позиції, згідно з якою право є одним із головних засобів здійснення політики і, природно, державної влади та її функцій, А. М. Васильєв вважав, що функції права, які характеризуються з точки зору соціально-політичного змісту, відповідають функціям держави, оскільки правом регулюються найважливіші відносини в економічному, політичному і духовному житті держави¹⁴.

У 50–70-і роки минулого століття у радянській юридичній науці взагалі було розроблено методологію самостійного напрямку теоретико-правової науки – теорії функцій держави¹⁵. Однак проблематика функціонування держави та суспільства, незважаючи на її ґрунтовну розробленість більше чверті століття тому, досі зберігає статус однієї з центральних¹⁶. При цьому процес її становлення, який триває й у даний час, досить суперечливий та неоднозначний. Зокрема, у вітчизняній юридичній науці як радянського періоду, так і на сучасному етапі, відсутні загально визначення поняття функцій держави, єдність у поглядах на їх ознаки та види. Це у принципі природно, оскільки поняття функцій держави значною мірою похідне від поняття держави – явища, що постійно розвивається, сутність та ознаки якого також складно зафіксувати у

загальноприйнятій дефініції. У цьому контексті абсолютно закономірною є відсутність однозначного визначення поняття функцій права, враховуючи відмінності у визначенні поняття «право» та проблеми сучасного праворозуміння¹⁷.

Вчення про функції радянського права було вдосконалене і одержало завершений вигляд у працях відомого радянського теоретика права С. С. Алексеева. Зокрема, він звертав увагу на активну роль права у суспільному житті як соціально-класового регулятора і вважав, що ця активна роль права найбільш повно виражається в його функціях, під якими вчений розумів напрями правового впливу, що виражають роль права в організації (упорядкуванні) суспільних відносин¹⁸. Це положення про функції права тривалий час було базовим не лише для радянської теорії права, а й для галузевої юридичної науки.

Попри наявність значної кількості наукових праць щодо дослідження функцій окремих галузей права в цілому або їх окремих видів, було б перебільшенням стверджувати, що радянська галузева юридична наука розвинула та вдосконалила положення загальної теорії права. Функції окремих галузей радянського права зводилися до ідеологічного регулятора суспільно-економічних відносин. Так, наприклад, А. Я. Риженков визначав функції радянського цивільного права як обумовлений товарно-грошовою формою та завданнями, які стоять перед загальнонародною державою, вплив цивільно-правових норм на майнові відносини, на особисті немайнові відносини у певних, різних за сферою напрямках в цілях все більш повного задоволення матеріальних та культурних потреб радянських громадян¹⁹. В. І. Шкатулла під функціями трудового права розумів основні напрями правового впливу норм трудового права на суспільні відносини, поведінку, свідомість людей, в яких відображено волю радянського народу, керованого Комуністичною партією²⁰.

У сучасних загальнотеоретичних та галузевих дослідженнях відповідні ідеологічні нашарування та стереотипи було знято. Втім, питання щодо функцій права досі залишається доволі дискусійним, а подекуди й заплутаним²¹. Однак накопичені на сьогоднішній день досягнення загальної теорії права та окремих галузевих юридичних наук про функції права так чи інакше мають бути відображені та враховані й у вітчизняній науці муніципального права.

Узагальнюючи доктринальні підходи у теорії права і держави, а також в окремих галузевих юридичних науках, у тому числі й науці муніципального права, можна зробити висновок, що функціям муніципального права як галузі права притаманні юридичні ознаки, що розкривають сутність і зміст цієї категорії. Зокрема, вони:

- виражають сутність і зміст цієї галузі права, її призначення у суспільстві та державі, а також місце у правовій системі;

- є активним способом дії права, що виражається в утворенні, зміні та припиненні правовідносин, що є предметом муніципально-правового регулювання;

- маючи об'єктивний характер є, з одного боку, формою цілеспрямованої вольової поведінки або діяльності суб'єктів муніципального права, а з іншого – системою юридичних станів, що породжують муніципальні права і обов'язки учасників цих відносин;

- є напрямками та видами дії муніципального права щодо цілеспрямованого впливу на суспільні відносини;

- безпосередньо пов'язані із системою муніципального права як галузі права, її нормами та інститутами, утворюючи стійкі системно-функціональні, структурні та генетичні зв'язки, що характеризують статичні й динамічні, матеріальні та процесуальні властивості муніципального права;

- перебувають у стійкому синергетичному зв'язку із джерелами муніципального права як галузі права, що є зовнішньою формою об'єктивізації стратегічних магістральних напрямів і видів його впливу на суспільні відносини;

- безпосередньо впливають на муніципально-правові відносини та їх властивості, суб'єктно-об'єктний склад, життєві обставини (муніципальні юридичні факти), які породжують, змінюють і припиняють муніципально-правові відносини, а також визначають їх змістовне наповнення;

- знаходяться в органічному зв'язку із функціями муніципального права як юридичної науки та навчальної дисципліни, об'єктивно впливаючи на стан здійснення наукових досліджень і форми навчання, спрямованих на розв'язання поставлених перед муніципально-правовою наукою та освітою завдань;

- взаємопов'язані із основними функціями держави.

Спираючись на об'єктивні характеристики, функції муніципального права як галузі права доцільно визначати як основні напрями та види впливу муніципального права на суспільні відносини, які виникають у процесі визнання, становлення, організації та здійснення муніципальної влади, а також реалізації та захисту муніципальних прав особи.

¹ *Галіахметов І. А.* Парадигма муніципального права України / І. А. Галіахметов // Вісник Маріупольського державного університету. – 2013. – Вип. 6. – С. 163–170. – (Серія «Право»); *Галіахметов І. А.* Акультурація муніципального права України / І. А. Галіахметов // Вісник Маріупольського державного університету. – 2014. – Вип. 7. – С. 165–175. – (Серія «Право»); *Дутка М. Т.* Поняття та сутність норм муніципального права в Україні / М. Т. Дутка, О. К. Волох // Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ. – 2010. – № 5. – С. 50–57; *Дутка М. Т.* Проблема класифікації правових норм у муніципальному праві / М. Т. Дутка // Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ. – 2011. – № 1. – С. 122–130; *Дутка М. Т.* Правові норми в муніципальному праві України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.02 «Конституційне право ; муніципальне право» / М. Т. Дутка. – К., 2012. – 20 с.; *Квач С. С.* Міжнародно-правова складова муніципального

права України: постановка проблеми / С. С. Квач // Вісник Маріупольського державного університету. – 2011. – Вип. 1. – С. 128–135. – (Серія «Право»); Квач С. С. Міжнародний договір як джерело муніципального права: проблеми теорії та практики : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.02 «Конституційне право ; муніципальне право» / С. С. Квач. – Маріуполь, 2013. – 16 с.; Лялюк Ю. Муніципальне право України як галузь права / Ю. Лялюк // Проблеми законності : Акад. зб. наук. праць. – 2010. – Вип. 110. – С. 37–46; Швець Г. Імплементация стандартів, принципів європейського муніципального права у правовій системі України / Г. Швець // Юридичний вісник. – 2014. – № 1. – С. 256–262 та ін.

² Абрамов А. И. Теоретические и практические проблемы реализации функций права : моногр. / А. И. Абрамов ; под общ. ред. В. М. Ведяхина. – Самара : ООО «Офорт», 2008. – 318 с.; Вопленко Н. Н. Сущность, принципы и функции права : учебн. пособ. / Н. Н. Вопленко. – Волгоград : Изд-во Волгогр. ун-та, 1998. – 56 с.; Карнер И. Социальные функции права / И. Карнер ; [под ред. Я. А. Берман ; пер. Л. В. Геркан]. – М., Петроград : Госиздат, 1923. – 133 с.; Палазян А. С. Функциональная характеристика права : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теория и история права и государства; история учений о праве и государстве» / А. С. Палазян. – М., 2009. – 47 с.; Палазян А. С. Функциональная характеристика права : вопросы методологии : моногр. / А. С. Палазян, В. П. Малахов. – М. : Московский университет МВД России, 2009. – 232 с.; Радько Т. Н. Методологические вопросы познания функций права / Т. Н. Радько. – Волгоград : НИИРИО ВСШ МВД СССР, 1974. – 151 с.; Ситар І. М. Онтологічні функції права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. :12.00.12 «Філософія права» / І. М. Ситар. – Л., 2008. – 16 с.; Торопов А. А. Восстановительная функция права : Вопросы теории и практики : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теория права и государства; история права и государства; история политических и правовых учений» / А. А. Торопов. – Нижний Новгород, 1998. – 25 с. та ін.

³ Скакун О. Ф. Теория государства и права : учеб. / О. Ф. Скакун. – Х. : Консум; Ун-т внутр. дел, 2000. – С. 297; Хропанюк В. Н. Теория государства и права : учеб. / В. Н. Хропанюк. – М. : Интерстиль, 2001. – С. 197 та ін.

⁴ Рабінович П. М. Норма права / П. М. Рабінович // Великий енциклопедичний юридичний словник ; за ред. акад. НАН України Ю. С. Шемшученка. – К. : ТОВ «Видавництво «Юридична думка», 2007. – С. 533.

⁵ Палазян А. С. Функциональность права в контексте различных типов правовопонимания: история и современность : моногр. / А. С. Палазян. – Краснодар : Краснодарский университет МВД России, 2009. – 100 с.

⁶ Абрамов А. И. Проблемы реализации регулятивной функции права : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теория и история права и государства; история правовых учений» / А. И. Абрамов. – Нижний Новгород, 2005. – 26 с.; Барнашова Л. П. Воспитательная функция права развитого социализма : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теория и история государства и права; история политических и правовых учений» / Л. П. Барнашова. – М., 1982. – 19 с.; Бутузов С. В. Информационная функция права : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теория и история права и государства; история правовых учений» / С. В. Бутузов. – СПб., 2004. – 24 с.; Ситар І. М. Онтологічні функції права : автореф. ... канд. юрид. наук : спец. :12.00.12 «Філософія права» / І. М. Ситар. – Л., 2008. – 16 с.; Торопов А. А. Восстановительная функция права : Вопросы теории и практики : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теория права и государства; история права и государства; история политических и правовых учений» / А. А. Торопов. – Нижний Новгород, 1998. – 25 с.; Цикаришвили О. Г. Охранная функция российского права : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теория и история права и государства; история учений о праве и государстве» / О. Г. Цикаришвили. – Саратов, 2008. – 26 с. та ін.

⁷ Палазян А. С. Функциональная характеристика права : автореф. дисс. ... д-ра юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теория и история права и государства; история учений о праве и государстве» / А. С. Палазян. – М., 2009. – С. 7–8.

⁸ Пархоменко Н. М. Джерела права : теоретико-методологічні засади : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень» / Н. М. Пархоменко. – К., 2009. – С. 14–15.

⁹ Абрамов А. И. Проблемы реализации регулятивной функции права / А. И. Абрамов. – М. : Nota Bene, 2005. – С. 29; Алексеев С. С. Проблемы теории права : Основные вопросы общей теории социалистического права. Курс лекций : в 2 т. / С. С. Алексеев ; [науч. ред. : Р. К. Русинов ; отв. за вып. В. М. Семенов]. – Свердловск : Изд-во Свердл. юрид. ин-та, 1972–1973. – Т. 1. – Свердловск : Изд-во Свердл. юрид. ин-та, 1972. – С. 91; Вопленко Н. Н. Сущность, принципы и функции права : учебн. пособ. / Н. Н. Вопленко. – Волгоград : Изд-во Волгогр. ун-та, 1998. – С. 45 та ін.

¹⁰ Оніщенко Н. М. Функції права: значення, сутність, система / Н. М. Оніщенко, О. М. Лощикін // Часопис Київського університету права. – 2004. – № 2. – С. 9.

¹¹ Батанов О. В. Муніципальне право України : підруч. / О. В. Батанов ; [відпов. ред. М. О. Баймуратов]. – Х. : Одиссей, 2008. – С. 11.

¹² Муниципальное право Российской Федерации : учебн. для вузов / под. ред. Н. С. Бондаря. – 3-е изд., перераб. и доп. – М. : Издательство Юрайт, 2013. – С. 41.

¹³ Ситар І. М. Онтологічні функції права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. : 12.00.12 «Філософія права» / І. М. Ситар. – Л., 2008. – С. 12–13.

¹⁴ Теория государства и права : учебн. / [коллектив авторов ; под ред. А. М. Васильева]. – М. : Юрид. лит., 1977. – С. 88.

¹⁵ Аулинг Р. Ю. Основные функции социалистического государства (по материалам Эстонской Советской Социалистической Республики) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теория и история права и государства; история правовых учений» / Р. Ю. Аулинг. – Л., 1953. – 21 с.; Байтин М. И. Сущность и основные функции социалистического государства / М. И. Байтин. – Саратов : Изд-во Сарат. ун-та, 1979. – 301 с.; Глебов А. П. Понятие и структура функций социалистического государства. Пособие по спецкурсу «Проблемы социалистического государства и права» / А. П. Глебов ; отв. ред. Галаган И. А. – Воронеж, 1974. – 37 с.; Денисов А. И. Советское государство. Возникновение, развитие, сущность и функции / А. И. Денисов. – М. : Изд-во Моск. ун-та, 1967. – 424 с.; Кирилов Н. Н. Функции советского государства : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Н. Н. Кирилов. – М., 1950. – 11 с.; Коженевский В. Б. Функции советского общенародного социалистического государства : учеб. пособ. / В. Б. Коженевский ; отв. ред. В. И. Нижечек. – Иркутск : Изд-во Иркут. ун-та, 1974. – 54 с.; Погорелко В. Ф. Осуществление местными Советами народных депутатов функций Советского общенародного государства : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : спец. 12.00.02 «Государственное право и управление ; советское строительство ; административное право; финансовое право» / В. Ф. Погорелко. – М., 1988. – 35 с.; Черноголовкин Н. В. Вопросы теории функций социалистического государства : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : спец. 710 «Теория государства и права» / Н. В. Черноголовкин ; Московский государственный университет им. М. В. Ломоносова. Юридический факультет. – М., 1971. – 34 с. та ін.

¹⁶ Бабаев С. В. Теория функций современного российского государства : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 «Теория и история права и государства; история правовых учений» / С. В. Бабаев. – Нижний Новгород, 2001. – 25 с.;

Волинець В. В. Функції сучасної держави: теоретико-правові проблеми : моногр. / В. В. Волинець. – К. : Логос, 2012. – 509 с.; Джурасва О. О. Функції сучасної держави : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія політичних і правових вчень» / О. О. Джурасва. – Одеса, 2006. – 20 с.; Лоцихін О. М. Функції сучасної держави: нарис юридичної теорії : моногр. / О. М. Лоцихін. – К. : Логос, 2013. – 227 с.; Мотиль І. І. Основні внутрішні функції Української держави : моногр. / І. І. Мотиль ; Київський національний ун-т внутрішніх справ. – К. : ТОВ «ВБ «Аванпост-Прим», 2008. – 184 с. та ін.

¹⁷ Лук'янова Г. Ю. Комплементаризм праворозуміння: актуальні наукознавчі аспекти : моногр. / Г. Ю. Лук'янова. – Л. : ПП Сорока Т. Б., 2014. – 214 с.; Національні тенденції та міжнародний досвід сучасного праворозуміння : моногр. / [Ю. С. Шемшученко та ін.] ; за заг. ред. Н. М. Оніщенко. – К. : Юридична думка, 2013. – 478 с.; Палазян А. С. Функциональность права в контексте различных типов правопонимания: история и современность : моногр. / А. С. Палазян. – Краснодар : Краснодарский университет МВД России, 2009. – 100 с.; Плавич В. П. Проблемы сучасного праворозуміння. Теоретико-методологічний та філософсько-правовий аналіз : моногр. / В. П. Плавич. – Одеса : Астропринт, 2011. – 228, [4] с. та ін.

¹⁸ Алексеев С. С. Общая теория права : Курс в двух томах. – М. : Юрид. лит., 1981–1982. – Т. 1. – С. 187, 191.

¹⁹ Рыженков А. Я. Компенсационная функция советского гражданского права : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Гражданское право; семейное право; гражданский процесс; международное частное право» / А. Я. Рыженков. – Саратов, 1981. – С. 4–5.

²⁰ Шкатулла В. И. Функции советского трудового права : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : спец. № 12.00.05 «Трудовое право; право социального обеспечения» / В. И. Шкатулла. – М., 1980. – С. 6.

²¹ Щербина В. І. Функції трудового права : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : спец. 12.00.05 «Трудове право; право соціального забезпечення» / В. І. Щербина. – Х., 2009. – 32 с.

Резюме

Батанов О. В. Проблеми теорії функцій муніципального права.

У статті розглядаються проблеми теорії функцій сучасного муніципального права. Аналізуються характерні ознаки функцій муніципального права. Формулюється визначення поняття функцій сучасного муніципального права як основних напрямів та видів впливу муніципального права на суспільні відносини, які виникають у процесі визнання, становлення, організації та здійснення муніципальної влади, а також реалізації й захисту муніципальних прав особи.

Ключові слова: муніципальне право, функції муніципального права, джерела муніципального права, система муніципального права, інститути муніципального права, норми муніципального права.

Резюме

Батанов А. В. Проблемы теории функций муниципального права.

В статье рассматриваются проблемы теории функций современного муниципального права. Анализируются характерные признаки функций муниципального права. Формулируется определение понятия функций современного муниципального права как основных направлений и видов влияния муниципального права на общественные отношения, которые возникают в процессе признания, становления, организации и осуществления муниципальной власти, а также реализации и защиты муниципальных прав личности.

Ключевые слова: муниципальное право, функции муниципального права, источники муниципального права, система муниципального права, институты муниципального права, нормы муниципального права.

Summary

Batanov O. The problems of theory of the functions of a Municipal Law.

In article problems of the theory of functions of a modern Municipal Law are considered. Characteristic signs of functions of a Municipal Law are analyzed. Definition of concept of functions of a modern Municipal Law as main directions and types of influence of a Municipal Law on social relations that arise in the process of recognition, formation, organization and implementation of municipal authorities, as well as the realization and protection of rights of the individual municipalities.

Key words: Municipal Law, functions of a Municipal Law, sources of a Municipal Law, system of a Municipal Law, institutes of a Municipal Law, norms of a Municipal Law.

Х. В. ПРИХОДЬКО

Христина Вікторіна Приходько, доктор юридичних наук, доцент, головний консультант Інституту законодавства Верховної Ради України

ДЕЦЕНТРАЛІЗАЦІЯ ПУБЛІЧНОЇ ВЛАДИ ТА МІСЦЕВЕ САМОВРЯДУВАННЯ: КОНЦЕПТУАЛЬНО-ПРАВОВІ ПИТАННЯ

Питання децентралізації є комплексним і багатоаспектним, надзвичайно складним, з праксеологічної точки зору. З позиції публічно-правових наук, особливу увагу привертають її аксіологічні, ніж суто прагматичні (технологічні) сторони. Оскільки децентралізація є одним з пріоритетних принципів організації та функціонування публічної влади. Крім цього, виступає стратегічно визначеним вектором сучасної державної політики; є однією зі складових майже усіх галузевих реформ. Питання децентралізації привертають увагу дослідників абсолютно різних наукових галузей. Однак, ні в теорії, ні на практиці не склалося єдиної уніфікованої (універсальної) концепції децентралізації та окремих її складових, типів, моделей. Як зазначають зарубіжні експерти з цієї проблематики, вибір форми та акцентів децентралізації є питанням визначення національної стратегії відносин організації публічної влади та управління на усіх рівнях територіального устрою¹. У сучасних умовах децентралізація виступає одним із факторів політичної безпеки, що сьогодні набуває більшої гостроти та дискусійності. У будь-якому разі, очевидними є пріоритетність і стратегічна значущість принципу децентралізації в державній політиці – як у міжнародному, так і внутрідержавному вимірах. Свідченням цього виступають положення ключових документів інституційного-правового забезпечення сучасної державної політики України, насамперед, Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським Співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони², Стратегії сталого розвитку «Україна – 2020»³, Коаліційної угоди⁴, Позачергового послання Президента України до Верховної Ради України «Про внутрішнє та зовнішнє становище України»⁵, Програми Кабінету Міністрів України⁶. Наведеними документами задекларований намір держави та прагнення суспільства модернізувати систему публічного управління та привести усі її складові у відповідність з міжнародно-правовими стандартами. І оскільки мета цієї праці – висвітлити проблемні питання формування правової основи децентралізації публічної влади та подальшої імплементації принципу та утвердження сталої моделі місцевого самоврядування, далі акцентуємо увагу саме на цьому зрізі децентралізації.

Концептом реформаторських змін у зазначеному аспекті виступають міжнародно-правові стандарти місцевого самоврядування, насамперед, ратифіковані Верховною Радою України Європейська хартія місцевого самоврядування 1985 р., Додатковий Протокол до Європейської хартії місцевого самоврядування про право участі у справах органу місцевого самоврядування 2009 р. Україні знадобилось чимало часу для визначення власної моделі децентралізації публічної влади та організації ефективного місцевого самоврядування. Стан концептуального та правового забезпечення цих складових залишається фрагментарно визначеним на законодавчому рівні й сьогодні. Такий інфантильний підхід публічного менеджменту до цього питання пояснюється і надзвичайною пасивністю самих громадян. Як наслідок, в країні триває постійний процес реформ, соціальна сутність і значущість яких вже втратила потенційний ефект хоча б від того, що цей процес виявився занадто тривалим і безрезультативним. Про що свідчать як існуючі публічні конфлікти, компетенційні спори, так і законодавчі ініціативи щодо автономності адміністративно-територіальних одиниць регіонального рівня та незадовільного стану реалізації права місцевого самоврядування.

Ці чинники є черговою рушійною силою екологічних, інформаційних, політичних, економічних, соціальних, культурних і інших перетворень, які назріли в суспільстві, з одночасним базовим правовим супроводом цього процесу – стратегічним, концептуальним, програмним, процесуально-правовим забезпеченням на усіх рівнях нормотворчості. Назрілою та вкрай необхідною є підвищена політична активність первинних суб'єктів влади – громадян і громад. Однак, сьогодні не можна сподіватись і на ефективність таких радикальних реформаторських форм як, наприклад, лібертарний муніципалізм, суть якого полягає у високому рівні ініціативності та автономності муніципальних утворень, які виступають альтернативою державності⁷. Однак, якщо концептуально і реально Україна визнає стратегію децентралізації публічної влади, однією з важливих умов її реалізації є взаємна відповідальність як репрезентативної влади на місцях і державної влади, так і територіальних громад. У цих умовах набуває особливої ролі інститут громадського контролю, процедури якого, хоча й недосконало, але ж передбачені на конституційному та законодавчому рівні.

Відзначимо й те, що в ході імплементації на національному рівні деякі базові поняття і принципи децентралізації публічної влади не знаходять уніфікованого сприйняття при подальшій реалізації в сучасній конституційно-проектувальній діяльності. Зокрема, дещо спотворена законодавча інтерпретація принципу субсидіарності в місцевому самоврядуванні не сприяє ефективності застосування його як базового принци-

пу, соціально значущого правового інструменту та дієвого політико-правового ресурсу реалізації динамічної сторони компетенційних відносин самоврядування (самоврядної влади).

Аналізуючи сучасні доктринальні підходи в пошуках процедурно-процесуального оптимуму реалізації принципу субсидіарності, в тому числі на рівні муніципальної влади, доводиться констатувати невикористання потенційного ресурсу так званої політичної субсидіарності, котра її сучасними дослідниками тлумачиться як інтерактивний перерозподіл повноважень та відповідальності в складних політичних системах між федеральними, регіональними, місцевими рівнями влади на основі відповідності компетенції влади масштабам завдань, їх взаємодії, взаємодоповнення, координації, солідарності та максимальної довіри до громадянського суспільства в стані його формування з метою оптимального балансу інтересів громадян і загальнонаціональних інтересів⁸.

Виходячи зі змісту проекту Концепції принцип субсидіарності знову ж таки передбачає модель відносин «згори – донизу», тобто перерозподіл і делегування повноважень, замість «знизу – вгору» – конституційної констатації-легітимації компетенції відповідно природній концепції суб'єктивних прав. У зв'язку з цим розвиваються пріоритети створення нової парадигми територіального устрою України, де громада виступає базовим і первинним у соціально-економічному сенсі рівнем. Навпаки, в проекті фігурує звична триада: регіон → район → громада.

Вважаємо, що модернізована конституційна матерія, її духовна і текстуальна складові повинні стати поштовхом для подальших кроків реформування і територіальної основи усіх рівнів влади в цілому і місцевого самоврядування зокрема. У зв'язку з цим, першочерговим завданням модернізації місцевого самоврядування на конституційному, законодавчому та статутному рівнях України є виведення на арену публічних відносин в оновленій ролі таких суб'єктів як місто, село і селище. Вкрай важливим є оновлення парадигми усіх спектрів відносин, як зовнішніх, так і внутрішніх, суб'єктами яких виступають відповідні територіальні громади і територіально-адміністративні одиниці.

Ключовим вектором наведених інституційно-правових перетворень у механізмах муніципальної влади, є принцип децентралізації влади, який покладений в аксіологічно-правову основу новітньої конституційно-проектувальної діяльності. Зокрема, в Проекті змін до Конституції України, внесеному на розгляд Верховної Ради України Президентом України П. О. Порошенком (реєстр. № 4178а від 26.06.2014 р.)⁹ (далі – Проект змін до Конституції), як відзначається в Пояснювальній записці, переважна більшість запропонованих змін стосуються саме децентралізації публічної влади в Україні та посилення конституційно-правового статусу місцевого самоврядування. Законопроектом запропоновано докорінно змінити засади організації та функціонування органів місцевого самоврядування шляхом закріплення його розуміння як права і спроможності жителів громад у межах Конституції і законів України самостійно вирішувати питання місцевого значення в інтересах місцевого населення як безпосередньо, так і через органи місцевого самоврядування.

Однак, у той же час, метою законопроекту в частині місцевого самоврядування відзначається реформування конституційно-правового статусу органів місцевого самоврядування, а не статусу первинних суб'єктів системи місцевого самоврядування – територіальних громад. Закладений в Проекті змін до Конституції принцип паритетності безпосередніх і представницьких форм реалізації права місцевого самоврядування, про що свідчить логіка його змісту, потребує адекватної подальшої інституціоналізації конституційно-правового статусу територіальної громади як спроможного та дієздатного суб'єкта місцевого самоврядування.

Органічним продовженням пропонованого Проекту змін до Конституції є Концепція реформування місцевого самоврядування та територіальної організації влади в Україні від 1 квітня 2014 р.¹⁰ (далі – Концепція місцевого самоврядування), метою якої задекларовано визначення напрямів, механізмів і строків формування ефективного місцевого самоврядування та територіальної організації влади для створення і підтримки повноцінного життєвого середовища для громадян, надання високоякісних та доступних публічних послуг, становлення інститутів прямого народовладдя, задоволення інтересів громадян в усіх сферах життєдіяльності на відповідній території, узгодження інтересів держави та територіальних громад.

Вивчення змісту наведених документів черговий раз свідчить про те, що декларуючи на державному рівні курс децентралізації важливим фактором досягнення цієї мети є чітко визначений вибір типу децентралізації. Щодо цього цілком слушними є зауваження М. Корнієнка, який зазначає, що держава, якщо вона демократична, не може обійтися без децентралізації своєї виконавчої влади. Вчений наводить основні форми децентралізації, відомих світовій практиці урядування та самоврядування – адміністративну та демократичну. Децентралізація демократична передбачає перенесення (деволюцію) частини державної виконавчої влади на рівень населення відповідних адміністративно-територіальних одиниць (територіальних громад, общин, комун, муніципалітетів, територіальних колективів) і тих органів, які воно обирає (органів місцевого самоврядування). Децентралізація адміністративна передбачає створення на місцях спеціальних урядових органів (місцевих державних адміністрацій, префектур, урядових комісаріатів тощо), які становлять так звану урядову або виконавчу вертикаль. Особливої уваги заслуговує позиція вченого щодо критеріїв вибору державою того чи іншого типу децентралізації та, по-суті, прогнозування соціальних (в широкому сенсі) наслідків такого вибору¹¹. Крім цього, надзвичайну небезпеку становить проблема підміни понять, коли, говорючи про децентралізацію, чітко не визначається її тип і тоді на прикладному (нормопроектному) рівні децентралізація набуває псевдо- або квазі- характеристик. В умовах подальшої інституціоналізації місцевого самоврядування, його територіальної, адміністративної та інших складових це питання виступає одним з ключових.

Виходячи з наведених положень, важливою є не просто констатація обраного Україною курсу «радикальної децентралізації влади»¹² як однієї з умов модернізації та оптимізації територіальної та адміністративної основ надання публічних послуг населенню, а й конкретизація виду/типу/моделі децентралізації на конституційному та законодавчому рівнях. У зв'язку з цим цілком слушними є зауваження зарубіжних дослідників щодо широкої класифікації децентралізації (яка за своєю сутністю, змістом і формами не зводиться до реформи місцевого самоврядування – Авт.), критеріями якої виступають, насамперед, вибір і політичний курс держави; форма держави; рівень політико-правової культури громадян; рівень відповідальності публічного менеджменту; готовність суспільства до постійної взаємодії з владою тощо¹³.

Враховуючи підписану політичну (21 березня 2014 р.) та економічну частини (27 червня 2014 р.) Угоди про асоціацію між Україною та Європейським Союзом, а в подальшому ратифіковану 16 вересня 2014 р.¹⁴ ми маємо особливе значення приділяти європейському розумінню та брати до уваги вже протестовані європейськими унітарними системами механізми децентралізації. У зв'язку з цим варто приділити увагу інтерпретації децентралізації західними фахівцями, які в її сутність і зміст вкладають два основних аспекти. По-перше, децентралізація передбачає розмежування відповідальності між центральним, регіональним і муніципальним управлінням. По-друге, децентралізація є внеском у ключові елементи ефективного управління, а також у розширення можливостей участі людей в економічних, соціальних і політичних рішеннях¹⁵. Такий підхід, на наш погляд, принципово відрізняється від наведеного у вітчизняних джерелах. Так, в одній з праць під «децентралізацією» розуміється процес розширення і зміцнення прав та повноважень адміністративно-територіальних одиниць або нижчих органів і організацій при одночасному звуженні прав і повноважень відповідного центру з метою оптимізації та підвищення ефективності управління суспільно важливими справами, найповнішої реалізації регіональних і місцевих інтересів¹⁶. У деяких джерелах «децентралізація», по суті, зводиться до муніципальної реформи і визначається як система управління за якої частина функцій центральної влади переходить органам місцевого самоврядування¹⁷. А в інших, – висловлюються діаметрально протилежна точка зору щодо інтерпретації сутності «децентралізації влади» як однієї з форм субсидіарності. За цією схемою верхні ланки отримують від нижніх обмежене коло функцій і діють, фактично, на одному з ними рівні¹⁸.

Таким чином, для подальшої реалізації антропологічної та праксеологічної сторін децентралізації, які вочевидь домінують в більшості наведених підходів, ми маємо першочергово законодавчо визначити принципи та рівні територіального управління (територіального устрою) та регламентувати механізми дії та взаємодії складових адміністративної системи (адміністративного устрою) з метою, насамперед, відтворення та покращення мережі публічних послуг населенню.

Власне, першочерговість цих завдань визначається Концепцією місцевого самоврядування. Однак, питання полягає в балансі залучення громадських і адміністративних, місцевих і державних ресурсів у механізмах реалізації цієї концепції.

Концепція про місцеве самоврядування містить конкретизуючі положення щодо принципу субсидіарності, що полягає в передачі повноважень державою органам місцевого самоврядування, що діють на тому рівні адміністративно-територіального устрою, на якому можливо і доцільно їх здійснювати з огляду на кадровий, фінансовий, інфраструктурний потенціал та ресурси, необхідні для реалізації повноважень на такому рівні.

Підсумовуючи, відзначимо, що визнання необхідності підвищення політичної та правової активності інститутів громадянського суспільства, зокрема територіальних громад, сприяння з боку, насамперед, державної влади їх залученню та безпосередньої участі в процесі вирішення питань місцевого, а як наслідок, і регіонального значення, диктується часом і світовим досвідом, політичною зрілістю українського суспільства та міжнародними зобов'язаннями України.

¹ What is decentralization / J. Litvack [Електронний ресурс] // CIESIN – A Center of the Earth Institute at Columbia University. – Режим доступу : http://www.ciesin.org/decentralization/English/General/Different_forms.html

² Угода про асоціацію між Україною, з однією сторони, та Європейським Союзом, Європейським Співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони [Електронний ресурс] // Урядовий портал. – Режим доступу : http://www.kmu.gov.ua/kmu/control/uk/publish/article?art_id=246581344

³ Стратегія сталого розвитку «Україна – 2020» : Указ Президента України від 12 січня 2015 року № 5/2015 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.president.gov.ua/documents/18688.html>

⁴ Коаліційна угода [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://samopomich.ua/wp-content/uploads/2014/11/Koaliciyna_uhoda_parafovana_20.11.pdf

⁵ Позачергове послання Президента України до Верховної Ради України «Про внутрішнє та зовнішнє становище України» [Електронний ресурс] // Офіційне інтернет-представництво. – Режим доступу : <http://www.president.gov.ua/news/31656.html>

⁶ Програма Кабінету Міністрів України Постанова : Постанова Верховної Ради України від 11.12.2014 № 26-VIII [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/26-19>

⁷ Див. про це, напр.: Murray Bookchin. Libertarian Municipalism: An Overview [Електронний ресурс] // Institute for Social Ecology. – Режим доступу : <http://www.social-ecology.org/about/about-the-ise/>

⁸ Ароян А. С. Субсидіарність як концептуальна основа ефективного взаємодіяння держави, місцевого самоуправління і громадянського общества / А. С. Ароян : Автореф. ... канд. політ. наук. – Ростов-на-Дону, 2010. – 21 с.

⁹ Про внесення змін до Конституції України (щодо повноважень органів державної влади та місцевого самоврядування) : Проект Закону. Реєстр. № 4178а від 26.06.2014 р. [Електронний ресурс] // Офіційний веб-портал Верховної Ради України. – Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=51513

¹⁰ Концепція реформування місцевого самоврядування та територіальної організації влади в Україні : Схвалена розпорядженням Кабінету Міністрів України від 1 квітня 2014 р. № 333-р [Електронний ресурс] // Офіційний веб-портал Верховної Ради України. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/333-2014-%D1%80>

¹¹ Корнієнко М. І. Конституційно-правові основи місцевого самоврядування // Муніципальне право України : Підручник / Кол. авт.; За ред. В. Ф. Погорілка, О. Ф. Фрицького. – К. : Юрінком Інтер, 2006. – С. 146–148.

¹² Конституція буде змінена – Президент починає радикальну децентралізацію влади [Електронний ресурс] // Офіційне інтернет-представництво Президента України. – Режим доступу: http://www.president.gov.ua/search/index.php?start=20&search_string=%E2%ED%E5%F1%E5%ED%ED%FF+%E7%EC%B3%ED+%E4%EE+%CA%EE%ED%F1%F2%E8%F2%F3%F6%B3%BF&logic=all&order=desc

¹³ What is decentralization / J. Litvack [Електронний ресурс] // CIESIN – A Center of the Earth Institute at Columbia University. – Режим доступу : http://www.ciesin.org/decentralization/English/General/Different_forms.html

¹⁴ Про ратифікацію Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони : Закон України 16.09.2014 № 1678-VII [Електронний ресурс] // Офіційний веб-портал Верховної Ради України. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1678-18>

¹⁵ Decentralization: a sampling of definitions [Working paper prepared in connection with the Joint UNDP-Government of Germany evaluation of the UNDP role in decentralization and local governance]. – 1999. – P. 2.

¹⁶ Децентралізація та ефективне місцеве самоврядування : Навч. посіб. / ПРООН/МПВСР. – К., 2006. – С. 10.

¹⁷ Ткачук А. Місцеве самоврядування та децентралізація : Практич. посіб. / [А. Ткачук]; Швейцарсько-український проект «Підтримка децентралізації в Україні – DESPRO». – К. : ТОВ «Софія», 2012. – С. 6.

¹⁸ Їжак О. Принцип субсидіарності ЄС і межі його застосування в Україні / О. Їжак [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.db.niss.gov.ua/docs/polmil/185.htm>

Резюме

Приходько Х. В. Децентралізація публічної влади та місцеве самоврядування: концептуально-правові питання.

У статті досліджуються доктринальні та прикладні підходи публічно-правового обґрунтування та подальшої імплементації національної концепції децентралізації публічної влади. Автор виступає прихильником концепції децентралізації, зміст якої полягає в розмежуванні не лише повноважень, а й насамперед відповідальності між центральним, регіональним та муніципальним рівнями публічної влади. Висвітлюються правові основи децентралізації публічної влади, закладені Концепцією реформування місцевого самоврядування та територіальної організації влади від 1 червня 2014 року. Автором наголошується на окремих проблемах реалізації цієї Концепції. Зокрема, проблемним зазначається питання збалансованого залучення громадських і адміністративних, місцевих і державних ресурсів у механізмах реалізації цієї концепції.

Ключові слова: децентралізація, децентралізація публічної влади, місцеве самоврядування, відповідальність, принципи децентралізації.

Резюме

Приходько К. В. Децентрализация публичной власти и местное самоуправление: концептуально-правовые вопросы.

В статье исследуются доктринальные и прикладные подходы публично-правового обоснования и дальнейшей имплементации национальной концепции децентрализации публичной власти. Автор выступает сторонником концепции децентрализации, смысл которой заключается в разграничении не только полномочий, но и прежде всего ответственности между центральным, региональным и муниципальным уровнями публичной власти. Освещаются правовые основы децентрализации публичной власти, заложенные Концепцией реформирования местного самоуправления и территориальной организации власти, утвержденной правительством Украины 1 июня 2014. Автором отмечаются отдельные проблемы реализации этой Концепции. В частности, проблемным определяется вопрос сбалансированного привлечения общественных и административных, местных и государственных ресурсов в механизмах реализации Концепции.

Ключевые слова: децентрализация, децентрализация публичной власти, местное самоуправление, ответственность, правовые принципы децентрализации, субсидиарность.

Summary

Prykhodko K. Decentralization of public authorities and local government: conceptual and legal issues.

In the article, the doctrinal and practical approaches to public and legal justification and further implementation of the national concept of decentralization are studied. The author supports the idea of decentralization, which does not mean just the demarcation of powers, but primarily deals with the responsibility of the central, regional and municipal levels of public authority. The legal principles of public power decentralization, enshrined in the Concept of local government reformation and territorial organization of power from June 1, 2014 are highlighted. The author emphasizes certain problems of this concept implementation. In particular, there is a problematic issue of balanced participation of public and administrative, local and state resources in the mechanisms of this concept implementation.

Key words: decentralization, decentralization of public authorities (power), local self-government, responsibility, legal principles of decentralization, subsidiarity.

В. О. АНТОНОВ

Володимир Олександрович Антонов, кандидат філософських наук, доцент, старший науковий співробітник Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України

**НАЦІОНАЛЬНА БЕЗПЕКА ЯК КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВА ГАРАНТІЯ
ПОЛІТИЧНОЇ СИСТЕМИ УКРАЇНИ**

Процес виникнення та утвердження української держави обумовлений насамперед проблемами забезпечення національної безпеки та оборони. Цілком очевидним сьогодні є те, що подальше існування, самозабезпечення й економічний розвиток України як суверенної демократичної, соціально-правової держави залежить від реалізації національно спрямованої внутрішньої та зовнішньої політики стосовно захисту інтересів держави, суспільства, особи. Тобто, йдеться про створення певної системи національної безпеки, яка дає їй змогу гарантувати захищеність життєво важливих інтересів держави (її конституційний лад, суверенітет, територіальну цілісність і недоторканність державних кордонів), суспільства (його матеріальні та духовні цінності) і особи (її права та свободи) від внутрішньої та зовнішньої загрози.

З огляду на масштабний і складний комплекс проблем, які виникли внаслідок російської збройної агресії проти української держави, захист її національних інтересів має здійснюватися на підставі розуміння того, що Росія веде проти України тотальну війну, війну на знищення української державності, української нації та вестиме її навіть після зупинення застосування збройних сил, продовжуючи гуманітарну агресію, спрямовану на руйнацію України як такої держави «мирними» засобами. Слід зазначити, що і в майбутньому залишатимуться реальними та перспективи нових військових загроз українській державі з боку Російської Федерації. Оскільки сам зміст антиукраїнської ідеології зовнішньої політики Росії визначає і її стратегічну мету, яка передбачає тотальне знищення України як суб'єкта міжнародного права та геополітичної реальності.

Витоки усієї фашистської ідеології, яка опанувала сучасну російську ментальність, сягають середини 90-х років ХХ ст., напрацьовані відомим ідеологом О. Дугінім. Вони знайшли своє практичне втілення у геополітичній доктрині Росії, де, зокрема, зазначається, що «суверенітет України представляє собою настільки негативне для русської геополітики явлення, що в принципі легко может спровоцировать вооруженный конфликт...».

Существование Украины в нынешних границах и с нынешним статусом «суверенного государства» тождественно нанесению чудовищного удара по геополитической безопасности России, равнозначно вторжению на ее территорию»¹.

За цих обставин ефективним механізмом захисту української держави від російської агресії має стати тотальна мобілізація всього українського суспільства, усіх ресурсів держави для відсічі як збройної, так і гуманітарної агресії з боку Російської Федерації.

У цьому контексті особливого значення набувають проблеми, пов'язані із розглядом національної безпеки у якості конституційно-правової гарантії забезпечення функціонування політичної системи української держави. Аналізуючи цей аспект, слід зазначити, що політична система України являє собою певну сукупність державних і недержавних соціальних інститутів, які здійснюють політичну владу, управління суспільством, регулюють відносини між громадянами, соціальними та етнічними групами, забезпечують стабільність українського суспільства, відповідний порядок у ньому. Політичній системі української держави притаманні певні особливості, зокрема: вона відображає найбільш суттєві аспекти економічного ладу української держави; визначає зміст та джерело утвердження державної влади її носія; закріплює на законодавчому рівні принципи діяльності інститутів політичної влади та їх спрямованість; закладає конституційно-правове підґрунтя у систему забезпечення національної безпеки та оборони української держави; визначає засади її внутрішньої та зовнішньої політики.

Вирішальну роль у політичній системі України відіграє політична організація українського суспільства. Саме у політичній організації суспільства знаходить своє відображення принцип інституційної побудови української влади. Характеризуючи співвідношення політичних сил, що склалися в українському суспільстві, її політична організація являє собою систему державних і недержавних конституційних та неконституційних інститутів. В Україні здійснюється перехід від авторитарно-тоталітарної системи суспільного устрою до демократичного суспільства і правової держави, яким власне кажучи, і розпочався процес створення нової політичної системи та її політичної організації².

Слід зазначити, що сучасний період становлення політичної системи України характеризується перманентною кризовою ситуацією, яка охоплює політичну, економічну, соціальну та духовну сфери. Зокрема, у політичній сфері зростає недовіра людей до діяльності владних структур: надії на оптимізацію суспільно-

політичного та економічного життя після президентських (2014 р.) виборів, останніх парламентських (2014 р.) виборів не виправдовуються. Найвищі органи законодавчої і виконавчої влади замість того, щоб зосередити свою увагу на вирішенні назрілих політичних, економічних і соціальних проблем, втягуються в чергове протистояння різних політичних сил. Більшість сучасних політичних партій характеризуються як де-факто виборчі проекти, мета яких – отримання влади, а не лобювання інтересів тієї чи іншої спільноти та пошук суспільного консенсусу. Влада використовується ними як засіб отримання (розподілу) насамперед матеріальних ресурсів, а не як інструмент суспільного розвитку української держави.

Сприймаючи реалії, що притаманні сучасній політичній системі України та розглядаючи національну безпеку у якості конституційно-правової гарантії її забезпечення, необхідно звернути увагу на декілька важливих аспектів. Зокрема, необхідно підкреслити, що з методологічної точки зору центральним елементом всієї політичної системи України і водночас генетичною похідною її структури виступає держава. З того часу, як виникла та існує політична система, суспільне життя фактично зосереджується навколо держави. Держава являє собою опору існуючої політичної системи суспільства, вона концентрує у собі максимум влади, санкціонує існування усіх інших недержавних інститутів. Виступаючи її елементом, являючи собою основний інститут, держава виражає саму сутність суспільного ладу, його природу, її організаційний принцип, більше того, вона залишається стрижнем усієї політичної системи³.

Виходячи із зазначених теоретико-методологічних засад, постає нагальна потреба розглядати національну безпеку передусім як конституційно-правову гарантію забезпечення захисту функціонування саме держави. І тому ст. 17 Основного Закону визначає, що оборона України, захист її суверенітету, територіальної цілісності та безпеки є справою всього українського народу⁴.

Український законодавець протягом більше ніж 20 років, враховуючи це розуміння, сформував правову базу щодо захисту української держави від внутрішніх та зовнішніх загроз.

Правовою основою гарантії забезпечення функціонування політичної системи України взагалі і зокрема української держави виступають Конституція України, Закони України «Про основи національної безпеки», «Про оборону України», «Про службу безпеки України», «Про міліцію», «Про державну прикордонну службу України», «Про демократичний та цивільний контроль над Воєнною організацією і правоохоронними органами держави», міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, а також видані на виконання законів інші нормативно-правові акти.

Так, відповідно до Закону України «Про основи національної безпеки України» розробляються і затверджуються Президентом України Стратегія національної безпеки України і Воєнна доктрина України, концепції стратегій і програми, згідно з якими визначаються цільові настанови та керівні принципи воєнного будівництва, а також напрями діяльності органів державної влади, місцевого самоврядування в конкретній економічній, соціально-політичній, інших ситуаціях з метою своєчасного виявлення, відвернення та нейтралізації реальних і потенційних загроз національним інтересам української держави, суспільства й особи. Стратегія національної безпеки України і Воєнна доктрина України є правовими документами, обов'язковими для виконання, і основою для розробки конкретних програм за складовими державної політики національної безпеки та оборони України.

Нове законодавство України щодо забезпечення безпеки української держави покликано вирішити багато конкретних правових проблем, яких накопичилося сьогодні чимало: від закріплення правових норм забезпечення безпеки (воєнної, економічної, екологічної, інтелектуальної, інформаційної, генетичної, технологічної тощо) до контролю й нагляду за діяльністю самих органів, які її забезпечують. Нині ж пошук має бути спрямований насамперед на розв'язання двоєдиного завдання: формування наукової бази правової політики – нової стратегії (концепції) національної безпеки; вироблення концепції розвитку законодавства у цих сферах⁵. Щоб не помилятися на практиці, для побудови принципово нової системи законодавства у сфері національної безпеки України потрібна високоякісна теоретична база.

Визнання необхідності розвитку законодавства та нормативних правових актів, які регулюють відносини у цих сферах, потребують безперечно нове праворозуміння, яке знаходить свою прикладну довершеність у правотворчості й правореалізації.

Враховуючи нові підходи та сучасне бачення поняття системи захисту політичної системи як конституційно-правової гарантії національної безпеки та її стрижня – державу, слід визначити головні напрями розвитку законодавства перехідного періоду становлення самостійної Української держави у сфері гарантування зовнішньополітичної та внутрішньодержавної безпеки.

До зовнішньополітичної безпеки забезпечення функціонування політичної системи України та української держави слід віднести: забезпечення суверенітету, територіальності, недоторканності й політичної незалежності; встановлення рівноправних взаємовигідних відносин і розвиток інтеграційних процесів з суміжними та іншими державами; участь в існуючій міжнародній (універсальній) системі безпеки, ефективній як на європейських та й глобальних рівнях; підтримання та розвиток міжнародного процесу щодо формування і здійснення єдиної і скоординованої з міжнародними структурами політики національної безпеки – політики самозбереження і самоствердження; зміцнення національної безпеки на основі економічного, науково-технічного, інформаційного та військового потенціалів; створення зони миру й стабільності в регіоні; вироблення конкретних заходів зміцнення довіри, безпеки та співробітництва з демократичними країнами світу; відмова від конфронтаційних підходів у процесі розбудови глобальної та регіональної систем міжнародної безпеки.

До головних напрямів розвитку законодавства з метою забезпечення внутрішньодержавної безпеки та функціонування політичної системи України й української держави можна віднести: виявлення деструктивних тенденцій і кризових явищ у внутрішньополітичних, соціально-економічних, національно-культурних та екологічних сферах життєдіяльності держави й суспільства; сприяння процесам відродження та збереження загальнонаціональної злагоди суспільства на основі соціальної справедливості, додержання прав людини, громадських свобод і національних інтересів; охорону навколишнього природного середовища, водних та інших ресурсів, організацію боротьби зі стихійними лихами, катастрофами, тероризмом тощо⁶.

Як самостійні (з огляду на їх значення для життєво важливих національних інтересів України) можуть бути визначені напрями розвитку законодавства із забезпечення безпеки, що мають як внутрішньополітичний, так і зовнішньополітичний характер, зокрема: розвиток української державності як вищої форми самовизначення українського народу з усіма необхідними ознаками суверенної державної влади, єдиним джерелом якої є народ України; формування демократичного громадянського суспільства, побудованого на засадах ринкової економіки; розбудова демократичної правової держави; досягнення й підтримка загальнонаціональної злагоди; екологічний захист українського народу та охорона навколишнього середовища; формування механізму зовнішніх відносин на базі балансу інтересів як основи зміцнення стабільності світопорядку й відвернення міжнародних конфліктів, цивілізоване входження до систем регіональної та міжнародної безпеки; виявлення деструктивних тенденцій та кризових явищ, що зачіпають національні інтереси України; вироблення й контроль політики щодо закупівлі та продажу зафіксованої науково-технічної інформації (щоб не допустити зниження темпів розвитку інтелектуального потенціалу й не поставити вітчизняну промисловість у залежність від імпорتنих поставок обладнання), глибоке вивчення кон'юнктури міжнародного ринку цієї інформації; проведення політики, спрямованої на пріоритетний розвиток наукоємних технологій в усіх сферах народного господарства; вироблення й контроль системи економічних та адміністративних механізмів, які обмежують експорт сировини і продуктів її неглибокої переробки; вироблення політики й координація діяльності галузей у справі розвитку промисловості з переробки існуючих джерел сировини, розвитку та освоєння технологій її глибокої переробки (з доведенням до повністю готової продукції) тощо.

Окреслені вище напрями розвитку законодавства в сукупності становлять основу для розробки й координації державних програм (на перехідний період, короткострокових і довгострокових), спрямованих на забезпечення функціонування системи національної безпеки України, а також для оцінки її ефективності у якості конституційно-правової гарантії захисту політичної системи України.

Законотворча діяльність у цій сфері має бути спрямована на реалізацію в ній демократичних і гуманних принципів, притаманних національній безпеці (не тільки загальних, міжгалузевих та галузевих, а й визнаних у міжнародній спільноті) щодо функціонування конституційно-правових гарантій забезпечення політичної системи України.

До останніх слід віднести принцип законності при забезпеченні системи національної безпеки. Це глобальний, визначальний і провідний принцип правової свідомості, який пронизує всі сфери правового регулювання. Як принцип розвитку законодавства в галузі національної безпеки, законність повинна точно відповідати цілям формування державності України, а як принцип забезпечення функціонування системи національної безпеки означає, що всі державні органи, організації та установи, громадські й комерційні структури, їх посадові особи, а також всі громадяни України пов'язані правом, тобто діють строго на основі й у виконання законів, у межах компетенції та порядку, встановлених правовими нормами.

Усі інші принципи конкретизують, підкреслюють принцип законності, показують, які ідеї повинні бути покладені в основу конституційно-правових гарантій забезпечення функціонування політичної системи України.

Такими принципами розвитку законодавства у сфері національної безпеки є: справедливість і рівноправ'я; збереження балансу життєво важливих інтересів особи, суспільства й держави (фундаментальний національний інтерес полягає насамперед у формуванні демократичного громадянсько-правового суспільства, в якому будуть забезпечені політичні, соціальні, економічні й духовні інтереси та права всіх його членів на базі використання тих матеріальних благ, які можливі на сучасному етапі цивілізації); взаємна відповідальність особи, суспільства й держави, коли йдеться про забезпечення національної безпеки (у правовій державі не тільки громадяни, підприємства, установи й організації несуть відповідальність перед державою за виконання своїх обов'язків щодо забезпечення національної безпеки, а й держава, всі її органи та посаді особи несуть відповідальність за свої дії перед громадянами, підприємствами, установами та організаціями); верховенство законів, які регламентують галузь безпеки, над усіма іншими нормативними актами, тим більше – над одноразовими розпорядженнями органів держави та її посадових осіб, виданих у цій галузі (таке верховенство законів над актами всіх інших державних органів є, з одного боку, виразом принципу повновладдя народу в особі його загальнонаціональних представницьких органів влади, а з іншого – одним із юридичних засобів, які забезпечують це повновладдя); наявність і дієвість правоохоронного механізму й механізму вирішення різного роду правових спорів та конфліктів у сфері національної безпеки; презумпція несекретності інформації (яка означає, що суворому нормуванню підлягає секретність, а не гласність); економічна доцільність і відшкодовуваність секретності інформації (засекречення має вважатися доцільним, якщо шкода від розсекречування менша від втраченої вигоди внаслідок її засекречування); невинуватість приховування інформації (ймовірність розкриття якої перевищує можливість збереження її у таємниці); відповідність відкритості інформації всередині України, відкритості інформації на міжнародній арені; рівна

відкритість і рівна секретність у міжнародних відносинах; пріоритетність міжнародного права, яке регулює відносини у системі національної безпеки, над внутрішніми; інтеграція у міжнародні системи безпеки.

Значення сформульованих принципів визначається, по-перше, тим, що вони мають міждержавний характер і відносно стабільні, а тому є сталим орієнтиром для розвитку законодавства та правозастосовної діяльності у системі національної безпеки; по-друге, вони дають не тільки сучасне розуміння природи національної безпеки, а й відкривають можливість передбачати необхідні зміни в цих реаліях на найближчу та віддалену перспективу та, відповідно, адекватно прогнозувати розвиток законодавства у системі національної безпеки.

Надзвичайно важливим кроком у напрямі забезпечення цивільного контролю за діяльністю суб'єктів щодо конституційно-правового захисту політичної системи України стало прийняття Закону України «Про демократичний цивільний контроль над Воєнною організацією і правоохоронними органами держави». Цей закон з метою захисту національних інтересів України, утвердження й зміцнення конституційних засад демократичної, правової держави у сфері цивільно-військових відносин, забезпечення прав і свобод людини та відповідно до міжнародних зобов'язань, взятих Україною, визначає правові засади організації і здійснення демократичного цивільного контролю над Збройними Силами України та іншими утвореними згідно із законами України військовими формуваннями, а також над правоохоронними органами держави.

Таким чином, система національної безпеки виступає конституційно-правовою гарантією захисту політичної системи України та сприяє функціонуванню державних і недержавних інститутів, що здійснюють політичну владу в українській державі.

¹ Василенко В. Збройна агресія Росії проти України: геополітичний та національний виміри / Володимир Василенко // Юридичний вісник України. – 2014. – № 42 (1007). – 18–24 жовтня.

² Див.: Ребкало В. Політичні науки і суспільні процеси / В. Ребкало // Концептуальні засади реформування політичної системи України. Стан і перспективи розвитку політичних наук : матеріали «круглого столу» (м. Київ, 13 квітня 2001 р.) ; за заг. ред. В. І. Лугового, В. М. Князева. – К. : Вид-во УАДУ, 2001. – С. 188–195.

³ Див.: Очерки по историческому материализму. Академия наук СССР, кафедра философии. – М. : Наука, 1981. – С. 213.

⁴ Див.: Україна. Закони. Конституція України. Текст відповідає офіц. – К. : Національний книжковий проект, 2011. – С. 6.

⁵ Див.: Дмитренко М. Суспільні трансформації та політичні аспекти загроз національній безпеці України. – К., 2006. – С. 39. – 348 с.

⁶ Див.: Горбулін В. П. Національна безпека: український вимір / В. П. Горбулін, О. В. Литвиненко. – К. : П П «Інтертехнологія», 2008. – С. 10. – 104 с.

Резюме

Антонов В. О. Національна безпека як конституційно-правова гарантія політичної системи України.

Проаналізовано проблеми, пов'язані із розглядом національної безпеки у якості конституційно-правової гарантії забезпечення функціонування політичної системи української держави. Обґрунтовується нагальна потреба розглядати національну безпеку насамперед як конституційно-правову гарантію забезпечення захисту функціонування саме держави. І тому ст. 17 Конституції України визначає, що оборона України, захист її суверенітету, територіальної цілісності та безпеки є справою всього українського народу.

Ключові слова: національна безпека, гарантія, політична система, держава, український народ, оборона, суверенітет.

Резюме

Антонов В. А. Национальная безопасность как конституционно-правовая гарантия политической системы Украины.

Проанализированы проблемы, связанные с рассмотрением национальной безопасности в качестве конституционно-правовой гарантии обеспечения функционирования политической системы украинского государства. Обосновывается насущная потребность рассматривать в первую очередь национальную безопасность как конституционно-правовую гарантию обеспечения защиты функционирования именно государства. И поэтому ст. 17 Конституции Украины определяет, что оборона Украины, защита ее суверенитета, территориальной целостности и безопасности являются делом всего украинского народа.

Ключевые слова: национальная безопасность, гарантия, политическая система, государство, украинский народ, суверенитет.

Summary

Antonov V. National security as constitutional and legal guarantee of Ukraine's political system.

The problems associated with the consideration of national security as constitutional and legal guarantees of the political system of the Ukrainian state. Substantiated urgent need to consider the first national security as constitutional and legal guarantees of protection is functioning state. So cent. 17 of the Constitution of Ukraine stipulate that the defense of Ukraine, the protection of the sovereignty, territorial integrity and security is a matter of the Ukrainian people.

Key words: national security, guarantee political system, the state, the Ukrainian people, defense, sovereignty.

О. П. ВАСИЛЬЧЕНКО

Оксана Петрівна Васильченко, кандидат юридичних наук, доцент Київського національного університету імені Тараса Шевченка

**СУТНІСТЬ ПРИНЦИПУ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ РІВНОСТІ ПРАВ І СВОБОД
НАЦІОНАЛЬНИХ МЕНШИН**

Принцип рівності прав і свобод людини і громадянина проявляється не лише на рівні кожної окремої особи, а й на рівні певних угруповань людей. Як кожний громадянин є рівним щодо іншого громадянина, так само різні національні меншини є рівними між собою. Держава, забезпечуючи принцип рівності прав і свобод для всіх членів суспільства, не може надавати перевагу жодній із національних меншин. Встановлення однакових за змістом та обсягом прав і свобод для всіх без винятку національних меншин відповідає міжнародним стандартам, а також європейській практиці.

Деякі аспекти принципу рівності були предметом досліджень таких вчених, як М. Вітрук, В. Колісник, А. Колодій, В. Масленников, М. Матузов, А. Олійник, О. Петришин, В. Погорілко, І. Полховська, П. Рабінович, А. Савицька, Ю. Тодика, В. Шевцов, М. Цвік, Л. Явич та інших. Проте сутність принципу забезпечення рівності прав і свобод національних меншин в сучасних умовах в Україні є малодослідженою, що обумовлює актуальність його вивчення.

Метою цієї статті є визначення сутності принципу забезпечення рівності прав і свобод національних меншин. Для досягнення поставленої мети планувалося розв'язати такі наукові завдання: встановити правову категорію «забезпечення рівності прав і свобод національних меншин»; визначити основні напрями забезпечення рівності прав і свобод національних меншин; охарактеризувати сутність принципу забезпечення рівності прав і свобод національних меншин.

Враховування етнопонаціонального фактора постає як обов'язкова умова розвитку країни, а забезпечення конституційних прав і свобод представників національних меншин, підтримка етнокультурної самоідентичності при відкритості викликам сучасної модернізації виступають на перший план при реалізації державної етнопонаціональної політики в Україні. Водночас надзвичайної ваги набуває проблема пошуку і впровадження механізмів, які б допомогли досягти необхідного балансу між стабільністю суспільства, що вимагає певної уніфікації, та збереженням його поліетнічності та полікультурності¹.

За даними Перепису населення 2001 р. населення України становлять: українці – 77,8 %, росіяни – 17,3 %, білоруси – 0,6 %, молдовани – 0,5 %, кримські татари – 0,5 %, болгары – 0,4 %, угорці, румуни, поляки – по 0,3 %, євреї, вірмени, греки, татари – по 0,2 %, цигани, азербайджанці, грузини, німці, гагаузи – по 0,1 %, інші – 0,4 %². Необхідно зазначити, що за роки, які минули з останнього перепису, ситуація могла певним чином змінитися у складі національних меншин.

Відповідно до Великого тлумачного словника сучасної української мови «забезпечувати» означає створювати надійні умови для здійснення чого-небудь; гарантувати щось³. Тому в буквальному смислі йдеться про гарантування можливості реалізувати принцип рівності прав і свобод національних меншин. Водночас виникає питання про суб'єктів, уповноважених здійснювати таке забезпечення.

Як зазначає А. А. Козіна, під забезпеченням слід розуміти комплекс дій, рішень відповідних органів щодо створення умов для реалізації прав і обов'язків суб'єктів⁴.

На нашу думку, у широкому розумінні забезпечення рівності прав і свобод національних меншин – це створення сприятливих умов для їх ефективного втілення в життя, що здійснюється всіма органами державної влади та місцевого самоврядування, громадськими об'єднаннями й засобами масової інформації. Вживання терміна «забезпечення» деякою мірою спрямовано на охарактеризування мети діяльності органів державної влади та місцевого самоврядування, тобто означає певний напрям політики. Водночас застосування вказаного терміна означає для суб'єктів права можливість використання та застосування нормативно-правової бази у визначеній сфері суспільних відносин, зокрема щодо принципу рівності прав і свобод національних меншин в Україні.

Власне забезпечення зазначеного принципу передбачає два аспекти: по-перше, систему засобів, методів та способів, метою застосування яких є реалізація принципу рівності прав і свобод національних меншин на практиці; по-друге, визначення уповноважених державою суб'єктів здійснювати таке забезпечення.

І. К. Полховська визначає основними напрямками забезпечення правової рівності такі:

- 1) створення якісної нормативно-правової бази;
- 2) соціально-орієнтований вектор державної політики і гарантована підтримка соціально незахищених верств населення;
- 3) створення дієвих механізмів захисту прав і свобод людини й громадянина;

4) чітке втілення ідеї рівності в процесі правотворчої й правозастосовної діяльності органів державної влади, підвищення рівня правової культури населення та подолання правового нігілізму⁵.

Підтримуючи наведену точку зору, розглянемо кожний напрям детальніше.

Так, згідно зі ст. 1 Закону України «Про національні меншини в Україні» Україна гарантує громадянам республіки незалежно від їх національного походження рівні політичні, соціальні, економічні та культурні права і свободи, підтримує розвиток національної самосвідомості й самовиявлення. Усі громадяни України користуються захистом держави на рівних підставах. При забезпеченні прав осіб, які належать до національних меншин, держава виходить з того, що вони є невід'ємною частиною загальноновизнаних прав людини⁶.

Відповідно до ч. 1 та 2 ст. 4 Рамкової конвенції про захист національних меншин, держави зобов'язуються гарантувати особам, які належать до національних меншин, право рівності перед законом та право на рівний правовий захист. У цьому зв'язку будь-яка дискримінація на підставі приналежності до національної меншини забороняється. Сторони зобов'язуються вжити, у разі необхідності, належних заходів з метою досягнення у всіх сферах економічного, соціального, політичного й культурного життя повної та справжньої рівності між особами, які належать до національної меншини, та особами, які належать до більшості населення. У цьому зв'язку вони належним чином враховують конкретне становище осіб, які належать до національних меншин⁷.

Стаття 1 Декларації прав національностей України проголошує, що Українська держава гарантує всім народам, національним групам, громадянам, які проживають на її території, рівні політичні, економічні, соціальні та культурні права. Представники народів та національних груп обираються на рівних правах до органів державної влади всіх рівнів, займають будь-які посади в органах управління, на підприємствах, в установах та організаціях. Дискримінація за національною ознакою забороняється й карається за законом⁸.

Аналізуючи відповідні положення законодавства про національні меншини в Україні, можна аргументовано стверджувати про охоплення нормативно-правовою регламентацією всіх визнаних на міжнародному рівні груп прав і свобод людини, до яких належать соціальні, політичні, економічні, культурні та громадянські. Тому нормативно-правова база про національні меншини в Україні характеризується як всеохоплююча, що передбачає забезпечення всіх без винятку прав національних меншин.

Соціально-орієнтований вектор державної політики виражається у створенні та гарантуванні умов для належної реалізації соціальних прав кожної людини. Стосовно національних меншин соціальна політика реалізується, зокрема, через втілення у життя відповідних програм на загальнонаціональному та місцевому рівнях тощо.

Програми підтримки національних меншин містять заходи щодо підвищення ефективності взаємодії з громадськими організаціями національних меншин регіону, створення необхідних умов для збереження мовної та етнічно-культурної самобутності націй та народностей, згуртування національних меншин навколо ідей української державності, збереження стабільної суспільно-політичної ситуації в регіоні тощо⁹.

Метою таких програмних документів є створення сприятливих умов для сталого збалансованого розвитку національних меншин, реалізації їх внутрішнього потенціалу та стимулювання громадської активності, підвищення ефективності комунікації органів виконавчої влади з інститутами етнічних громад, вдосконалення правових механізмів та практик державної етнонаціональної політики. Програма націлена на забезпечення консолідації багатонаціональної громади регіону, утвердження принципів толерантності й міжнаціональної злагоди, підтримку діяльності національно-культурних товариств та центрів національних культур на відповідній території¹⁰.

При аналізі різних профільних програм забезпечення прав національних меншин в Україні певним позитивним аспектом виступає той факт, що над створенням кожної програми працювали не тільки представники органи державної влади, але й представники національних меншин. Крім того, при дослідженні змісту вказаних документів виявлено нетотожність їх змісту, що свідчить про унікальність кожної програми. На нашу думку, слід продовжити таку практику. При цьому доцільно розробляти програми для національних меншин на загальнодержавному та регіональному рівнях, тобто стосовно територій, які не входять до складу однієї територіальної одиниці (адже існують національні меншини, які проживають на території декількох областей тощо).

При розробці та впровадженні нових програм підтримки розвитку національних меншин в Україні пропонується включити такі розділи:

- 1) вступ (загальні положення);
- 2) нормативно-правова база;
- 3) мета програми, її основні завдання;
- 4) основні напрями реалізації програми та конкретні заходи;
- 5) очікувані результати;
- 6) фінансування;
- 7) контроль та підбиття підсумків.

Наступним напрямом є створення дієвих механізмів забезпечення принципу рівності прав і свобод національних меншин.

Як зазначено в Спеціальній доповіді Омбудсмана України, регіональні управлінські структури у сфері етнонаціональних відносин проводять значну роботу щодо захисту прав національних меншин. Водночас треба звернути увагу на те, що ефективному застосуванню ними національного законодавства і міжнародних стандартів щодо захисту прав національних меншин заважають:

- 1) недоступність для більшості райдержадміністрацій сучасних засобів оперативного одержання інформації, обміну досвідом роботи;
- 2) практично відсутність у профільних підрозділах районної ланки базової нормативно-правової літератури, не кажучи вже про повний набір спеціальної літератури;
- 3) відсутність системи навчально-методичної роботи з фахівцями, які займаються питаннями національних відносин, включаючи методичні вказівки і рекомендації, спеціально підготовлені для застосування у практичній роботі¹¹.

На думку Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини, такий стан роботи щодо захисту прав національних меншин на регіональному рівні зумовлений тим, що, по-перше, в діяльності не всіх облдержадміністрацій питання захисту прав національних меншин є пріоритетним, по-друге, вкрай негатиивно вплинула неодноразова реорганізація центрального органу державної виконавчої влади, що здійснює управління у сфері міжнаціональних відносин, а також майже постійні реорганізації на місцях¹².

Вважаємо, що створення дієвих механізмів забезпечення принципу рівності прав і свобод національних меншин здійснюється на двох основних рівнях: 1) національному; 2) міжнародному.

На національному рівні зазначений механізм передбачає створення розгалуженої системи органів державної влади та місцевого самоврядування, що й дає змогу від імені держави забезпечувати принцип рівності прав і свобод національних меншин в Україні. Не вдаючись до аналізу системи національних органів, хотілося б звернути увагу на фінансове забезпечення національних меншин, що здійснюють вказані органи.

Відповідно до ст. 14 Закону України «Про національні меншини в Україні» державні органи сприяють функціонуванню національних громадських об'єднань, які діють відповідно до чинного законодавства. У державному бюджеті України передбачаються спеціальні асигнування для розвитку національних меншин¹³.

У 2013 р. реалізація заходів зі збереження та розвитку культур національних меншин здійснюється в рамках бюджетної програми 1801260 «Заходи з відтворення культури національних меншин, заходи Української Всесвітньої Координаційної Ради, заходи з реалізації Європейської хартії регіональних мов або мов меншин, заходи щодо встановлення культурних зв'язків закордонних українців з українською діаспорою». Обсяги бюджетних призначень за цією бюджетною програмою становили 3375,0 тис. грн, з яких на заходи з відтворення культури національних меншин передбачено 300,0 тис. грн¹⁴.

Водночас непоодинокими є випадки недофінансування програм підтримки розвитку національних меншин, у зв'язку з чим значна кількість заходів залишається нереалізованою, а завдання – нерозв'язаними. Зокрема, на реалізацію Програми підтримки розвитку національних меншин та діяльності національно-культурних товариств Одеської області на 2013–2015 рр. на 2013 р. самою Програмою передбачалося фінансування з обласного бюджету (з урахуванням змін до програми) 921 тис. грн, а фактично закладено в обласному бюджеті на 2013 р. (з урахуванням змін) 500 тис. грн¹⁵. Таким чином, недофінансування зазначеної програми становить близько 50 %, якщо й передбачені кошти в обласному бюджеті будуть освоєні.

При забезпеченні принципу рівності прав і свобод національних меншин важливого значення набуває питання видатків на реалізацію програм підтримки розвитку таких суб'єктів. В основному кошти, передбачені будь-якою програмою підтримки розвитку національних меншин в Україні, йдуть на такі витрати: 1) оренда приміщень, територій, споруд, на яких проводиться захід (у рамках заходу); 2) оплата транспортних послуг; 3) оренда обладнання (світлової, звукової, фото-, відеоапаратури); 4) оплата за послуги зв'язку (в рамках заходу); 5) поліграфічні та інформаційні послуги; 6) послуги з виготовлення символіки, емблем та інших атрибутів для проведення заходу; 7) придбання матеріалів, товарів; 8) придбання призів, сувенірів, подарунків; 9) послуги з підготовки та видання (буклетів, інформаційно-методичних матеріалів, посібників, збірників); 10) послуги з організації заходу (оформлення сцени, режисерсько-постановочні, художньо-постановочні, написання сценарію, музичного супроводу) тощо.

Слід наголосити, що забезпечення принципу рівності прав і свобод національних меншин не передбачає рівних витрат на кожну з них. Навпаки, виділення однакових сум коштів для розвитку кожної національної меншини надавало б переваги одним меншинам та звужувало б права й свободи інших. Національні меншини досить різні: компактно розташовані в межах однієї області або інакше – представники розповсюджені на різних регіонах тощо; тобто вони є різними не тільки за кількістю осіб, а й за територією проживання. Виділення певної суми на користь компактно проживаючої національної меншини та виділення такої ж суми на користь національної меншини, що проживає не компактно, безумовно, спричинить неоріднакове фінансове забезпечення їх заходів (за умов однакової кількості осіб у складі національних меншин). Роль держави не повинна зводитися до рівного забезпечення прав і свобод національних меншин, застосування однакових підходів та заходів. Ми вбачаємо роль держави при забезпеченні принципу рівності прав і свобод національних меншин в Україні в індивідуальному підході до вирішення проблем кожної національної меншини. Зважаючи на особливості кожної національної меншини при забезпеченні принципу рівності прав і свобод зазначених суб'єктів існує дуже тонка грань. При цьому держава не лише не заважає розвитку національних меншин, але й сприяє цьому.

На нашу думку, більшість витрат за вказаними статтями є непродуктивними. Деяких з них взагалі можна уникнути, надавши більше фактичної свободи для діяльності самих національних меншин. Тому при розробці конкретних заходів для програм підтримки національних меншин слід більше уваги приділяти вимогам та побажанням представників національних меншин, надавати їм певну свободу дій з організації таких заходів. Пряма бюджетна підтримка організаціям національних меншин та подальший контроль,

здійснюваний органами влади за витрачанням таких коштів, на нашу думку, є більш продуктивним та ефективним для досягнення кінцевої мети розвитку національних меншин в Україні.

Враховуючи, що Україна ратифікувала Рамкову конвенцію Ради Європи про захист національних меншин, на міжнародному рівні механізм забезпечення принципу рівності прав і свобод національних меншин функціонує відповідно до зазначеної Рамкової конвенції.

Зокрема, згідно зі ст. ст. 24 та 25 Рамкової конвенції про захист національних меншин, Комітет міністрів Ради Європи здійснює нагляд за виконанням Договірними Сторонами цієї Рамкової конвенції. Упродовж одного року після набрання Рамковою конвенцією чинності для Договірної Сторони остання надсилає Генеральному секретарю Ради Європи повну інформацію про законодавчі та інші заходи, вжиті для здійснення принципів, проголошених у цій Рамковій конвенції. У подальшому кожна Сторона надсилає Генеральному секретарю на періодичній основі та на прохання Комітету міністрів будь-яку додаткову інформацію про виконання цієї Рамкової конвенції. Інформацію, подану згідно з цією статтею, Генеральний секретар надсилає Комітету міністрів¹⁶.

Що стосується останнього з основних напрямів забезпечення правової рівності, то щодо національних меншин слід наголосити: хоча чинне законодавство дозволяє вживати ефективних заходів з недопущення порушення прав національних меншин, реальна правозастосовна практика свідчить, що правоохоронні органи недостатньо їх використовують. Тому необхідно більш принципово підходити до притягнення до відповідальності осіб, які порушують права представників національних меншин¹⁷.

Таким чином, сутність принципу забезпечення рівності прав і свобод національних меншин полягає в: 1) можливості реалізувати представниками національних меншин свої політичні, соціальні, економічні, громадянські та культурні права і свободи нарівні з іншими національностями; 2) здатності захистити права і свободи в разі їх порушення чи загрози посягання, що включає в себе вільне обирання та застосування форм та способів захисту зазначених прав; 3) розповсюдженні вказаних можливостей для всіх національних меншин, незважаючи на їх особливості, в тому числі кількість осіб та територію проживання; 4) наданні всім національним меншинам рівною мірою зазначених можливостей, тобто однаковості їх обсягу та змісту для всіх; 5) встановленні реального юридичного механізму забезпечення зазначених можливостей державою як окремо, так і в їх взаємозв'язку.

¹ Програма підтримки розвитку національних меншин та діяльності національно-культурних товариств Одеської області на 2013–2015 роки : Рішення Одеської Обласної ради від 26 грудня 2012 р. № 684-VI : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://oblrada.odessa.gov.ua/index.php?option=com_content&view=article&id=2484%3A2013-2015-&catid=129&Itemid=185&lang=uk

² Всеукраїнський перепис населення 2001 : Державний комітет статистики України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://2001.ukrcensus.gov.ua/publications/>

³ Великий тлумачний словник сучасної української мови / уклад. і голов. ред. В. Т. Бусел. – К. ; Ірпінь : ВТФ «Перун», 2001. – 1440 с. – С. 281.

⁴ Козіна А. А. Забезпечення податковою міліцією законності у сфері оподаткування: організаційно-правові аспекти повноважень та статусу : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.07. «Теорія управління; адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право» / Анатолій Андрійович Козіна. – Х., 2005. – 210 с. – С. 39.

⁵ Полховська І. К. Конституційний принцип рівності людини і громадянина в Україні : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.02 «Конституційне право» / Ірина Костянтинівна Полховська. – Х., 2006. – 191 с. – С. 104.

⁶ Про національні меншини в Україні : Закон України від 25 червня 1992 р. № 2494-XII // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 36. – Ст. 529.

⁷ Про ратифікацію Рамкової конвенції Ради Європи про захист національних меншин : Закон України від 9 грудня 1997 р. № 703/97-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1998. – № 14. – Ст. 56.

⁸ Декларація прав національностей України : Декларація від 1 листопада 1991 р. № 1771-XII // Відомості Верховної Ради України. – 1991. – № 53. – Ст. 799.

⁹ Про Програму підтримки розвитку культур національних меншин у Чернігівському районі на 2008–2012 роки : Рішення Чернігівської районної ради Запорізької області від 21 березня 2008 р. № 5 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.google.com.ua/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&cad=rja&ved=0CDgQFjAC&url=http%3A%2F%2Fradachernigivka.at.ua%2FProgramu%2F2008%2Fprograma_pidtrimki_rozvitku_kultur_nacionalnih_me.doc&ei=ISd-UtTgDeGu4QS-4oGwAg&usq=AFQjCNHa8g9p_ibYUyS8SMX7cWzGkGAjOg&bvm=bv.56146854.d.bGE

¹⁰ Програма підтримки розвитку національних меншин та діяльності національно-культурних товариств Одеської області на 2013–2015 роки : Рішення Одеської Обласної ради від 26 грудня 2012 р. № 684-VI : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://oblrada.odessa.gov.ua/index.php?option=com_content&view=article&id=2484%3A-2013-2015-&catid=129&Itemid=185&lang=uk

¹¹ Стан дотримання та захист прав національних меншин в Україні : Спеціальна доповідь Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини. – К., 2006. – 93 с. – С. 13 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.ombudsman.gov.ua/ru/images/stories/07022011/S_Dopovid_2_1.pdf

¹² Там само. – С. 14.

¹³ Про національні меншини в Україні : Закон України від 25 червня 1992 р. № 2494-XII // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 36. – Ст. 16.

¹⁴ Реалізація у регіонах завдань Президента України щодо зміцнення міжнаціональної злагоди та порозуміння, задоволення культурних та освітніх потреб національних меншин : Реалізація у регіонах завдань Президента України 4–10 листопада 2013 року : Офіційний сайт Шаргородської районної державної адміністрації Вінницької області : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://rda.sharrayrada.org.ua/informacijnij-visnik/realizaciya-u-regionah-zavdan-prezidenta-ukraini-4-10-listopada-2013-r/>

¹⁵ Стан фінансування регіональних цільових та комплексних програм Одеської області у 2013 році з обласного бюджету (станом на) : Офіційний сайт Одеської обласної ради : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://oblrada.odessa.gov.ua/index.php?option=com_content&view=article&id=1069%3A---2012-&catid=101&Itemid=264&lang=uk

¹⁶ Про ратифікацію Рамкової конвенції Ради Європи про захист національних меншин : Закон України від 9 грудня 1997 р. № 703/97-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1998. – № 14. – Ст. 56.

¹⁷ Стан фінансування регіональних цільових та комплексних програм Одеської області у 2013 році з обласного бюджету (станом на 19.09.2013) : Офіційний сайт Одеської обласної ради : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://oblrada.odessa.gov.ua/index.php?option=com_content&view=article&id=1069%3A---2012-&catid=101&Itemid=264&lang=uk

Резюме

Васильченко О. П. Сутність принципу забезпечення рівності прав і свобод національних меншин.

У статті уточнено правову категорію «забезпечення рівності прав і свобод національних меншин»; досліджено основні напрями забезпечення рівності прав і свобод національних меншин; охарактеризовано сутність принципу забезпечення рівності прав і свобод національних меншин.

Ключові слова: принципи права, рівність, національні меншини, права і свободи, забезпечення.

Резюме

Васильченко О. П. Сущность принципа обеспечения равенства прав и свобод национальных меньшинств.

В статье уточнена правовая категория «обеспечение равенства прав и свобод национальных меньшинств»; исследованы основные направления обеспечения равенства прав и свобод национальных меньшинств; охарактеризована сущность принципа обеспечения равенства прав и свобод национальных меньшинств.

Ключевые слова: принципы права, равенство, национальные меньшинства, права и свободы, обеспечение.

Summary

Vasylchenko O. The essence of the principle of equality of rights and freedoms of national minorities.

The paper established the legal category of “equality of rights and freedoms of national minorities”, investigated the main directions of equality of rights and freedoms of national minorities characterizes the essence of the principle of equality of rights and freedoms of national minorities.

Key words: principles of law, equality, minorities, the rights and freedoms, security.

УДК 342. 7

В. Д. ШАПОВАЛ

Валерій Дмитрович Шаповал, кандидат юридичних наук, доцент, завідувач кафедри Кременчуцького національного університету імені Михайла Остроградського

ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА ПРАВА ГРОМАДЯН НА ПРАВОВУ ДОПОМОГУ В УКРАЇНІ

Серед інших проблем, які вирішує народ України, однією з найгостріших є проблема здійснення прав людини та громадянина. На думку вчених-конституціоналістів, які займаються правами, свободами та обов'язками людини і громадянина в Україні, для того, щоб у повному обсязі реалізувати права та свободи, а також обов'язки, необхідно їх знати¹.

Загальновизнаним є те, що право і свобода – це гарантовані чинним законодавством вид і міра можливої поведінки людини та громадянина у суспільстві й державі.

Більшість авторів ототожнюють право і свободу, розглядаючи їх як рівнозначні явища².

Таким чином, на наш погляд, під правом слід розуміти здатність людини управляти певним процесом регламентації здійснення свого права, а під свободою – таку поведінку людини, на яку будь-хто, в тому числі й держава, не повинен впливати. Отже, цілком слушною є позиція А. М. Колодія та А. Ю. Олійника, які вказують, що свобода означає автономність людини від держави³.

Р. Даль уважав, що бути автономним означає не бути під контролем іншого, бути незалежним⁴.

Питання щодо досліджуваного нами права громадян на правову допомогу, його соціальне призначення в суспільстві, на нашу думку, – одна з найважливіших проблем соціального та культурного розвитку українського суспільства, оскільки сьогодні фактично ведеться неприхована військова агресія сусідньої держави проти України, населення масово покидає тимчасово окуповані території, і, як наслідок, ця ситуація унеможливує функціонування їхнього нормального повсякденного життя.

Нині питання щодо дослідження права громадян України на правову допомогу є досить актуальним. Пояснюється це тим, що вітчизняні законотворці досить активно й успішно використовують наукові розробки.

Стан усвідомлення на державному рівні проблем забезпечення й захисту прав і свобод людини та громадянина є досить вивченим і закріпленим у законодавчій базі⁵.

У забезпеченні реалізації, захисту та охорони прав і свобод людини та громадянина в Україні як демократичній, правовій державі відведено праву особи на правову допомогу, закріпленому у ст. 59 Конституції України. Це право є одним із невід'ємних прав людини.

Гарантія права на правову допомогу є не тільки конституційно-правовим обов'язком держави, а й дотриманням узятих Україною міжнародно-правових зобов'язань відповідно до положень Загальної декларації прав людини 1948 р.⁶, Міжнародного пакту про економічні, соціальні та культурні права 1966 р.⁷, Міжнародного пакту про громадянські і політичні права 1966 року⁸.

Після проголошення 24 серпня 1991 р. незалежності України стала на шлях розвитку та становлення дійсно суверенної й незалежної країни, неухильно орієнтуючись на визнанні світовою спільнотою демократичні та гуманістичні за своїм змістом і спрямованістю міжнародні стандарти.

У період становлення та розбудови власної державності відбуваються значні зміни економічних, політичних і соціальних орієнтирів суспільства, здійснюється формування власних політичних інститутів, національного законодавства тощо.

З прийняттям на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 р. Конституції⁹ Україна вступила у принципово новий етап розбудови дійсно суверенної, незалежної, демократичної, соціальної, правової держави.

Тому на сьогоднішній день основним завданням суспільства і держави є впровадження прийнятих конституційних положень у життя. Конституція залишатиметься Основним Законом тільки тоді, коли чинне законодавство якнайповніше буде приведено у відповідність до її норм. Тоді можна з упевненістю сказати, що наша держава розвивається як демократична, соціальна, правова держава.

Але виникає запитання: чи діють існуючі закони? Якщо вони не діють, то яка тому причина? Проте, як видно із реалій життя, не всі закони діють, вони об'єктивно не забезпечують у повному обсязі і прав людини, зокрема права на правову допомогу.

Правова допомога на сьогоднішній день є однією із найбільш помітних ознак реформування життя нашого суспільства. Наступне розширення правової допомоги – необхідна умова прояву демократичності цивілізованого суспільства.

Отже, правова допомога виступає однією із ознак демократичної держави, є основою демократії, її підґрунтям.

У юридичній літературі питанням правової допомоги приділялось чимало уваги в працях видатних вчених правознавців, таких як: Г. Гроцій, Дж. Локк, Б. Спіноза, Т. Гобс, Вольтер, Ш. Монтеск'є, Ж.-Ж. Руссо та ін., але, незважаючи на це, суперечливими залишаються поняття та види правової допомоги у кримінальному, цивільному, господарському і адміністративному судочинстві¹⁰.

Демократичні принципи формування державної влади, практична реалізація принципу поділу влади, судово-правова реформа, суть якої зводиться до встановлення незалежного правосуддя, дають змогу вести мову про тенденції, що спрямовують до правової держави.

В умовах демократичних і ринкових перетворень важливе місце займає захист прав і свобод людини та громадянина як з боку держави, так і самим громадянським суспільством. У цьому контексті особливої значимості набуває право на одержання кваліфікованої правової допомоги для забезпечення цього конституційного права громадян України.

Забезпечення конституційного права громадян на отримання правової допомоги покладено на осіб публічного та приватного права. Зокрема, це стосується таких суб'єктів, як: суд, прокуратура і адвокатура України, а також інших органів державної виконавчої влади і органів місцевого самоврядування та їх посадових осіб.

Відповідно до ст. 59 Конституції України кожен має право на правову допомогу. У випадках, передбачених законом, ця допомога надається безоплатно. Кожен є вільним у виборі захисника своїх прав. Для забезпечення права на захист від обвинувачення та надання правової допомоги при вирішенні справ у судах та інших державних органах в Україні діє адвокатура.

У ході аналізу стану наукової розробки теми виявилось, що деякі принципові питання теоретичного та практичного характеру недостатньо досліджені у вітчизняній науці. Зокрема, в юридичній літературі системне та комплексне дослідження організації конституційного права громадян на правову допомогу поки що відсутнє.

Увесь комплекс названих причин і умов спонукає до необхідності проведення наукового аналізу конституційного права громадян на отримання правової допомоги та проблем її організації й забезпечення в Україні. Теоретичні положення і висновки щодо такого аналізу сприятимуть подальшому накопиченню знань про сутність і зміст права на одержання правової допомоги, її юридичній природі, ступеню реалізації в українському законодавстві й у діяльності публічних і приватних інституцій та громадських організацій.

У зв'язку з цим особливої актуальності на даному етапі розвитку нашого суспільства набуває дослідження поняття, ознак, підстав і форм надання правової допомоги.

Але в різних нормативних актах існують колізії, суперечності між окремими положеннями, що стосуються забезпечення прав людини. Тому виникає проблема, яку потрібно вирішити для надання належної правової допомоги громадянам, які її потребують, спираючись на відповідні нормативно-правові акти та норми чинного законодавства.

Правова допомога за Законом України «Про безоплатну правову допомогу» – це надання правових послуг, спрямованих на забезпечення реалізації прав і свобод людини і громадянина, захисту цих прав і свобод, їх відновлення у разі порушення¹¹.

З прийняттям Верховною Радою України Закону України «Про безоплатну правову допомогу», який набрав чинності 9 липня 2011 р.¹², у нашій державі нарешті започатковано створення дієвого механізму реалізації конституційного права кожного на правову допомогу, що забезпечить належне виконання Україною її міжнародних зобов'язань у сфері прав людини та запровадить європейські стандарти з надання правової допомоги та доступу до правосуддя.

Новоприйнятий Закон розкриває зміст права на правову допомогу, порядок його реалізації, визначає поняття безоплатної правової допомоги, підстави та порядок її надання.

Відповідно до положень ст. 1 Закону безоплатна правова допомога – це допомога, що гарантується державою і повністю або частково надається за рахунок коштів державного бюджету місцевих бюджетів та інших джерел.

Під правовими послугами Закон розуміє надання правової інформації, консультацій і роз'яснень з правових питань; складення заяв, скарг, процесуальних та інших документів правового характеру; здійснення представництва інтересів особи в судах, інших державних органах, органах місцевого самоврядування, перед іншими особами; забезпечення захисту особи від обвинувачення; надання особі допомоги в забезпеченні доступу особи до вторинної правової допомоги та медіації (ст. 1).

Суб'єктами надання безоплатної вторинної правової допомоги в Україні є: центри з надання безоплатної вторинної правової допомоги; адвокати, включені до Реєстру адвокатів, які надають безоплатну вторинну правову допомогу на постійній основі за контрактом; адвокати, включені до Реєстру адвокатів, які надають безоплатну вторинну правову допомогу на тимчасовій основі на підставі договору (ст. 15).

Відповідно до положень Закону, безоплатна вторинна правова допомога надаватиметься центрами з надання безоплатної вторинної правової допомоги та залученими ними адвокатами.

Після ухвалення закону про безоплатну правову допомогу в країні розпочалося поетапне формування системи надання первинної та вторинної безоплатної юридичної допомоги громадянам України.

Зокрема, 1 червня 2012 р. Міністерство юстиції провело конкурс з відбору адвокатів, які, відповідно до Закону України «Про безоплатну правову допомогу», залучаються державою до надання безоплатної вторинної правової допомоги громадянам України з 1 січня 2013 року¹³.

До 1 січня 2013 р. Міністерство юстиції утворило при управліннях юстиції в областях, містах Києві та Севастополі центри з надання безоплатної вторинної правової допомоги. Такі центри надають допомогу у складанні процесуальних документів, здійсненні представництва інтересів осіб у судах, інших державних органах, органах місцевого самоврядування, захисті від обвинувачення.

З 1 січня 2013 р. такі центри забезпечують надання безоплатної правової допомоги особам, до яких застосовано адміністративне затримання та арешт; підозрюваним у вчиненні злочину особам, які затримані органами дізнання та слідства; особам, до яких як запобіжний захід обрано взяття під варту; особам, у справах яких відповідно до положень Кримінально-процесуального кодексу України участь захисника є обов'язковою. Надання безоплатної вторинної правової допомоги іншим категоріям осіб, які згідно із Законом мають право на таку допомогу, забезпечуватиметься поетапно, починаючи з 1 січня 2014 року.

Конституційними нормами визначено:

1) Україна є соціальна держава (ст. 1);

2) права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Держава відповідає перед людиною за свою діяльність. Утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави (ст. 3)¹⁴. Україна як соціальна держава визнає людину найвищою соціальною цінністю, розподіляє суспільне багатство згідно з принципом соціальної справедливості й піклується про зміцнення громадянської злагоди в суспільстві.

Основними завданнями соціальної держави є створення умов для реалізації соціальних, культурних і економічних прав людини, сприяння самостійності та відповідальності кожної особи за свої дії, надання соціальної допомоги тим громадянам, які з незалежних від них обставин не можуть забезпечити достатній рівень життя для себе і своєї сім'ї¹⁵. Соціальна спрямованість діяльності держави визначає її обов'язок створення ефективного механізму реалізації конституційних прав усіма громадянами, особливо соціально вразливим групам суспільства.

Україна є правова держава (ст. 1 Конституції України). Цей конституційний припис конкретизується у таких положеннях: 1) в Україні визнається і діє принцип верховенства права. Конституція України має найвищу юридичну силу. Закони та інші нормативно-правові акти приймаються на основі Конституції України і повинні відповідати їй. Норми Конституції України є нормами прямої дії. Звернення до суду для захисту конституційних прав та свобод людини і громадянина безпосередньо на підставі Конституції України гарантується (ст. 8); 2) чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України (ст. 9); 3) правовий порядок в Україні ґрунтується

ся на засадах, відповідно до яких ніхто не може бути примушений робити те, що не передбачено законодавством (ст. 19); усі люди є вільні і рівні у своїй гідності та правах. Права і свободи людини є невідчужуваними та непорушними (ст. 21); громадяни мають рівні конституційні права і свободи та є рівними перед законом (ст. 24); права та свободи людини і громадянина захищаються судом. Кожному гарантується право на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб (ст. 55) та ін.

Таким чином, реалізація значного кола особистих прав і свобод здійснюється за допомогою засобів, що мають нормативно-правове регулювання.

Вважаємо, що особливо це стосується реалізації конституційного права на судовий захист. Проте значне коло нормативних джерел, ускладненість юридичних понять і процедур спонукає особу звертатися за допомогою в роз'ясненні окремих термінів, положень, правових ситуацій до осіб, які здатні відповісти на зазначені питання.

Це можуть бути як правознавці, так і інші особи, які перебували у подібних життєвих ситуаціях і мають певний досвід. Кожний для себе особисто визначає, до кого звернутися. Якість наданої допомоги також буде різною. Але для виконання завдання держави щодо створення умов для реалізації соціальних, культурних і економічних прав людини, реалізації принципу верховенства права, саме держава заінтересована у підвищенні якості надання правових роз'яснень.

¹ Колодій А. М. Права, свободи та обов'язки людини і громадянина в Україні : підруч. / А. М. Колодій, А. Ю. Олійник. – К. : Всеукраїнська асоціація видавців «Правова єдність», 2008. – 350 с. – С. 3.

² Права человека : учеб. для вузов / отв. ред. – член-корр. РАН, доктор юридических наук Е. А. Лукашова. – М., 1999. – С. 84.

³ Колодій А. М. Вказана праця. – С. 3.

⁴ Dahl R. Dilemmas of Pluralist Democracy. – London : Yale University Press, 1982. – P. 16.

⁵ Пустовіт Ж. М. Актуальні проблеми прав і свобод людини і громадянина в Україні : навч. посіб. / Ж. М. Пустовіт. – К. : КНТ, 2009. – 232 с.

⁶ Загальна декларація прав людини: прийнято резолюцією 217 А (III) Генеральної Асамблеї ООН від 10 грудня 1948 р. // Права людини. Міжнародні договори України, декларації, документи [упоряд. Ю. К. Качуренко. – [2-е вид.] – К. : Юрінформ, 1992. – С. 18–24.

⁷ Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права : прийнято резолюцією 2200 А (XXI) Генеральної Асамблеї ООН від 16 грудня 1966 р. // Права людини : зб. документів / укл. В. С. Семенов, О. Н. Ярмиш та ін. – Х. : Ун-т внутр. справ, 1997. – С. 30–41.

⁸ Міжнародний пакт про громадянські і політичні права : прийнято резолюцією 2200 А (XXI) Генеральної Асамблеї ООН від 16 грудня 1966 р. // Права людини : зб. док. [укл. В. С. Семенов, О. Н. Ярмиш та ін.] – Х. : Ун-т внутр. справ, 1997. – С. 4–25.

⁹ Конституція України. – Х. : ПП «ІГВІН», 2012. – 64 с.

¹⁰ Колодій А. М. Вказана праця. – С. 4.

¹¹ Про безоплатну правову допомогу : Закон України від 2 червня 2011 р. № 3460-IV // Офіційний вісник України. – 2011. – № 51. – С. 13. – Ст. 2009.

¹² Основні положення Закону України «Про безоплатну правову допомогу» : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://obljust.rv.ua/index.phpm=content&d=view&cid=878> – Назва з екрану.

¹³ Основні положення Закону України «Про безоплатну правову допомогу» : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://obljust.rv.ua/index.phpm=content&d=view&cid=878> – Назва з екрану.

¹⁴ Конституція України [Текст] // Офіційний вісник України. – 2010. – № 72/1. – Спец. випуск. – Ст. 2598.

¹⁵ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням правління Пенсійного фонду України щодо офіційного тлумачення положень статті 1, частин першої, другої, третьої статті 95, частини другої статті 96, пунктів 2, 3, 6 статті 116, частини другої статті 124, частини першої статті 129 Конституції України, пункту 5 частини першої статті 4 Бюджетного кодексу України, пункту 2 частини першої статті 9 Кодексу адміністративного судочинства України в системному зв'язку з окремими положеннями Конституції України від 25 січня 2012 року № 3-рп/2012 [Текст] // Офіційний вісник України. – 2012. – № 11. – Ст. 422.

Резюме

Шановал В. Д. Загальна характеристика права громадян на правову допомогу в Україні.

У статті проаналізовано питання щодо дослідження права громадян України на правову допомогу. Пояснюється це тим, що вітчизняні законотворці досить активно й успішно використовують наукові розробки. Стан усвідомлення на державному рівні проблем забезпечення та захисту прав і свобод людини та громадянина є не досить вивченим та закріпленим у законодавчій базі.

Ключові слова: права, свободи, обов'язки людини і громадянина, право на правову допомогу.

Резюме

Шановал В. Д. Общая характеристика права граждан на правовую помощь в Украине.

В статье анализируется вопрос по исследованию права граждан Украины на правовую помощь. Объясняется это тем, что отечественные законодатели достаточно активно и успешно используют научные разработки. Состояние осознания на государственном уровне проблем обеспечения и защиты прав и свобод человека и гражданина не достаточно изучено и закреплено в законодательной базе.

Ключевые слова: права, свободы, обязанности человека и гражданина, право на правовую помощь.

Summary

Shapoval V. General Characteristics of Citizens' Rights to Legal Assistance in Ukraine.

This article deals with the study of the problem of research of citizen's right to legal assistance in Ukraine. The reason is that national legislators actively and successfully apply scientific developments. The status of awareness of issues of human rights and freedoms protection of a man and citizen at the national level has not been studied yet and has not been embodied in the legal framework.

Key words: law, freedom, rights and duties of citizen, the right to legal assistance.

УДК 342.71(477)

В. П. БОСИЙ

Вадим Петрович Босий, суддя Господарського суду Києва

ОСОБЛИВОСТІ НАБУТТЯ БІЖЕНЦЯМИ ГРОМАДЯНСТВА УКРАЇНИ

За роки незалежності України на її територію внаслідок інтенсивних міграційних потоків прибула значна кількість різних категорій мігрантів, які не мали українського громадянства. Вагому частку серед них становили біженці. За період 1996–2012 рр. наша держава надала статус біженця 6 147 особам¹.

Згідно з частиною першою ст. 30 Закону України «Про біженців та осіб, які потребують додаткового або тимчасового захисту» від 8 липня 2011 р. Україна має співпрацювати з іншими державами, Управлінням Верховного Комісара Організації Об'єднаних Націй у справах біженців, іншими міжнародними організаціями з метою повернення біженців у країни їх громадянської належності (підданства) або попереднього постійного проживання. Водночас у багатьох випадках таке повернення є неможливим у зв'язку із політичною ситуацією в таких країнах, що актуалізує надання біженцям громадянства України як умови їхньої інтеграції в українське суспільство.

Варто зауважити, що в Концепції державної міграційної політики, схваленої Указом Президента України від 30 травня 2011 р. № 622, передбачено здійснення заходів, пов'язаних з інтеграцією в українське суспільство іноземців та осіб без громадянства, яким надано статус біженців в Україні.

Розв'язання завдання законодавчого забезпечення набуття біженцями українського громадянства потребує належного наукового забезпечення. Водночас це питання у вітчизняній конституційно-правовій літературі досліджено недостатньо. Деякі його аспекти, зокрема значення натуралізації біженців, проблему попередження і скорочення їхнього безгромадянства, зміст міжнародно-правових актів з цього питання розглядали М. І. Суржинський, С. Б. Чехович, О. П. Огурцов. Разом із тим специфіці умов набуття українського громадянства біженцями приділено недостатньо уваги.

Основною метою цієї статті є здійснення аналізу національного законодавства, що регулює особливості набуття громадянства України біженцями, та обґрунтування пропозицій щодо його вдосконалення.

Варто зауважити, що тривалий час національне законодавство, встановлюючи умови набуття українського громадянства, не враховувало особливості правового становища біженців. Зокрема, Закон України «Про громадянство України» від 8 жовтня 1991 р. взагалі не згадував цю категорію населення України.

Водночас Положення про порядок розгляду питань, зв'язаних з громадянством України, затверджене Указом Президента України від 31 березня 1992 р., передбачало можливість набуття громадянства України для особливої категорії осіб – політичних емігрантів.

Згідно з Положенням про політичних емігрантів в СРСР, затвердженого Указом Президії Верховної Ради СРСР 25 травня 1984 р. № 244-ІІ, політемігрантами визнавалися іноземці та особи без громадянства, які змушені залишити країни проживання, внаслідок переслідування їх з боку реакційних влад за захист інтересів трудящих і справи миру, за участь у революційному та національно-визвольному русі, за прогресивну суспільно-політичну, наукову чи іншу творчу діяльність. Відповідно до вказаного Положення прийняття політичних емігрантів до радянського громадянства здійснювалося Президією Верховної Ради СРСР або Президією Верховної Ради союзної республіки, на території якої вони мали постійне місце проживання. Клопоталося щодо прийняття до громадянства СРСР політемігрантів Товариство Червоного Хреста.

Хоча Положення про політичних емігрантів в СРСР втратило чинність на території України після проголошення її незалежності, Положення про порядок розгляду питань, зв'язаних з громадянством України, від 31 березня 1992 р. передбачало, що заяви про прийняття до громадянства політичних емігрантів оформляються організаціями Товариства Червоного Хреста України. Разом із тим жодного особливого порядку набуття громадянства України політичними емігрантами це Положення не встановлювало, отже, вони могли набуття українське громадянство лише на загальних умовах.

На біженців також поширювалися загальні умови набуття громадянства України, виконати деякі з них вони не мали можливості.

Так, за вказаним Законом умовою набуття українського громадянства було неперебування в іноземному громадянстві або відмова від нього. Відповідно до Положення про порядок розгляду питань, пов'язаних з громадянством України, затвердженого Указом Президента України від 31 березня 1992 р. № 196, особа під час подання заяви про прийняття до громадянства України мала підтвердити відмову від іноземного громадянства за допомогою документа про вихід з іноземного громадянства. Таку довідку біженець міг отримати лише у компетентних органах держави, яку він залишив, рятуючись від переслідувань. Зрозуміло, що виконати таку вимогу біженець не міг.

Однією з умов прийняття до громадянства України за зазначеним Законом була наявність законних джерел існування. Ні Закон України «Про громадянство України», ні Положення про порядок розгляду питань, зв'язаних з громадянством України, не давали визначення терміна «законні джерела існування». Воно містилося у ст. 34 нової редакції названого Закону від 16 квітня 1997 року. Згідно з нею до законних джерел існування належали: заробітна плата, пенсія, стипендія, аліменти, власні фінансові заощадження або фінансова допомога від членів сім'ї, які мали постійний законний доход. Переважна частина біженців не мала зазначених джерел існування, що перешкоджало їм набутти українське громадянство.

Крім того, умовою прийняття до громадянства України за Законом України «Про громадянство України» від 8 жовтня 1991 р. було постійне проживання на території України протягом останніх п'яти років. До того ж, заяви з питань громадянства мали подаватися в органи внутрішніх справ за місцем постійного проживання заявників. Проте за Законом України «Про біженців» від 24 грудня 1993 р. біженці мали право обирати місце тимчасового, а не постійного проживання. Отже, вони не могли проживати на території України постійно і не мали місця постійного проживання, що унеможливило подачу ними заяви про набуття українського громадянства.

У новій редакції Закону України «Про громадянство України» від 16 квітня 1997 р. також не згадуються біженці, хоча на той час, як зазначено вище, вже було прийнято Закон України «Про біженців». Водночас нова редакція містила деякі позитивні положення в аспекті набуття біженцями українського громадянства. Зокрема, замість постійного проживання особи на території України протягом останніх п'яти років вона передбачала умовою прийняття до громадянства України безперервне проживання особи на території України протягом зазначеного строку. Таку умову біженець міг виконати, оскільки хоча за чинним на той час законодавством статус біженця й надавався на три місяці, однак цей строк міг продовжуватися без обмеження кількості разів. Таким чином, біженець міг виконати умову про безперервне проживання біженця на території України протягом п'яти років.

Однак у Законі України «Про громадянство України» в редакції від 16 квітня 1997 р. збереглася вимога щодо оформлення документів з питань громадянства України за місцем постійного проживання заявника. Але біженці, як зазначалося, не мали місця постійного проживання в Україні, у зв'язку з чим не могли звернутися із заявою про набуття українського громадянства.

На цей час вже було зрозуміло, що більшість осіб, яким було надано статус біженців в Україні, не можуть повернутися до країн їхньої громадянської належності. Насамперед це стосувалося біженців з Афганістану, які становили більшість осіб, що отримали статус біженця в Україні². За інформацією Управління Верховного комісара ООН у справах біженців ситуація у сфері безпеки в цій країні залишається непередбачуваною, а досягнення безпеки на більшій частині Афганістану найближчим часом є маловірогідним³. Суттєві проблеми у сфері безпеки мали місце в деяких інших країнах походження біженців. Отже, вони не могли повернутися в країни своєї громадянської належності або постійного проживання, а відсутність українського громадянства не давала їм змоги успішно інтегруватися в українське суспільство.

Варто зазначити, що Україна в цей час готувалася приєднатися до Конвенції про статус біженців, ст. 34 якої передбачала, що її учасники будуть за можливості полегшувати асиміляцію та натуралізацію біженців.

Наведені обставини вплинули на зміст нового Закону України «Про громадянство України» від 18 січня 2001 р., який врахував особливості правового статусу біженців і закріпив сприятливі умови набуття ними українського громадянства.

Основною підставою набуття біженцями українського громадянства є прийняття їх до громадянства України. Загальними умовами прийняття до громадянства України за ст. 9 Закону України «Про громадянство України» є: визнання і дотримання Конституції України та законів України; подання декларації про відсутність іноземного громадянства (для осіб без громадянства) або зобов'язання припинити іноземне громадянство (для іноземців); безперервне проживання на законних підставах на території України протягом останніх п'яти років; отримання дозволу на імміграцію; володіння державною мовою або її розуміння в обсязі, достатньому для спілкування; наявність законних джерел існування.

Важливою новацією цього Закону було те, що на біженців-іноземців для набуття українського громадянства не поширювалася загальна вимога щодо подання зобов'язання припинити іноземне громадянство. Замість нього вони мали подати декларацію про відмову особи, якій надано статус біженця в Україні чи притулок в Україні, від іноземного громадянства. Закон у ст. 1 визначає цю декларацію як документ, у якому іноземець, якому надано статус біженця в Україні чи притулок в Україні, засвідчує свою відмову від громадянства (підданства) іншої держави, що відповідно до Закону України «Про біженців» вважається країною громадянської належності.

Слід мати на увазі, що норма стосовно подання декларації про відмову від іноземного громадянства не поширюється на осіб, яким надано статус біженця в інших державах. Водночас Закон України «Про біжен-

ців та осіб, які потребують додаткового або тимчасового захисту», визначаючи у ст. 1 поняття «біженець», не пов'язує його з наданням особі статусу біженця в Україні. А частина перша ст. 31 встановлює, що іноземці та особи без громадянства, яких визнано біженцями іншими державами – учасницями Конвенції про статус біженців 1951 р. і Протоколу щодо статусу біженців 1967 р. і які перебувають в Україні на законних підставах, користуються тими самими правами й свободами та несуть такі самі обов'язки, як і громадяни України, крім випадків, установлених Конституцією та законами України, а також міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України.

У даному випадку вбачається певна колізія між наведеними положеннями ст. ст. 1 та 31 Закону України «Про громадянство України», яку бажано усунути шляхом поширення спрощених умов прийняття до громадянства й на осіб, які отримали статус біженця в інших державах і прибули в Україну, що потребує внесення певних змін до вказаного Закону.

Закон передбачає спрощення й інших умов прийняття до громадянства України для біженців. Вони не повинні отримувати дозвіл на імміграцію, на них не поширюється умова щодо наявності законних джерел існування. Нарешті, для біженців встановлено строк безперервного проживання на законних підставах на території України протягом трьох років з моменту надання їм статусу біженця.

Закон України «Про громадянство України» встановив спрощені умови набуття громадянства України біженцями та їхніми дітьми не лише шляхом прийняття до нього, а й на інших підставах: за народженням, за територіальним походженням, через поновлення у громадянстві України.

Як правильно зазначають деякі науковці, в основу набуття громадянства України за народженням відповідно до ст. 7 Закону України «Про громадянство України» покладено як принцип права крові (народження від громадян певної держави), так і принцип права ґрунту (народження на території певної держави). Дійсно, право на набуття особою громадянства України за народженням залежить від статусу батьків особи, законності та характеру їх проживання в Україні, місця народження самої особи, а також в деяких випадках – від статусу самої особи⁴.

Стосовно дитини біженця застосовується принцип права ґрунту – вона має народитися на території України. При цьому наявність громадянства України у одного з батьків не вимагається. Згідно з частиною п'ятою ст. 7 зазначеного Закону України особа, яка народилася на території України, одному з батьків якої надано статус біженця в Україні чи притулок в Україні, і не набула за народженням громадянства жодного з батьків або набула за народженням громадянство того з батьків, якому надано статус біженця в Україні чи притулок в Україні, є громадянином України.

Зауважимо: якщо дитина за народженням набуває громадянство того з батьків, якому надано статус біженця в Україні, вона відповідно до Закону України «Про громадянство України» набуває за народженням і українське громадянство.

Згідно зі ст. 8 Закону України «Про біженців» біженці – вихідці з України можуть набути громадянство України за територіальним походженням. За вказаною статтею особа, яка сама чи хоча б один з її батьків, дід чи баба, рідні (повнорідні та неповнорідні) брат чи сестра, син чи дочка, онук чи онука народилися або постійно проживали до 24 серпня 1991 р. на території, яка стала територією України відповідно до Закону України «Про правонаступництво України», або яка сама чи хоча б один з її батьків, дід чи баба, рідні (повнорідні та неповнорідні) брат чи сестра народилися або постійно проживали на інших територіях, що входили на момент їх народження або під час їх постійного проживання до складу Української Народної Республіки, Західноукраїнської Народної Республіки, Української Держави, Української Соціалістичної Радянської Республіки, Закарпатської України, Української Радянської Соціалістичної Республіки (УРСР), і є особою без громадянства або іноземцем, який подав зобов'язання припинити іноземне громадянство, та подала заяву про набуття громадянства України, а також її неповнолітні діти реєструються громадянами України.

При цьому іноземці, яким надано статус біженця в Україні, замість зобов'язання припинити іноземне громадянство подають декларацію про відмову особи, якій надано статус біженця в Україні чи притулок в Україні, від іноземного громадянства.

Законодавчі новації стосуються і умов поновлення біженців в громадянстві України. За частиною другою ст. 10 Закону України «Про громадянство України», якщо в громадянстві України поновлюється іноземець, якому надано статус біженця в Україні чи притулок в Україні, він замість зобов'язання припинити іноземне громадянство подає декларацію про відмову особи, якій надано статус біженця в Україні чи притулок в Україні, від іноземного громадянства.

Варто зауважити, що у формулюванні частини другої ст. 10 зазначеного Закону України має місце певна колізія. З одного боку, її дія поширюється і на біженців, а з другого, – в ній йдеться про повернення особи на постійне проживання в Україну. Однак іноземці, які прибувають в Україну на постійне проживання, за її законодавством вважаються іммігрантами, до яких біженці не належать. У зв'язку з цим видається доцільним усунути зазначену колізію шляхом внесення відповідних змін до ст. 10 зазначеного Закону України, врегулювавши умови поновлення в громадянстві України біженців-іноземців в окремій частині вказаної статті.

Важливою процедурною новацією гарантією можливості набуття біженцями українського громадянства є те, що національне законодавство України більше не вимагає подання біженцем клопотання щодо оформлення або набуття громадянства України за місцем постійного проживання особи. Згідно із п. 4 Порядку провадження за заявами і поданнями з питань громадянства України та виконання прийнятих рішень, затверд-

женого Указом Президента України «Питання організації та виконання Закону України «Про громадянство України» від 27 березня 2001 р. № 215, заяви та інші документи з питань громадянства подаються особою, якій надано статус біженця в Україні чи притулок в Україні, – до управління, відділу (сектору) міграційної служби в районі, районі у місті, місті обласного, республіканського (Автономної Республіки Крим) значення за місцем реєстрації особи.

Викладене дає змогу зробити висновок, що вдосконалюючи законодавство про громадянство, наша держава створила необхідні законодавчі основи для вирішення проблеми набуття громадянства України особами, яких визнано в ній біженцями.

¹ Україна як країна притулку: спостереження щодо становища шукачів статусу біженця і біженців в Україні. – Женева : Управління Верховного комісара ООН у справах біженців, 2013. – 45 с. – С. 4.

² Статистичні дані по кількості шукачів притулку в Україні за 2008–2014 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://unhcr.com.ua>

³ Руководство УВКБ ООН по оценке потребностей в международной защите лиц, ищущих убежища из Афганистана от 6 августа 2013 года : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://unhcr.com.ua>

⁴ *Суботенко В. П.* Науково-практичний коментар закону «Про громадянство України» / В. П. Суботенко ; за заг. ред. Л. М. Горбунової. – К. : МП «Леся», 2008. – 624 с. – С. 197.

Резюме

Босий В. П. Особливості набуття біженцями громадянства України.

У статті аналізується національне законодавство, що регулює порядок, умови та особливості набуття громадянства України біженцями, та обґрунтовуються пропозиції щодо його вдосконалення. Звертається увага на значення набуття біженцями громадянства України для інтеграції в українське суспільство. Досліджується процес формування національного законодавства з цього питання відповідно до міжнародних зобов'язань.

Ключові слова: біженець, особа без громадянства, громадянин, громадянство, законодавство України про громадянство.

Резюме

Босий В. П. Особенности получения беженцами гражданства Украины.

В статье анализируется национальное законодательство, регулирующее порядок, условия и особенности получения гражданства Украины беженцами, и обосновываются предложения по его совершенствованию. Обращается внимание на значение получения беженцами гражданства Украины для интеграции в украинское общество. Исследуется процесс формирования национального законодательства по данному вопросу в соответствии с международными обязательствами.

Ключевые слова: беженец, лицо без гражданства, гражданин, гражданство, законодательство Украины о гражданстве.

Summary

Bosyi V. Features of the acquisition of Ukrainian citizenship by refugees.

This article analyzes the national legislation regulating the manner, conditions and features of the acquisition of Ukrainian citizenship by refugees, and supported proposals for its improvement. Attention is drawn to the value of the acquisition of Ukrainian citizenship by refugees for integration into Ukrainian society. Explores the process of formation of national legislation on this issue in accordance with international obligations.

Key words: a refugee, person without citizenship, citizen, citizenship, legislation of about citizenship.

УДК 346.5 : 342.951 (477)

С. І. БЕВЗ

Світлана Іванівна Бевз, кандидат юридичних наук, доцент, декан юридичного факультету Київського університету права НАН України

МЕТА ДЕРЖАВНОГО РЕГУЛЮВАННЯ ГОСПОДАРСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ: ПОГЛЯД НА ПИТАННЯ

Як і будь-яка інша діяльність, державне регулювання господарської діяльності має свою мету – результат, якого прагне досягти. Досягнення такого результату свідчить про ефективне здійснення певної діяльності. Актуальність ефективного державного регулювання господарської діяльності в сучасних умовах розвитку нашої держави не викликає сумнівів.

У науковій літературі питання державного регулювання господарської діяльності були предметом дослідження багатьох вчених. Вагомий внесок у розробку даної проблеми внесли О. М. Бандурка, Д. Н. Бахрах, Ю. П. Битяк, О. М. Вінник, М. Вітке, О. П. Віхров, С. Т. Гончарук, А. Н. Горницький, В. М. Горшенев, Є. В. Додін, І. Я. Дюрягін, Г. Л. Знаменский, В. В. Зуй, Л. В. Коваль, Ю. М. Козлов, В. К. Колпаков, І. М. Кравець, Т. М. Кравцова, Б. М. Лазарев, К. Б. Левченко, В. К. Мамутов, Д. М. Овсянко, В. Ф. Опришко, В. Б. Пастухов, В. М. Попович, Г. Х. Попов, О. П. Рябченко, В. М. Самсонов, Н. О. Саніахметова, В. Ф. Сіренко, А. О. Селіванов, М. С. Студенікіна, Ю. О. Тихоміров, В. В. Цветков, В. С. Щербина та інші. Зазначимо, що увага приділялася в основному розумінню сутності цього явища.

Виходячи з визначень державного регулювання, державного регулювання економіки та/або господарської діяльності в науковій літературі цією метою є упорядкування, встановлення загальних правил і норм суспільної поведінки, а також запобігання негативним явищам у суспільстві¹; створення сприятливих економічних, правових і організаційних умов діяльності комерційних та некомерційних організацій, підприємництва²; забезпечення стабільного функціонування й послідовного розвитку тієї чи іншої галузі економіки і наряду розширення промислової могутності, впровадження нових технологій та інформатизації промислового процесу, створення гарантій здійснення соціально-економічних прав громадян (наприклад, збільшення кількості робочих місць і забезпечення належних умов праці)³; стабілізації та коригування існуючої соціально-економічної системи до умов, що постійно змінюються⁴; коригування економічної діяльності фізичних та юридичних осіб⁵ тощо. Як бачимо, єдиного результату, який має бути досягнутий в процесі державного регулювання господарської діяльності, не визначено. Окреслені цілі є здебільшого завданнями, що мають бути розв'язані в процесі здійснення державою відповідного регулювання.

Мета даної статті – проаналізувати визначення мети державного регулювання господарської діяльності в законодавстві України.

Згідно з ч.1 ст. 12 Господарського кодексу України держава застосовує різноманітні засоби і механізми регулювання господарської діяльності для реалізації економічної політики, виконання цільових економічних та інших програм та програм економічного і соціального розвитку. При цьому законодавець не уточнює, про яке саме регулювання йдеться: державне чи правове. Можна зробити висновок, що як правове, так і державне регулювання господарської діяльності здійснюється з метою реалізації економічної політики, виконання цільових економічних та інших програм і програм економічного й соціального розвитку. Такий висновок повністю кореспондує з розумінням державного регулювання господарської діяльності як складової державного регулювання економіки держави.

Проте таке формулювання схоже на перелік завдань, які мають бути розв'язані в процесі державного регулювання господарської діяльності. З метою визначення, якого результату має прагнути держава, здійснюючи регулювання господарської діяльності, розглянемо як співвідносяться (взаємопов'язані) ці положення між собою.

Зазначимо, що виконання цільових економічних та інших програм, програм економічного і соціального розвитку здійснюється в процесі реалізації економічної політики держави. Таким чином, реалізація економічної політики держави включає виконання відповідних програм.

Відповідно до ч. 4 ст. 9 ГК України правове закріплення економічної політики здійснюється шляхом визначення засад внутрішньої і зовнішньої політики, у прогнозах та програмах економічного й соціального розвитку України та окремих її регіонів, програмах діяльності Кабінету Міністрів України (далі – КМУ), цільових програмах економічного, науково-технічного і соціального розвитку, а також відповідних законодавчих актах. Варто звернути увагу на те, що, по-перше, некоректним є формулювання «а також відповідних законодавчих актах», оскільки засади внутрішньої і зовнішньої політики, програми економічного й соціального розвитку, програми діяльності КМУ визначені та/або закріплені відповідними законодавчими актами, тому доцільно положення ч. 4 ст. 9 ГК України викласти саме в такій редакції: «що затверджуються відповідними законодавчими актами». По-друге, виходячи зі змісту ч. 4 ст. 9 ГК України цільові програми є однією із форм реалізації економічної політики. Це підтверджує висловлену раніше тезу про те, що реалізація економічної політики включає виконання відповідних програм.

Варто звернути також увагу на те, що відповідно до ст. 9 ГК України економічна політика держави у сфері господарювання спрямована на реалізацію та оптимальне узгодження інтересів суб'єктів господарювання і споживачів, різних суспільних верств і населення в цілому. Досягнення такого результату свідчить про забезпечення соціальної спрямованості економіки, що, згідно з ч. 4 ст. 13 Конституції України покладатися на державу та визначено в ст. 6 Закону України «Про основи національної безпеки України» одним із пріоритетів національних інтересів України.

У літературі також зазначається, що метою державного регулювання економіки є реалізація конституційного положення про те, що держава забезпечує соціальну спрямованість економіки⁶. При цьому підкреслюється, що державне регулювання зачіпає інтереси, з одного боку, підприємств, установ, організацій, а з іншого, – безпосередньо конкретних громадян⁷.

Виходячи зі ст. 5 ГК України державне регулювання господарської діяльності має здійснюватися таким чином, щоб забезпечити встановлення правового господарського порядку, що можливо, виходячи зі змісту зазначеної статті ГК, в результаті оптимального поєднання державного регулювання господарської діяльності з ринковим саморегулюванням.

Таким чином, виходячи з Основного Закону та ГК України, метою державного регулювання господарської діяльності є реалізація економічної політики держави, забезпечення соціальної спрямованості економіки та встановлення правового господарського порядку.

Реалізація економічної політики держави полягає у належному виконанні цільових економічних та інших програм і програм економічного й соціального розвитку. При цьому, враховуючи те, що Законом України «Про державні цільові програми» визначено, що метою розроблення державних цільових програм є сприяння реалізації державної політики на пріоритетних напрямках розвитку держави, виходячи з пріоритетів національних інтересів України, визначених ст. 6 Закону України «Про основи національної безпеки України», можна зробити висновок, що метою реалізації економічної політики є насамперед забезпечення соціально орієнтованої економіки.

Таким чином, мета державного регулювання господарської діяльності, виходячи з положень чинного законодавства України, зводиться до двох положень:

- забезпечення соціально орієнтованої економіки;
- встановлення правового господарського порядку.

Забезпечення соціальної спрямованості економіки передбачає передусім, як уже зазначалося, реалізацію та оптимальне узгодження інтересів суб'єктів господарювання і споживачів, різних суспільних верств та населення в цілому.

Правовий порядок є тим юридичним результатом, до якого прагнуть державна влада і всі суб'єкти права, використовуючи різноманітні засоби та шляхи. У цьому соціальному результаті органічно поєднуються об'єктивні потреби впорядкування життя з діяльністю людей щодо врегулювання їхньої ж поведінки і вчинків⁸.

Як зазначається в літературі, суспільний господарський порядок – ключове поняття сучасної концепції господарського права. По суті, це пануючий у суспільстві уклад матеріального виробництва, що базується на положеннях Конституції, нормах права, нормах моралі та ділових звичаях і традиціях, ухвалених вищою законодавчою владою стратегічних економічних рішеннях, які забезпечують гармонізацію приватних і публічних інтересів, стимулюють зростання матеріального благополуччя народу⁹. У результаті створення суспільного (громадського) господарського порядку повинно з'явитися таке «правове поле», яке здатне забезпечити рівне підпорядкування всіх суб'єктів господарювання (включаючи органи державного управління) громадським інтересам, вимогам господарського порядку, закріпленим у законодавстві¹⁰.

Виходячи з вищевикладеного, встановлення правового господарського порядку можна визначити основною метою державного регулювання господарської діяльності, досягнення якої передбачає наявність соціально орієнтованої економіки; такий рівень організації господарської діяльності як підсистеми економіки, за якого забезпечується реалізація та оптимальне узгодження інтересів суб'єктів господарювання і споживачів, різних суспільних верств і населення в цілому; ефективно виконуються цільові економічні та інші програми й програми економічного і соціального розвитку.

При цьому, як зазначається в літературі, «попри всю різноманітність чинників суспільного господарського порядку погодження публічних та приватних інтересів є одним з найбільш суттєвих з них»¹¹. У Концепції удосконалення державного регулювання господарської діяльності 2007 року передбачається, що «забезпечення економічної безпеки держави та добробуту її громадян шляхом захисту конкурентного ринкового середовища, реалізації конституційного права кожного громадянина на підприємницьку діяльність, формування сприятливого та передбачуваного правового поля для реалізації відповідного права є однією з основних функцій держави в умовах подальшого розвитку ринкової економіки». Таким чином, фактично Концепція починається з констатації необхідності поєднання публічних (належне виконання основних функцій держави) та приватних (наявність конкурентного середовища, умов для реалізації права на підприємництво) інтересів, без належного забезпечення якої неможливий подальший розвиток ринкової економіки.

Наявність у сучасних умовах господарювання публічних і приватних інтересів не викликає сумніву. Проте відсутнє єдине розуміння цього явища. Як зазначається у Великому тлумачному словнику сучасної української мови, «інтерес»: 1. Увага до кого-, чого-небудь, зацікавлення кимсь, чимось. 2. Вага, значення. 3. Те, що найбільше цікавить кого-небудь, що становить зміст чийхось думок і турбот; прагнення, потреби. 4. Те, що йде на користь кому-, чому-небудь, відповідає чийсь прагненням, потребам¹². Зрозуміло, що «інтерес» у сфері господарювання розуміється у двох останніх значеннях, поєднання яких представлено в науковій літературі як об'єктивно-суб'єктивний підхід до розуміння сутності інтересу. У Словнику іншомовних слів визначається два аспекти цього явища: соціологічний, економічний, у межах якого інтерес розуміється як реальна причина соціальних дій, що лежить в основі безпосередніх мотивів поведінки індивідів, соціальних груп та психологічний – ставлення особистості до предмета як до чогось безпосередньо для неї цінного, привабливого¹³. Реалізація інтересу у сфері господарювання відбувається у разі поєднання цих двох складових. При цьому його мають як органи державної влади, так і особи приватного права – суб'єкти господарювання, що дає підстави говорити про наявність публічних та приватних інтересів.

Перші наукові пошуки проблематики публічного інтересу у праві відображено у працях відомого англійського філософа епохи Просвітництва Джона Локка. Він зазначав, що існує багато випадків, яких закон не може передбачити, і для їх урегулювання слід надати право розсуду тим, у чийх руках перебуває виконавча влада, для того щоб вони розпоряджалися нею, як того вимагає суспільне благо¹⁴. На теренах СНД категорія публічного інтересу вперше глибоко була досліджена Ю. О. Тихомировим. Він, зокрема, розуміє під публічним інтересом визнаний державою та забезпечений правом інтерес соціальної спільності, задоволення якого є гарантією її існування й розвитку¹⁵. Як інтерес соціальної спільності, що визнаний та задоволений державою, визначається публічний інтерес і С. Т. Гончаруком. Визнання публічності інтересу здійснюється шляхом його правового (юридичного) забезпечення (фіксації у нормах і встановлення механізму реалізації)¹⁶. Публічні інтереси визначаються також як об'єктивно існуючі в сфері економіки інтереси держави і суспільства, що формуються під впливом законів функціонування ринкової економіки¹⁷. О. М. Вінник визначає поняття публічних інтересів як відображення в праві відгартонізованих та збалансованих інтересів держави, всього суспільства, значної його частини, у тому числі територіальних громад, соціальних груп, особливо найбільш вразливих і слабо захищених, що потребують державної підтримки для уникнення кризових явищ у суспільстві, страйків та інших колективних форм протесту й самозахисту¹⁸. При цьому в літературі також підкреслюється, що у підприємницькій діяльності законний приватний інтерес щодо отримання прибутку набуває особливого значення: його задоволення є метою, рушійною силою такої діяльності, а умовою досягнення цієї мети – врахування публічних інтересів. Тому виникає потреба регулюючого впливу на підприємництво з боку держави, завдання якої полягає, з одного боку, в стимулюванні приватної ініціативи (інтересу), а з іншого – у встановленні умов, за яких досягнення (реалізація) такого інтересу попередить або мінімізує заподіяння шкоди суспільству, державі, споживачам, довкіллю тощо¹⁹.

Виходячи з вищезазначеного, забезпечення соціально орієнтованої економіки може бути визначено як публічний інтерес, який задовольняється при встановленні господарського порядку.

Господарська діяльність, напевно, одна із тих сфер, в якій найкраще відображається діалектика приватних та публічних інтересів. Адже учасниками відносин у цій сфері є як суб'єкти господарювання (суб'єкти приватного права), так і органи державної влади (суб'єкти публічного права). Як відомо, здійснювати господарську діяльність без взаємодії з органами державної влади неможливо. При цьому державне регулювання господарської діяльності має бути спрямоване на задоволення публічних інтересів без конфліктності з приватними інтересами суб'єктів господарювання. Фактично виконання функцій державного регулювання господарської діяльності органами державної влади спрямоване на забезпечення публічних інтересів (порядку у сфері господарювання, надходжень до Державного бюджету, задоволення пріоритетних державних потреб) та приватних інтересів (забезпечення належних умов господарювання, можливості реалізації конституційного права на підприємництво, рівності прав і свобод суб'єктів господарювання тощо). При цьому приватні інтереси суб'єктів господарювання є метою, яка досягається за належного забезпечення публічних інтересів. Застосування заходів державного регулювання господарської діяльності передбачає певний результат, який має забезпечувати можливість реалізації приватних інтересів.

На досягнення публічних інтересів у сфері господарювання спрямовані також дії осіб приватного права. Суб'єкти публічного права (органи державної влади) створюють умови, передбачають необхідні вимоги до суб'єктів приватного права, реалізація яких і забезпечує задоволення публічних інтересів. Таким чином, суб'єкти підприємництва в своїй стратегії розвитку діяльності мають постійно шукати для себе баланс пуб-

лічних і приватних інтересів. Якщо вони мають намір задовольняти свій приватний інтерес, то це неможливо без паралельного задоволення ними ж публічного інтересу. Усвідомлення суб'єктами господарювання, їх керуючими органами необхідності компромісу, балансу публічних та приватних інтересів є межею свободи підприємництва – одного з основних принципів господарювання. Тоді як для суб'єктів публічного права можливість задоволення приватних інтересів є показником якості забезпечення публічного інтересу. Отже, взаємозв'язок приватних і публічних інтересів при державному регулюванні господарської діяльності зумовлює необхідність узгодження інтересів усіх суб'єктів, в основу якого повинен бути покладений основний принцип: держава в особі правотворчих органів повинна прагнути того, щоб дотримання інтересів суспільства та держави (публічних інтересів) було вигідно кожному носію приватного інтересу²⁰. Тож визначальним у державному регулюванні господарської діяльності є задоволення публічних інтересів. При цьому баланс публічних і приватних інтересів має бути забезпечений у діяльності двох суб'єктів: суб'єкта публічного права (органу державної влади) та суб'єкта приватного права (суб'єкта господарювання). Необхідність «таких балансів» обумовлена тим, що в процесі діяльності зіштовхуються приватні інтереси підприємців і публічні інтереси суспільства. Ці інтереси повинні бути урівноважені і не вводити в конфлікт один з одним²¹. Лише за наявності такого балансу можна говорити про ефективне державне регулювання господарської діяльності.

Таким чином, основною метою державного регулювання господарської діяльності можна визначити встановлення правового господарського порядку, за якого забезпечено баланс приватних і публічних інтересів як при здійсненні господарської діяльності суб'єктами господарювання, так і при здійсненні державного регулювання господарської діяльності органами державної влади. Чітке формулювання мети державного регулювання господарської діяльності та розуміння її сутності допоможе визначити необхідні функції держави для її досягнення, належна реалізація яких підвищить і ефективність державного регулювання господарської діяльності як напрямку діяльності держави.

¹ *Нагребельний В. П.* Державне регулювання / В. П. Нагребельний, М. В. Оніщук // Юридична енциклопедія : в 6 т. / Редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. – К. : Укр. енцикл., 1998. – Т. 2: Д–Й. 1999. – С. 118.

² *Алехин А. П.* Административное право Российской Федерации : учеб. / А. П. Алехин, А. А. Кармолицкий, Ю. М. Козлов. – М. : ИКД «Зерцало-М», 2002. – С. 392.

³ Адміністративне право: підруч. / Ю. П. Битяк (кер. авт. кол.), В. М. Гарашук, В. В. Богущкий та ін. ; за заг. ред. Ю. П. Битяка, В. М. Гарашука, В. В. Зуй. – 2-ге вид., переробл. та допов. – Х. : Право, 2013. – 656 с.

⁴ Україна: чи сприятливі умови для підприємницької діяльності. Опитування підприємств, проведене Українською Маркетинговою групою Міжнародної фінансової корпорації у 2002 році / А. Неміцкас, Б. Сенчук, О. Бабанін. – К., 2002. – 132 с.

⁵ *Саніахметова Н. О.* Регулювання підприємницької діяльності в Україні (організаційно-правові аспекти) : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : спец. 12.00.07 / Н. О. Саніахметова ; Одеська держ. юридична академія. – Одеса, 1998. – 35 с.

⁶ *Колпаков В. К.* Адміністративне право України : підруч. / В. К. Колпаков. – К. : Юрінком Інтер, 1999. – С. 396.

⁷ Там само. – С. 397.

⁸ *Общая теория государства и права. Академический курс* : в 2 т. [отв. ред. проф. М. Н. Марченко]. – М. : Изд-во «Зерцало», 1998. – Т. 2 : Теория права. – С. 537.

⁹ *Знаменский Г. Л.* Исследование проблем хозяйственного права в новых условиях / Г. Л. Знаменский // Экономика и право. – 2002. – № 1. – С. 36–37.

¹⁰ *Знаменский Г. Л.* Новое хозяйственное право. Избранные труды: сб. науч. трудов / Г. Л. Знаменский. – К. : Юрінком Інтер, 2012. – С. 351.

¹¹ *Подцерковний О. П.* Грошові зобов'язання господарського характеру: проблеми теорії і практики./ О. П. Подцерковний – 2-ге вид. – К. : Юстініан, 2007. – С. 84.

¹² Великий тлумачний словник сучасної української мови [уклад. і голов. ред. В. Т. Бусел]. – К. ; Ірпінь : ВТФ «Перун», 2002. – С. 401.

¹³ Словник іншомовних слів: 23 000 слів та термінологічних словосполучень [уклад. Л. О. Пустовит та ін.]. – К. : Довіра, 2000. – С. 476. – (Б-ка держ. службовця. Держ. мова і діловодство).

¹⁴ *Локк Дж.* Избранные философские произведения : у 2 т. / Джон Локк. – М. : Мысль, 1960. – Т. 2. – С. 92.

¹⁵ *Тихомиров Ю. А.* Публичное право / Ю. А. Тихомиров. – М. : АО «Центр ЮрИнфоР», 2001. – С. 68.

¹⁶ *Гончарук С. Т.* Адміністративне право України. Загальна та Особлива частини : навч. посіб. (на допомогу слухачам, що здають держ. та поточні іспити з адм. права) / С. Т. Гончарук. – К. : НАВС України, 2000. – С. 33.

¹⁷ *Карягин Н. Е.* Комментарий к законодательству о государственном регулировании предпринимательской деятельности : науч.-практ. комментарий / Н. Е. Карягин, А. В. Михайлов, М. Ю. Чельшева. – СПб. : Питер, 2003. – С. 18.

¹⁸ *Вінник О. М.* Публічні та приватні інтереси в господарських товариствах: проблеми правового забезпечення : моногр. / О. М. Вінник. – К. : Атіка, 2003. – 352 с. – С. 29.

¹⁹ Там само.

²⁰ *Курбатов А. Я.* Сочетание частных и публичных интересов при правовом регулировании предпринимательской деятельности / А. Я. Курбатов. – М. : АО «Центр ЮрИнфоР», 2001. – С. 158.

²¹ *Ершова И. В.* Предпринимательское право : учеб. / И. В. Ершова. – 2-е изд., перераб. и доп. – М. : ИД «Юриспруденция», 2003. – С. 33.

Резюме

Бевз С. І. Мета державного регулювання господарської діяльності: погляд на питання.

Сучасний стан сфери господарювання актуалізує питання взаємодії її з органами державної влади, що відбувається насамперед при державному регулюванні господарської діяльності. Визначення мети такого регулювання сприятиме виконан-

ню лише тих функцій держави, які спрямовані саме на її досягнення. При цьому органи державної влади діють у межах Конституції та законів України. На підставі аналізу положень законів України та визначень певних категорій у науковій літературі в даній статті пропонується підхід до розуміння мети державного регулювання господарської діяльності.

Ключові слова: мета державного регулювання господарської діяльності, правовий господарський порядок, соціально орієнтована економіка, інтерес, приватні інтереси, публічні інтереси.

Резюме

Бевз С. И. Цель государственного регулирования хозяйственной деятельности: взгляд на вопрос.

Текущее состояние сферы хозяйствования актуализирует вопросы взаимодействия этой сферы с органами государственной власти, что происходит, в первую очередь, при государственном регулировании хозяйственной деятельности. Определение цели такого регулирования будет способствовать выполнению только тех функций государства, которые сосредоточены на её достижении. При этом государственные органы действуют в рамках Конституции и законов Украины. На основе анализа положений законов Украины и определений некоторых категорий в научной литературе в этой статье предлагается подход к пониманию цели государственного регулирования хозяйственной деятельности.

Ключевые слова: цель государственного регулирования хозяйственной деятельности, правовой хозяйственный порядок, социально ориентированная экономика, интерес, частные интересы, публичные интересы.

Summary

Bevz S. Objective of state regulation of business activity: examination of issues.

Current situation in business activity makes actual a question of its interaction with state bodies and, first of all, it arises from state regulation of business activity. Defining an objective of this regulation will support the execution of the state functions that aimed to reach this goal. In such case state bodies function according to the Constitution and laws of Ukraine. Basing on the analysis of provisions of laws of Ukraine and definitions of specific categories in academic literature we suggest an approach to the concept of state regulation of business activity.

Key words: objective of state regulation of business activity, legal order of business, socially oriented economy, interest, private interest, public interest.

УДК 351.72(477)

Т. О. ГУБАНОВА

Тамара Олексіївна Губанова, кандидат юридичних наук, директор ПВНЗ «Фінансово-правовий коледж»

ОПТИМІЗАЦІЯ ЯК СПОСІБ ПІДВИЩЕННЯ ЕФЕКТИВНОСТІ ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ У СФЕРІ ДЕРЖАВНОГО ФІНАНСОВОГО КОНТРОЛЮ

Сьогодні Україна переживає новий етап свого історичного розвитку. Безперечно, українське суспільство та держава готові не тільки декларативно підтвердити своє бажання належати до числа європейських країн, але й робити необхідні кроки, спрямовані на реальне, а не формальне входження України до європейського співтовариства. Функціонування будь-якої сучасної держави є надзвичайно складним процесом. Він реалізується у багатьох сферах: економічній, соціальній, політичній та ін. При цьому однією із основних, фундаментальних сфер функціонування будь-якої держави є сфера фінансів. На сьогодні в Україні ця сфера набула особливого значення. Насамперед це обумовлено тим, що Україна фактично виживає в умовах, коли протиправно відокремлена частина її території, зокрема йдеться про Автономну Республіку Крим. Крім того, тривають незаконні бойові дії на території Луганської та Донецької областей. За таких умов особливого значення набуває контроль за ефективним та раціональним використанням державних коштів. Неприпустимим є нераціональне, неефективне їх використання. Основним інструментом у сфері контролю за державними фінансами, безперечно, є державний фінансовий контроль.

Варто звернути увагу на те, що теоретичні та практичні проблеми, пов'язані із державним фінансовим контролем, висвітлюються у багатьох наукових розвідках. У цьому контексті йдеться про дисертаційні дослідження Л. А. Савченко, В. С. Шестака та ін.

Крім того, не варто забувати про фундаментальні праці, які присвячені державному фінансовому контролю таких дослідників, як: М. Ф. Базася, М. Т. Білуху, М. А. Гурвіча, О. Ю. Грачеву, О. М. Дорогих, О. М. Козиріна, Е. О. Кочеріна, Н. Д. Погосяна, Ф. М. Хашукаєва, Л. К. Царьова, С. О. Шохіна, О. А. Ялбуганова та ін.

Разом із тим питання, пов'язані із державним фінансовим контролем, потребують подальшого вивчення. Одним із таких напрямів, на нашу думку, є питання оптимізації законодавства України у сфері державного фінансового контролю.

Варто зазначити, що сама концепція оптимізації, як способу підвищення ефективності явищ і процесів зародилася в межах природничих наук, а згодом була широко використана в економіці. За своєю суттю оптимізація зводиться до найвигідніших характеристик, найбільшої ефективності певного процесу. На сьогодні оптимізація перейшла зі сфери економіки у юриспруденцію. Одним із перших комплексних досліджень оптимізації у сфері юриспруденції стало дисертаційне дослідження Ю. Л. Власенко¹. І хоча сама дисертаційна робота присвячена питанню оптимізації законодавства України у сфері забезпечення екологічної безпеки, проте вона містить багато цікавих положень, які можна застосувати в сфері державного фінансового контролю зокрема.

Слід зауважити, що оптимізація законодавства є відносно новим поняттям у науково-правовій літературі. Вона ще не отримала повною мірою усестороннього наукового обґрунтування та розкриття своєї сутності у власне юридичній площині функціонування. У цьому контексті цікавою є думка Ю. Л. Власенко про те, що оптимізація законодавства спирається насамперед на положення теорії ефективності права та законодавства і вимагає детального аналізу таких понять, як результативність, корисність, справедливість, якість, цінність, раціональність, доцільність, економічність тощо. Саме ж поняття «оптимізація» розглядається вченою як системний комплексний процес, спрямований на вдосконалення існуючої нормативно-правової бази певної сфери законодавства шляхом вибору найкращого (серед можливих) варіанта функціонування законодавства, що дасть змогу забезпечити досягнення максимального результату (мети законодавства) за наявних реальних умов (обмежуючих факторів) з метою розробки концепції стратегії розвитку законодавства у зазначеній сфері².

Безперечно, ці концептуальні положення стосовно оптимізації законодавства України можуть знайти своє застосування щодо державного фінансового контролю як комплексу цілеспрямованих заходів органів, їх підрозділів чи службових осіб, які здійснюють державний фінансовий контроль у межах повноважень, встановлених законодавством України, з метою упередження, виявлення та припинення фінансових правопорушень на підконтрольному об'єкті щодо його фінансово-господарської діяльності, а також забезпечення законності, фінансової дисципліни та ефективності формування і витрачання коштів, у тому числі бюджетних, та інших активів у процесі володіння, розпорядження, використання й відчуження державного майна, відшкодування збитків та встановлення міри відповідальності у разі порушення фінансового, у тому числі бюджетного, законодавства³.

Об'єктом оптимізації, безперечно, має стати саме законодавство України у сфері державного фінансового контролю. При цьому ключовими орієнтирами мають стати саме мета і предмет державного фінансового контролю. У науковій літературі під предметом державного фінансового контролю розуміють розпорядчу та фінансово-господарську діяльність підконтрольних об'єктів у частині формування, володіння, використання й відчуження коштів та інших активів, що належать або мають належати державі, у тому числі за зобов'язаннями з податків, зборів (обов'язкових платежів) і відрахуваннях до бюджету та позабюджетних фондів. Метою ж державного фінансового контролю є виявлення відхилень від прийнятих норм та стандартів, порушень принципів законності, ефективності й економії витрачання матеріальних ресурсів на найбільш ранній стадії для того, щоб мати можливість вжити коригувальних заходів, а в окремих випадках – притягти винних до відповідальності, отримати компенсацію за заподіяну шкоду або здійснити заходи щодо запобігання або скорочення подібних порушень у майбутньому⁴. Крім того, в процесі оптимізації законодавства України у сфері державного фінансового контролю, безперечно, мають бути враховані також наступні моменти: 1) багатогранний, комплексний характер самої системи законодавства, що обумовлює необхідність (за певних умов, а зокрема у разі об'єктивної відсталості його від рівня розвитку суспільних відносин у певній сфері) його систематизації й кодифікації, гармонізації та адаптації; 2) організація та здійснення державного фінансового контролю передбачає врахування всіх внутрішніх і зовнішніх факторів, взаємоузгодження вертикальної та горизонтальної структури управління законодавством; 3) об'єктивна складність системи законодавства передбачає оптимізацію окремих його складових: статей закону, нормативно-правового акта, інституту законодавства та законодавства в цілому, а також законотворчої та правореалізаційної діяльності; 4) значний обсяг законодавства України у сфері державного фінансового контролю, його різноманітність та переважно кількісний (а не якісний) характер не дають змоги формалізувати цей процес, чим суттєво обмежують можливість створення універсальної оптимальної моделі законодавства у сфері державного фінансового контролю тощо.

Крім того, не можна оминути увагою об'єктивні проблеми у розвитку сучасної національної правової системи України. До них належать: зниження ефективності правотворчої та правозастосовної діяльності; часта змінюваність (нестабільність) нормативно-правових актів; множинність підзаконних нормативно-правових актів та наявність у них у зв'язку з цим юридичних колізій та дублювань; несформованість правової бази щодо визначення статусу та порядку діяльності ряду державних органів; зменшення дієвості правового регулювання; розвиток правового нігілізму; існування досить великої кількості випадків позаправового вирішення соціальних конфліктів⁵. Безперечно, всі ці та багато інших чинників, які визначають буття національної правової системи України та законодавства України, як підсистеми об'єктивного права, не можуть ігноруватися, оскільки вони існують об'єктивно і реально впливають на функціонування всіх сфер законодавства України.

Наступним компонентом оптимізації, безперечно, є суб'єкти оптимізації. Хоча згідно із нормами чинного законодавства України до суб'єктів, які здійснюють різні види державного фінансового контролю, належать: Президент України, Верховна Рада України, Кабінет Міністрів України та інші органи державної влади в межах наданої їм компетенції, однак коло суб'єктів оптимізації законодавства України значно вужче. Це насамперед безпосередньо пов'язане із тим, що єдиним шляхом оптимізації законодавства є створення ново-

го та вдосконалення чинного законодавства, а, як відомо, нормотворчими повноваженнями наділене вузьке коло суб'єктів. Разом із тим провідна роль тут, без сумніву, належить: Верховній Раді України, Президенту України та Кабінету Міністрів України.

Важливе місце серед компонентів оптимізації належить принципам оптимізації законодавства України. Безперечно, вони деталізуються і конкретизуються залежно від сфери законодавства України, в межах якої проводиться оптимізація. Так, фундаментальними принципами у сфері державного фінансового контролю є: законність; повнота і суцільність перевірок; відшкодування збитків; відповідальність винних службових осіб за допущені порушення. Водночас основними принципами організації державного фінансового контролю є: узгодженість та плановість дій суб'єктів державного фінансового контролю; функціональна, організаційна, персональна та фінансова незалежність суб'єктів державного фінансового контролю від підконтрольних об'єктів; неупередженість і об'єктивність у процесі здійснення державного фінансового контролю; невтручання в оперативну фінансово-господарську діяльність суб'єктів господарювання, за винятком випадків, передбачених цим Законом та фінансовим законодавством, в тому числі бюджетним; відповідальність за достовірність результатів здійснення фінансового контролю; системність, плановість і періодичність у контрольній діяльності суб'єктів державного фінансового контролю; відкритість і прозорість фінансового контролю, за винятком необхідності дотримання режиму спеціальних обмежень, у тому числі, нерозголошення комерційної, державної та інших таємниць відповідно до законодавства України; дотримання норм професійної етики.

Безперечно, ці принципи є вихідними ідеями, які визначають саму природу, зміст та спрямованість державного фінансового контролю. Нехтування ними під час оптимізації законодавства у сфері державного фінансового контролю призведе до нових колізій, створення нових проблем поряд із вже існуючими.

Ще однією групою орієнтирів, на які варто звертати увагу при оптимізації законодавства у сфері державного фінансового контролю, є його основні завдання. Суть їх зводиться до забезпечення: 1) контролю за законністю, доцільністю, повнотою, своєчасністю та цільовим призначенням і використанням державних фінансових ресурсів (у тому числі бюджетних дотацій, субвенцій, кредитів тощо); 2) контролю за законністю й доцільністю надання державних фінансових і майнових гарантій, які забезпечують відповідну угоду; 3) виявлення резервів у формуванні державних фінансових ресурсів, розроблення пропозицій щодо скорочення нераціональних видатків, бюджетного дефіциту та дефіциту платіжного балансу; 4) контролю за схоронністю, правильністю збереження і обслуговування, за законністю і правильністю користування, доцільністю та ефективністю розпорядження матеріальними цінностями (ресурсами) держави, ефективністю використання паливно-енергетичних ресурсів, станом схоронності та дотриманням законності і раціональним використанням матеріальних цінностей мобілізаційного резерву тощо; 5) контролю за законністю, доцільністю та ефективністю використання і розпорядження державними майновими правами (правами власності на акції підприємств тощо); 6) оцінки ефективності організації і проведення перетворення форм власності (приватизації); 7) контролю за законністю, правильністю та ефективністю розпорядження нематеріальними об'єктами державної власності (які створюють фінансові ресурси); 8) контролю за станом та використанням державних запасів і резервів; 9) контролю за використанням планових завдань з надання державних послуг і дотриманням нормативів фінансових витрат з надання цих послуг; 10) контролю за забезпеченням фінансової безпеки держави (у бюджетному процесі); 11) контролю за законністю і правильністю квотування та дотримання експортних квот тощо.

Особливе значення мають умови процесу оптимізації законодавства у сфері державного фінансового контролю. До них можна віднести: правильний вибір кола суспільних відносин, що підлягають правовому врегулюванню; визначення мети правового впливу і соціальної цінності правової норми; проведення аналізу та визначення комплексної оцінки чинного законодавства у сфері державного фінансового контролю; наявності достатніх підстав проведення систематизації та кодифікації даного законодавства; формалізація законодавства у зазначеній сфері в цілому та окремих його складових та ін.

Безперечно, комплексний підхід до оптимізації законодавства України у сфері державного фінансового контролю може бути здійснений лише після: 1) загальної оцінки стану законодавства у цій сфері, що у свою чергу передбачає: а) оцінку якості нормативно-правових актів; б) професійну оцінку відповідності законів та інших підзаконних нормативно-правових актів правилам законодавчої та юридичної техніки; в) визначення узгодженості законодавства у цій сфері, виявлення та подолання наявних колізій; 2) оцінки правової експертизи законодавства у цій сфері; 3) оцінки гармонізації та адаптації вітчизняного законодавства у цій сфері до міжнародного законодавства та законодавства ЄС; 4) суспільно-правової оцінки відповідальності за порушення законодавства України у сфері державного фінансового контролю та ін. Без сумніву, зазначені та деякі інші напрями комплексного аналізу допоможуть сформулювати систему показників для аналізу окремих складових у структурі законодавства і здійснити правове моделювання з метою оптимізації законодавства України у сфері державного фінансового контролю.

Отже, в результаті проведеного дослідження ми дійшли наступних висновків:

1. Одним із способів підвищення ефективності законодавства України у сфері державного фінансового контролю є його оптимізація. Вона зводиться до системного комплексного процесу, спрямованого на вдосконалення існуючої нормативно-правової бази шляхом вибору найкращого серед можливих варіантів функціонування законодавства. Таким чином, оптимізація законодавства у сфері державного фінансового контролю допоможе забезпечити досягнення максимального результату функціонування цього важливого інструменту державного контролю.

2. Об'єктом оптимізації є законодавство України у сфері державного фінансового контролю. При цьому ключовими орієнтирами повинні стати саме мета і предмет державного фінансового контролю. Крім того, мають бути враховані також такі аспекти, як: 1) багатогранний, комплексний характер самої системи законодавства; 2) організація та здійснення державного фінансового контролю передбачає врахування всіх внутрішніх і зовнішніх факторів, взаємоузгодження вертикальної та горизонтальної структури управління законодавством; 3) об'єктивна складність системи законодавства; 4) значний обсяг законодавства України у сфері державного фінансового контролю, його різноманітність та переважно кількісний, а не якісний характер тощо.

3. Єдиним шляхом оптимізації законодавства України у сфері державного фінансового контролю є створення нового та вдосконалення чинного законодавства. Отже, суб'єктами оптимізації є такі суб'єкти, які наділені функцією нормотворення. Провідна роль тут, без сумніву, належить: Верховній Раді України, Президенту України та Кабінету Міністрів України.

4. Комплексний підхід до оптимізації законодавства України у цій сфері може бути здійснений лише після загальної оцінки стану законодавства у сфері державного фінансового контролю, визначення узгодженості законодавства у цій сфері, оцінки гармонізації та адаптації вітчизняного законодавства до міжнародного законодавства і законодавства ЄС та інших параметрів. Крім того, важливими орієнтирами, які обов'язково мають бути врахованими, є принципи та завдання державного фінансового контролю. Нехтування ними під час оптимізації законодавства у сфері державного фінансового контролю призведе до нових колізій, створення нових проблем поряд із вже існуючими.

¹ Власенко Ю. Л. Оптимізація законодавства України у сфері забезпечення екологічної безпеки : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Власенко Юлія Леонідівна ; Київський національний університет ім. Тараса Шевченка. – К., 2010. – 22 с.

² Там само. – С. 5–6.

³ Дікань Л. В. Фінансово-господарський контроль: навч. посіб. / Л. В. Дікань. – Х. : ХНЕУ, 2008. – С. 50.

⁴ Там само. – С. 20.

⁵ Луць Л. А. Сучасні правові системи світу : навч. посіб. – Л. : Юридичний факультет Львівського національного університету імені Івана Франка, 2003. – С. 60.

Резюме

Губанова Т. О. Оптимізація як спосіб підвищення ефективності законодавства України у сфері державного фінансового контролю.

Стаття присвячена аналізу оптимізації як одного із можливих способів підвищення ефективності законодавства України у сфері державного фінансового контролю. На підставі аналізу наукової літератури, робиться висновок про можливість застосування цього способу підвищення ефективності законодавства у сфері законодавчого регулювання державного фінансового контролю. В науковій статті автор виокремлює такі компоненти оптимізації законодавства, як: об'єкт оптимізації, суб'єкти оптимізації, принципи оптимізації, умови оптимізації та ін. Також звертається увага на те, що комплексний підхід до оптимізації законодавства України у сфері державного фінансового контролю може бути здійснений лише після загальної оцінки стану законодавства у цій сфері.

Ключові слова: оптимізація, об'єкт оптимізації, суб'єкт оптимізації, фінансовий контроль.

Резюме

Губанова Т. А. Оптимизация как способ повышения эффективности законодательства Украины в сфере государственного финансового контроля.

Статья посвящена анализу оптимизации, как одного из возможных способов повышения эффективности законодательства Украины в сфере государственного финансового контроля. На основании анализа научной литературы, делается вывод о возможности применения этого способа повышения эффективности законодательства в сфере законодательного регулирования государственного финансового контроля. В научной статье автор выделяет следующие компоненты оптимизации законодательства: объект оптимизации, субъекты оптимизации, принципы оптимизации, условия оптимизации и др. Также обращается внимание на то, что комплексный подход к оптимизации законодательства Украины в сфере государственного финансового контроля может быть осуществлен только после общей оценки состояния законодательства в этой сфере.

Ключевые слова: оптимизация, объект оптимизации, субъект оптимизации, финансовый контроль.

Summary

Gubanova T. Optimization as a way to improve the efficiency of Ukrainian legislation in the sphere of state financial control.

This article analyzes the optimization as one of the possible ways to increase the effectiveness of the legislation of Ukraine in the field of public financial control. Based on the analysis of the scientific literature, it is concluded about the possibility of applying this method for increasing the effectiveness of legislation in the sphere of legislative regulation of the state financial control. In the scientific article, the author highlights the following components to optimize the legislation: the object of optimization, optimization of subjects, principles of optimization, optimization and other conditions. Also draws attention to the fact that an integrated approach to optimize the legislation of Ukraine in the field of public financial control can be carried out only after an overall assessment of the state of legislation in this area.

Key words: optimization, project optimization, subject of optimization, financial control.

В. В. ЖИДЕЦЬКА

*Вікторія Вікторівна Жидецька, аспірантка
Інституту держави і права ім. В. М. Корецького
НАН України*

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ В ОСКАРЖЕННІ НОРМАТИВНО-ПРАВОВИХ АКТИВ

Згідно зі ст. 55 Конституції України, ст. ст. 6, 17 Кодексу адміністративного судочинства України (далі – КАСУ) кожному гарантується право на оскарження в суді рішень (нормативно-правових актів (далі – НПА) чи правових актів індивідуальної дії), дій (бездіяльності). Вимоги про визнання незаконними та скасування актів (дії, рішення) можуть розглядатися у контексті ст. 13 Конвенції про захист прав людини та основних свобод (далі – ЄКПЛ). Згідно з ч. 2 ст. 171 КАСУ право оскаржити НПА мають особи, щодо яких його застосовано, а також особи щодо відносин у яких буде застосовано акт. Експерти стверджують, що опитані громадяни довіряють: 55,84 % – судам, 31,88 % – судовій владі, більшість перебуває у зоні невпевненості¹.

Якість здійснення правосуддя протягом 2014 р. не погіршилась та залишилась на рівні 2013: у ВАСУ продовжують домінувати справи, направлені на новий розгляд – понад 3 тисячі; більше ніж у 2 тисячах прийнято нову постанову; у 633 направлено справи для продовження розгляду, що потребує більш кваліфікованого ставлення суддів апеляційних адмінсудів до здійснення правосуддя. Пріоритетами для судів повинні стати: забезпечення єдності судової практики, впровадження інформаційних технологій до організації діяльності, поглиблення професійної підготовки суддів². Стратегією розвитку судової влади на 2015–2020 рр. за напрямом «підвищення професійного рівня» пропонуються механізми досягнення більшої єдності судової практики шляхом підсилення дослідницько-аналітичних можливостей вищих судів³. Положенням про науково-консультативну раду при Верховному Суді України (далі – ВСУ) визначено засади організації діяльності: надання наукових висновків щодо норм матеріального права, що неоднаково застосовані судом касаційної інстанції у подібних правовідносинах⁴. Згідно з Указом Президента України від 12 січня 2015 р. № 5/2015 «Про Стратегію сталого розвитку «Україна – 2020»» пріоритети реалізації за вектором безпеки передбачають проведення, зокрема, судової реформи, оновлення влади та антикорупційної реформи. Метою судової реформи є реформування судоустрою задля практичної реалізації принципів верховенства права і забезпечення кожному права на справедливий розгляд справ незалежним та неупередженим судом. Нормативно-правове забезпечення реалізації Стратегії має здійснюватися шляхом прийняття в установленому порядку відповідних НПА, моніторингу стану їх виконання⁵.

Метою статті є дослідження питань передбачуваності судової практики у вирішенні спорів, зокрема при оскарженні НПА та особливостей застосування інституту забезпечення позову, вимог публікації оголошень про рішення суду у цій категорії, а також здійснення правового аналізу результатів розгляду справ із формуванням пропозицій для удосконалення регулювання окресленої сфери правовідносин.

Передбачуваність і стабільність правових відносин у суспільстві є важливим чинником забезпечення гарантій реалізації і захисту прав, свобод та інтересів людини. Принцип правової визначеності як складова верховенства права має ідею передбачуваності (очікуваності) будь-яким суб'єктом відносин визначених правових наслідків (правового результату) своєї поведінки, що відповідає нормативним приписам та позиції у рішенні ЄСПЛ Брумареску проти Румунії (п. 61)⁶. «ЄКПЛ не є статичним правовим актом, вона відкрита для тлумачення в світлі сьогодення»; «предмет і мета Конвенції як правового акта, що забезпечує захист прав людини, вимагає, щоб її норми тлумачилися, тобто еволюціонувало їх розуміння у правосвідомості суспільства, і застосовувалися так, щоб зробити її гарантії ефективними і реальними»⁷. Доцільно враховувати мету ст. 4 Протоколу 7 до ЄКПЛ щодо заборони повторного судового процесу, що закінчився остаточною постановою (Градінгер проти Австрії § 53)⁸.

Прецедентне право конкретизує права людини, визначає юридичну природу шляхом застосування підходів у прийнятті судових рішень, запозичених з країн загального права. На думку В. Блекстоуна⁹, в англійській історії завжди був принцип «верховенства розуму». Ототожнення загального права з розумністю відображає здобутки теорії природного права, джерелом природної справедливості є переконання людей про взаємозалежний розвиток стану речей та подій як виразник певних цінностей народу, тобто, за сучасною термінологією, – «публічна концепція справедливості»¹⁰.

Окремі питання провадження при оскарженні НПА досліджено працівниками Мін'юсту: незгодженості норм Порядку № 32/5 з положеннями процесуального законодавства – процедура скасування застосовується до НПА, що пройшли державну реєстрацію і є чинними на момент скасування рішення про державну реєстрацію (п. 3); НПА, рішення про державну реєстрацію якого скасовано, не є чинним з дня його виключення з державного реєстру (п. 17). Проблемним є з'ясування моменту набрання судовим рішенням законної сили¹¹, надавати таку інформацію Мін'юсту суб'єктів нормотворення законодавством не зобов'язано. КМУ надав відповідне доручення 29 вересня 2004 р. за № 41631/1-04 суб'єктам нормотворення щодо

інформування про такі акти, але під час його виконання органи не є особливо ретельними¹². Як пропонує Н. Блажівська, доцільним було б внесення змін до КАСУ з покладенням обов'язку з опублікування оголошення про оскарження НПА не на суб'єкта владних повноважень, а на незалежний орган, який не заінтересований безпосередньо у результаті розгляду справи. Таким органом міг би бути суд, у провадженні якого перебуває справа, або ВАСУ чи ДСА, що могли б здійснювати публікації¹³.

Оскарженню (оспорюванню) НПА в адміністративному судочинстві присвятили наукові дослідження такі вчені, як В. Авер'янов, В. Бевзенко, Ю. Битяк, Н. Блажівська, Л. Горбунова, Т. Гуржій, М. Гусак, Ю. Делія, Е. Демський, С. Демченко, А. Зеленцов, С. Ківалов, Н. Ключай, І. Коліушко, А. Комзюк, О. Константій, Р. Куйбіда, О. Кузьменко, В. Лупарев, А. Мірошніченко, А. Осадчий, О. Пасенюк, В. Перпелюк, А. Руденко, О. Рябченко, Я. Рябченко, А. Селіванов, В. Сердюка, М. Сірій, М. Смокович, В. Стефанюк, В. Тимошук, І. Тимченко, Н. Хаманєва, В. Шишкінта ін. Зокрема, Я. Рябченко запропоновано розглядати процедуру оскарження НПА: а) як звернення особи до суду з позовом про визнання незаконним НПА, що ініціює пряме втручання суду властивими йому методами в діяльність суб'єкта владних повноважень, який прийняв акт; б) як сукупність послідовних дій, що врегульовані процесуальними нормами, реалізуються у ході судочинства та спрямовані на вирішення поставленого особою питання про законність НПА; доведено доцільність задоволення умотивованих вимог, що висувуються третіми особами, незалежно від того, чи будуть задоволені вимоги позивача у справі з оскарження НПА; розроблено критерії розмежування процедури оскарження НПА і процедури оскарження актів індивідуальної дії¹⁴. Натомість триває дискусія щодо меж втручання у нормотворчу діяльність суду у вирішенні справ з оскарження НПА, оскільки йдеться про реалізацію функції нормоконтролю і оцінки казусів.

Необхідно підтримати позицію тих авторів¹⁵, які вважають, що сучасне українське законодавство викликає багато критики: неможливість застосування закону без підзаконних актів виконавчої влади; невиправдане ускладнене правозастосування великою кількістю НПА, що містять суперечливі положення; дублювання приписів у різних НПА; надання широких меж розсуду уповноваженим органам при прийнятті рішень; багато декларативних і описових норм, однак мало процедурних, щоб полегшували чи навіть робили можливим реальну реалізацію норм права.

Правознавець В. Батлер зазначив, що Україна, безумовно, належить до числа технократичних правових систем. НПА розробляються у стилі технічної документації, а не як «законодавство». Надмірна увага до деталей призводить до того, що акти втрачають зв'язок з реальністю, відображаючи, за висловом В. Лафітського, «ілюзії своїх упорядників». Насправді технократична правова система віддаляється від викладу загального принципу права у текстах правових актів і зловживає правотворчістю, «створює занадто багато правових актів»¹⁶. Відомий юрист і учений Г. Лаутерпахт зазначав: «природно-правові теорії не побудовані на споглядальних, вольових висновках. Вони з самого початку виявилися узагальненням практичного досвіду»¹⁷.

Згідно з ч. 1 ст. 21 ЦК України суд визнає незаконним та скасовує правовий акт індивідуальної дії або НПА, виданий органом державної влади або органом місцевого самоврядування, якщо він суперечить актам цивільного законодавства і порушує цивільні права або інтереси особи.

У справі № 2а/1770/1910/2012 (р. № 25138327) зазначено: КАСУ не містить дефініції поняття «рішення суб'єкта владних повноважень» (НПА та правового акта індивідуальної дії). НПА – виданий суб'єктом владних повноважень документ, що встановлює, змінює чи припиняє дію обов'язкових правил поведінки, обмежених у часі, просторі та за колом осіб, та призначений для неодноразового застосування. Правовий акт індивідуальної дії – виданий суб'єктом владних повноважень документ, прийнятий з метою реалізації положень НПА щодо конкретної життєвої ситуації, не містить загальнообов'язкових правил поведінки та стосується прав і обов'язків чітко визначеного суб'єкта (суб'єктів), якому він адресований. Обов'язковою ознакою як НПА, так і правового акта індивідуальної дії є юридичний характер, тобто обов'язковість його приписів для відповідного суб'єкта (суб'єктів), дотримання якої забезпечується правовими механізмами. Я. Рябченко під категорією «НПА» пропонує розуміти рішення суб'єкта владних повноважень при виконанні ним владних управлінських функцій, що прийняте з урахуванням правил юридичної техніки, містить у собі норми права, поширюється на невизначене коло осіб, призначене для неодноразового використання та яке діє незалежно від того, виникли чи закінчилися врегульовані ним правовідносини¹⁸. Підзаконні НПА є різновидом НПА, що видаються повноважними органами публічного управління на основі і на виконання положень законів, відповідно до них, для їх подальшої конкретизації та розвитку¹⁹. За наказом Мін'юсту № 34/5 НПА – це офіційний документ, прийнятий уповноваженим на це суб'єктом нормотворення у визначеній законом формі та порядку, що встановлює норми права для неозначеного кола осіб і розрахований на неодноразове застосування. Рішенням Конституційного суду України (далі – КСУ) від 16 квітня 2009 р. № 7-рп у справі про скасування актів визначено: до нормативних належать акти, що встановлюють, змінюють чи припиняють норми права, мають локальний характер, розраховані на широке коло осіб та застосовуються неодноразово, а ненормативні передбачають приписи, звернені до окремого суб'єкта, застосовуються одноразово і після реалізації вичерпують свою дію. Законом України «Про засади запобігання і протидії корупції» від 7 квітня 2011 р. № 3206-VI визначено: НПА, рішення, видані (прийняті) внаслідок вчинення корупційного правопорушення, можуть бути скасовані органом влади або визнані незаконними у судовому порядку за заявою заінтересованої особи (ч. 1 ст. 24).

КАСУ (ст. 171) визначено особливості провадження у справах щодо оскарження НПА. У постанові Пленуму ВАСУ від 20 травня 2013 р. № 7 зазначено: «одночасне застосування обох способів захисту пору-

шеного права – визнання спірного акта нечинним та скасування такого акта – є помилковим. Визнання акта нечинним означає втрату чинності таким актом з моменту набрання чинності відповідним судовим рішенням або з іншого визначеного судом моменту після прийняття такого акта. Рішення втрачає чинність з певного моменту лише на майбутнє, якщо на підставі цього рішення виникли правовідносини, що доцільно зберегти. Ухваливши рішення про визнання НПА незаконним або таким, що не відповідає правовому акту вищої юридичної сили, і про визнання його з цих підстав нечинним, суд у порядку ч. 11 ст. 171 КАСУ зобов'язує орган, який видав оскаржуваний акт, опублікувати резолютивну частину рішення суду у виданні, в якому такий акт було офіційно оприлюднено, після набрання рішенням законної сили».

Як зазначає вчений А. Мірошниченко, судова практика не виробила критеріїв, що акт «не породжує жодних правових наслідків від моменту прийняття», або ж що «акт втрачає чинність з визначеного судом моменту після прийняття такого акта». У ст. 162 КАСУ йдеться про «визнання протиправними рішення суб'єкта владних повноважень, дії чи бездіяльності» та «скасування або визнання нечинним рішення». КАСУ (ч. 4 ст. 105) визначено вимоги, що можуть міститися в адміністративному позові (в т.ч. «скасування або визнання нечинним рішення...»), що не узгоджуються з повноваженням суду (ч. 2 ст. 162). У зарубіжних незаконні правові акти з точки зору їх наслідків поділяються на нікчемні (тобто ті, що не породжують правових наслідків), та оспорювані (можуть бути анульовані з підстав, передбачених законом). Існують певні дефекти адміністративних актів, що не впливають на їх дійсність або можуть бути усунуті у подальшому, що робить акт дійсним (чинним) з ретроспективним ефектом чи усуває можливість його анулювання. Акт не може бути скасований, якщо інтереси захисту добросовісної особи, що покладалася на існування акта, переважають порівняно з публічним інтересом у скасуванні акта. І навпаки, якщо набувач діяв недобросовісно, акт не просто скасовується – таке скасування має зворотний ефект. Необхідно погодитися з думкою Ю. Попова, за якою у контексті проблеми недійсності актів їх поділ на індивідуально-правові та нормативні має вирішальне значення, а саме, НПА при його невідповідності закону має розглядатися завжди як нікчемний, проте не як оспорюваний²⁰.

Стаття 16 ЦКУ визначає правило про визнання акта незаконним. Позивачі у позовних заявах повинні формулювати свої вимоги як визнання НПА протиправним і недейсним, а індивідуального акта – протиправним та про скасування останнього. У сфері дії ГКУ особи пред'являють вимоги про визнання актів недейсними згідно зі ст. 20 ЦКУ, ст. 12 і 54 ЦПКУ²¹.

Проблемні питання виникають у практиці судочинства у зв'язку із застосуванням інституту забезпечення позову як елемента права на судовий захист, що спрямований на те, щоб не допустити незворотності певних наслідків відповідних дій щодо відновлення порушеного права (попередній судовий захист). Метою забезпечення позову як однією зі складових заходів, спрямованих на охорону публічно-правового та матеріально-правового інтересу в адміністративному судочинстві, а також гарантією реального виконання можливого позитивного для особи рішення (ст. 117 КАСУ): якщо існує очевидна небезпека заподіяння шкоди правам, свободам та інтересам позивача до ухвалення рішення у справі, або захист прав, свобод та інтересів стане неможливим без вжиття таких заходів, або для їх відновлення необхідно буде докласти значних зусиль та витрат, а також якщо очевидними є ознаки протиправності рішення, дії чи бездіяльності суб'єкта владних повноважень. Згідно з ч. 3 ст. 117 КАСУ подання адміністративного позову, а також відкриття провадження в адміністративній справі не зупиняють дію оскаржуваного рішення суб'єкта владних повноважень, але суд у порядку забезпечення адміністративного позову може відповідною ухвалою зупинити дію рішення суб'єкта владних повноважень чи його окремих положень, що оскаржуються. КАСУ (ч. 6 ст. 118) передбачено, що оскарження ухвали не зупиняє її виконання, а також не перешкоджає подальшому розгляду справи. На підставі ч. 1 ст. 255 КАСУ постановою або ухвалою суду, що набрала законної сили, є обов'язковою для осіб, які беруть участь у справі, для їхніх правонаступників, а також для всіх інших осіб на всій території України.

З огляду на проведений аналіз судових рішень про зупинення дії НПА за даними ЄДРСР щодо вжиття заходів забезпечення позову встановлено різні підходи судів: 1) відмови у задоволенні клопотань щодо забезпечення позову – зупинити: постановою КМУ від 22 січня 2014 р. № 12 «Про затвердження Порядку проведення додаткових заходів захисту безпеки громадян» (№ 826/2335/14); будь-які дії на виконання рішення Комісії, оскільки не надано вичерпного переліку дій, що потрібно заборонити (№ 826/3846/13-а); зупинити дію наказу Мін'юсту № 512/5 від 2 квітня 2012 р. «Про затвердження інструкції з організації примусового виконання рішень» у частині п. 4.5.9 (№ 2а-6500/12/2670); положення Інструкції, затвердженої наказом Міністерства оборони від 30 листопада 2011 р. № 737 до приведення у відповідність до вимог НПА вищої юридичної сили (№ 2а-10339/12/2670); 2) задоволення клопотань щодо забезпечення позову – щодо зупинення дії постанови КМУ від 14 квітня 2009 р. № 366 (№ 2а-4456/09/2670); наказу Мінекономрозвитку № 1072 від 28 вересня 2012 р. у частині застосування спеціальної санкції (справа № 802/608/13-а); наказу МВС від 8 серпня 2012 р. № 684 «Про дострокове припинення діяльності Громадської ради при МВС» (№ 2а-12667/12/2670); дії НПА, яким встановлювалось антидемпінгове мито (№ К/800/36635/13, № К/800/36349/13, № К/800/36635/13, № 2а-3851/10/2670); постанови Правління НБУ від 29 квітня 2014 р. № 243 «Про застосування заходів впливу за порушення вимог НПА НБУ» (№ 805/5730/14); 3) всупереч цілям забезпечення позову щодо НПА, оскільки для позивача у майбутньому виникло б право брати участь у конкурсі або тендері (ВАСУ П-131/10: ухвалою від 16 вересня 2009 р. зупинено дію п.п. 1.35, 1.36, 7.5. та 8.1. рішення НКРЗ від 9 вересня 2009 р. № 1571); 4) не суперечить меті застосування забезпечення позову щодо акта індивідуальної дії (№ 3475/10/9104); 5) скасовано рішення про зупинення дії наказів:

Мінагрополітики № 133 від 20 березня 2006 р., оскільки судом без розгляду спору по суті вжито заходів до забезпечення позову, внаслідок яких фактично визнано за позивачем право на використання загальнодержавного майна підприємства, хоча такі позовні вимоги пред'явлені не були (к-1210/07 – р. № 1318548); Мін'юсту від 14 січня 2013 р. № 101/5 «Про скасування рішення про державну реєстрацію НПА» (№ 826/928/13-а), оскільки суд дійшов помилкового висновку щодо необхідності забезпечення позову та не зазначив, якої саме шкоди може завдати дія наказу позивачу.

ВСУ у рішенні від 9 грудня 2014 р. у справі № 21-421a14 (р. № 42202875) зазначив, що ухвала суду про вжиття заходів забезпечення позову, якою відповідно до ст. 117 КАСУ зупинено дію НПА, не скасовує його чинність, не змінює обсягу прав та обов'язків сторін у спорі, а лише тимчасово забороняє застосування передбачених цим актом заходів до вирішення спору по суті. Натомість, якщо суд за наслідками розгляду справи визнав НПА незаконним і це судові рішення набрало законної сили, положення зазначеного НПА не підлягають застосуванню.

Забезпечення позову в адміністративних справах допускається (перелік підстав є вичерпним) лише (ч. 3 і ч. 4 ст. 117 КАСУ): зупиненням дії рішення суб'єкта владних повноважень чи його окремих положень, що оскаржуються, та заборонюючи вчинити певні дії. Постановою Пленуму ВАСУ № 2 від 6 березня 2008 р. (п. 17) наголошено: на час дії рішень судів про забезпечення позову у порядку ст. 117 КАСУ рішення суб'єкта владних повноважень, що зупинені такими ухвалами, не підлягають виконанню. Скасування ухвал суду про забезпечення позову в порядку ст. 117 КАСУ не є підставою для відновлення дії оскаржуваних рішень на той період часу, коли вони були призупинені.

Постановою Пленуму ВАСУ від 6 березня 2008 р. № 2 (п. 17) щодо неприпустимості застосування ч. 3 ст. 117 КАСУ в деяких категоріях справ вказано: якщо забезпеченням позову в такий спосіб суди виходять за межі підстав забезпечення позову, то суди мали би врахувати таку позицію.

Постановою суду у справі № 2а-6500/12/2670 (р. № 25557382) позов задоволено частково. Визнано незаконним і нечинним підпункт 4.5.9 п. 4.5 Інструкції, затвердженої наказом Мін'юсту від 2 квітня 2012 р. № 512/5. Судом зазначено, що забезпечуючи такий позов шляхом зупинення дії спірної норми, фактично буде ухвалено рішення без розгляду справи по суті, що не відповідає меті застосування правового інституту забезпечення позову. У справі № 2а-10339/12/2670 (р. № 27013487) за позовом осіб до Міноборони про зобов'язання вчинити певні дії – привести положення Інструкції, затвердженої наказом Міноборони від 30 листопада 2011 р. № 737 у відповідність до вимог НПА вищої юридичної сили зазначено: оскільки предметом оскарження є НПА, дія якого поширюється на невизначене коло осіб, то зупинення його дії зумовить неможливість застосування його положень на невизначений термін не тільки щодо позивачів, а й щодо інших сімей, що призведе до можливого порушення прав та інтересів інших осіб, не залучених до участі у справі. Натомість, у рішенні суду № 2а-13732/12/2070 (р. № 33466712) зазначено: зупинення дії НПА, як один із способів забезпечення позову, не змінює обсягу прав та обов'язків сторін у спорі, а лише як один із способів судового захисту тимчасово зупиняє їх реалізацію до вирішення спору по суті та не є підставою для звільнення позивача від виконання встановленого законом обов'язку після скасування таких заходів у випадку відмови у задоволенні позову. Скасування НПА судовим рішенням, що набрало законної сили, у випадку подальшого скасування цього судового рішення у порядку перегляду судами вищих інстанцій, також не має наслідком скасування обов'язків суб'єктів застосування такого НПА з огляду на те, що законодавство передбачає існування інститутів перегляду судових рішень, висновки яких щодо вирішення спору і є остаточними. Прийняття судом касаційної інстанції рішення про відмову у задоволенні позову про скасування НПА підтверджує правомірність такого акта з моменту набрання ним чинності та не віднімає прав і обов'язків суб'єктів застосування акта на період його скасування неправомірним судовим рішенням.

Зупинення дії НПА, що фактично є, на думку академіка І. Тимченка, елементом нормотворчої, а не судової діяльності, впливає на дію НПА у часі, а визначення дії НПА у часі, просторі й за колом осіб входить до функції нормотворця, а не правозастосування. За своїм змістом застосування такої міри забезпечення позову, як зупинення дії щодо НПА, є нехарактерним для судового органу, оскільки така дія фактично є втручанням у нормотворчу діяльність суб'єкта нормотворення, який при прийнятті НПА визначає порядок його застосування у часі, за колом осіб і за територією. Суду не притаманна функція визначення порядку застосування НПА у часі²².

У справі № 826/4300/14 (р. № 38492441) «Про вжиття заходів забезпечення позову» заходи, вжиті ухвалою від 23 квітня 2012 р. за позовом особи до КМУ про скасування постанови КМУ № 13 від 22 січня 2014 р. «Про внесення змін до п. 12 Правил застосування спеціальних засобів при охороні громадського порядку» **скасовано** ухвалою суду від 14 травня 2014 року. Позивач звернув увагу суду на ту обставину, що оскаржувана ним постанова, незважаючи на те, що не погоджена усіма заінтересованими особами відповідно до Регламенту КМУ, не підписана Прем'єр-міністром, залишається чинною та виконується працівниками силових структур. Представник КМУ не заперечував проти вжиття заходів із забезпечення позову. Суд дійшов висновку про очевидність протиправності дій відповідача під час видання оскаржуваної постанови. Відтак суд забезпечив позов шляхом зупинення дії постанови КМУ до вирішення справи по суті. Постановою суду від 14 квітня 2014 р. у справі № 826/4300/14 (р. № 38712980) позов задоволено повністю та визнано нечинною зазначену постанову. Судом встановлено, що рішенням суду у справі № 826/910/14 (р. № 38196091) скасовано постанову КМУ № 13 від 22 січня 2014 р. «Про внесення змін до п. 12 «Правил застосування спеціальних засобів при охороні громадського порядку». Дане рішення суду не оскаржувалося і набрало законної сили.

У рішенні у справі Фомін проти Молдови (Fomin v. Moldova) від 11 жовтня 2011 р. ЄСПЛ зазначено (пар. 31): «...право бути вислуханим включає не тільки можливість робити подання суду, але також і кореспондуючий обов'язок суду показати у мотивувальній частині причини, чому відповідні подання були прийняті або відхилені...»²³.

У п. 4 постанови Пленуму ВСУ від 22 грудня 2006 р. № 9 «Про практику застосування судами цивільного процесуального законодавства при розгляді заяв про забезпечення позову» роз'яснено, що розглядаючи заяву про забезпечення позову, суд має з'ясувати обсяг позовних вимог, а також відповідність виду забезпечення позову, який просить застосувати особа, котра звернулася з такою заявою, позовним вимогам. Суд має брати до уваги інтереси не тільки позивача, а й інших осіб, права яких можуть бути порушені із застосуванням відповідних заходів забезпечення позову.

Арбітражним процесуальним кодексом Російської Федерації визначено (ст. 29), що суди розглядають справи про оскарження нормативних правових актів, які зачіпають права і законні інтереси заявника у сфері підприємницької та іншої економічної діяльності. Серед вимог до заяви про визнання НПА нечинним (ст. 193) передбачено: назва, номер, дата прийняття, джерело опублікування і інші дані про оспорюваний НПА; права і законні інтереси заявника, які порушуються цим актом (окремими положеннями); назва НПА, що має більшу юридичну силу і на відповідність якому необхідно перевірити оскаржуваний акт; вимога заявника про визнання акта нечинним; додається текст оскаржуваного НПА; подача заяви до суду не зупиняє дію оскаржуваного НПА²⁴.

КАСУ визначено особливості провадження у справах щодо оскарження НПА. У разі відкриття провадження у справі про оскарження НПА суд зобов'язує відповідача опублікувати оголошення про це у виданні, в якому цей акт був або мав бути офіційно оприлюднений (ч. 3 ст. 171). Міністерства, інші органи влади направляють для виконання НПА лише після їх державної реєстрації та офіційного опублікування. У разі порушення зазначених вимог НПА вважається такими, що не набрали чинності, і не можуть бути застосовані (п. 15 Положення, затвердженого постановою КМУ від 28 грудня 1992 р. № 731): йдеться про опублікування актів законодавства України в інформаційному бюлетені «Офіційний вісник України» оголошення про оскарження НПА та резолютивної частини постанови суду про визнання НПА незаконним.

Суди зобов'язують опублікувати оголошення про розгляд справи та відкладають розгляд справи (№ 2а-14955/09/2670; р. № 29021089). Не опублікування оголошення щодо оскарження НПА є порушенням норм процесуального права, оскільки за наслідками розгляду справи суд ухвалює рішення, що може вплинути на права, свободи чи інтереси осіб, на яких поширює дію оскаржений НПА. Дії вчиняються для того, щоб кожна заінтересована особа могла, за бажання, вступити у справу. Як зазначає суд касаційної інстанції: у матеріалах справи відсутнє судове рішення, яким би було зобов'язано відповідачів опублікувати оголошення відповідно до вимог ч. 3 4 ст. 171 КАСУ. Суд апеляційної інстанції, переглядаючи рішення суду першої інстанції, на такі обставини уваги не звернув і допустив порушення процесуального права. Невиконання відповідачем положень ч. 3 ст. 171 КАСУ унеможливило встановлення фактичних обставин, що мають значення для правильного вирішення справи, що відповідно до ч. 2 ст. 227 КАСУ є підставою для скасування судових рішень судів першої та (або) апеляційної інстанцій і направлення справи на новий судовий розгляд.

Судам надаються докази публікації в офіційному періодичному виданні: справи № 2а-3962/12/2670 – (р. № 25927957); № 2а-3885/12/2670 – (р. № 25901418); № 2а-3973/12/2670 – (р. № 26774831); № 2а-3543/10/2670 – (р. № 10449974); № 2а-2388/12/2670 – (р. № 24060400). Якщо оголошення опубліковано своєчасно, вважається, що всі заінтересовані особи належним чином повідомлені про судовий розгляд справи. Оголошення про оскарження НПА було розміщено у віснику, про що надано докази, і всі заінтересовані особи могли звернутися до суду з відповідним позовом або подати заяви про залучення до участі у даній справі (№ 826/14178/13-а, р. № 34491211). Ухвали про зобов'язання відповідача розмістити оголошення про відкриття провадження у даній справі винесено не було у справі № 2-а-1049/06 – (р. № 18351792); № 2а-250/12 – (р. № 40125367), проте відповідачем опубліковано проект оскаржуваного рішення у газеті «Місто» 30 вересня 2011 р. № 18 – офіційному друкованому ЗМІ міської ради та оприлюднено на офіційному порталі міської ради). Оголошення повинно містити вимоги позивача щодо оскаржуваного акта, реквізити НПА, дату, час і місце судового розгляду адміністративної справи. Предметом оскарження у даній адміністративній справі були НПА МВС України, ухвали про зобов'язання відповідача розмістити оголошення про відкриття провадження у даній справі не було, відповідне оголошення опубліковане не було. Суд апеляційної інстанції не звернув уваги та не дав належної оцінки тому, що накази МВС від 21 січня 2004 р. № 64 та від 26 листопада 2004 р. № 1420 були скасовані п. 5 наказу МВС від 17 липня 2006 р. № 920/12794 (№ 2-а-1049/06, р. № 18351792).

Згідно зі ст. 1 Закону України «Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності» визначено, що регуляторний акт – це: прийнятий уповноваженим регуляторним органом НПА, який або окремі положення якого спрямовані на правове регулювання господарських відносин, а також адміністративних відносин між регуляторними органами або іншими органами державної влади та суб'єктами господарювання. Суди зобов'язували відповідача опублікувати оголошення стосовно регуляторних актів (рішення міської ради) у виданні, в якому ці акти були або мали бути офіційно оприлюднені, наприклад: рішення щодо справи в ЄДРСР – р. № 28583796, № 21396711, № 27095456, № 31407090, № 37626929.

Натомість, у іншій справі щодо регуляторного акта міської ради ухваленого рішення про зобов'язання відповідача опублікувати відповідне оголошення не було. Зокрема, організація роботодавців в сфері торгів-

лі в інтересах фізичної особи-підприємця звернулась до районного суду з позовом до міської ради про визнання незаконним та скасування рішення міської ради від 5 квітня 2012 р. № 3-753. Постановою районного суду від 25 червня 2012 р., залишеною без змін ухвалою КААС у задоволені позову відмовлено повністю. Підставою для скасування судових рішень та направлення справи на новий розгляд слугував факт відсутності у матеріалах справи доказів з опублікованим тестом проекту оскаржуваного рішення, в якому б зазначалось, що з моменту оприлюднення проекту фізичні особи можуть надавати свої зауваження. Відповідачем опубліковано проект оскаржуваного рішення в газеті «Місто» № 18 30 вересня 2011 р. – офіційному друкованому засобі міської ради та оприлюднено на офіційному порталі міської ради в розділі «Проекти регуляторних актів», а прийняте оскаржуване рішення – у газеті «Місто» в №7 17 квітня 2012 р. та оприлюднено на офіційному порталі міської ради в розділі «нормативні акти». У рішенні КААС зазначено: колегія суддів вбачає з матеріалів справи проведення відповідачем круглих столів, оформлених протоколами № 1 від 30 вересня 2011 р., № 2 від 23 грудня 2011 р., № 3 від 16 лютого 2012 р., особа брала активну участь в обговоренні проекту регуляторного акта (2а-250/12, р. №40681959 у справі К/800/52845/14, р. № 41721177 відкрито провадження за скарою про визнання незаконним і скасування рішення). Цікаво знати результат перегляду. Положенням, затвердженим постановою КМУ від 28 грудня 1992 р. № 731, передбачено (пп. б п. 17) таку підставу для скасування державної реєстрації НПА, як судові рішення про визнання НПА неправомірним (недійсним).

Як зазначає Л. Москвич, не потребує доказу теза, що винесені суперечливі рішення не можуть відповідати закону: адже тільки одна (єдина) інтерпретація закону за однотипними фактами може бути правильною. Приймаючи різні суперечливі рішення з однотипних правових питань, суди діють не на законних підставах, підміняють закон власними ідеями й волею окремих суддів. Суперечливість судової практики не має нічого спільного (як дехто вважає) з принципами романо-германської правової традиції. Навпаки, у зв'язку з тим, що у цій правовій системі ключову позицію посідає не судовий прецедент, а закон, однакове й послідовне його застосування усіма суддями є конче важливим²⁵.

Підтримуємо позицію вченого С. Шевчука, що тенденції розвитку континентального права в Європі в останні десятиліття свідчать про рецепцію прецедентного права, доцільність і корисність судової правотворчості, оскільки норми права для ефективного регулювання суспільних відносин обов'язково припускають певну «абстрактність», їх зміст потребує суддівської конкретизації та оцінки²⁶. Як зазначено у рішенні ЄСПЛ у справі Салов проти України, передбачуваність – центральна характеристика права. Норма права не може вважатися такою, якщо вона не сформульована з крайньою (граничною) чіткістю, щоб дозволити громадянам будувати власну поведінку відповідно до закону. Цей принцип дуже важливий, оскільки будь-яке обмеження прав можливе лише на законних підставах. Фактично це означає, що в будь-якому судовому спорі суди зобов'язані застосовувати й інтерпретувати положення законів згідно з усталеною судовою практикою²⁷.

З огляду на зазначене та різні підходи судів різних інстанцій до застосування інституту забезпечення позову і вимог щодо публікації оголошень про НПА, на нашу думку, з метою забезпечення єдності практики, доцільно внести уточнення у постанови Пленумів ВАСУ саме щодо категорії справ про оскарження НПА. Подальшим перспективним напрямом наукових досліджень може бути вивчення впливу на праводносини застосування (незастосування) інституту забезпечення позову і не опублікування інформації про оскарження НПА та з'ясування меж нормоконтролю з боку суду. Щодо з'ясування моменту набрання судовим рішенням законної сили необхідно враховувати, що рішенням Ради суддів від 26 листопада 2010 р. № 30 внесено зміни у п. 1.8 щодо забезпечення своєчасного введення до автоматизованої системи достовірних даних; п. 4.2 – вносяться відомості щодо набрання судовим рішенням законної сили. Для забезпечення принципу стабільності судової практики доцільно запровадити моніторинг якості судового рішення, розробку й використання системи оцінювання якості роботи суду. Важливим, на нашу думку, є запровадження ефективного внутрішнього експертного контролю у контексті узагальнення стану розгляду справ і оскарження рішень суду, у т.ч. можливості виправлення суддівської помилки вищими судовими інстанціями, а також активний зовнішній, зокрема громадський контроль, зокрема оцінка користувачами (учасниками) судових проваджень якості відправлення судочинства.

¹ Обговорено результати опитування громадської думки в рамках Всеукраїнської акції «Зміцнення довіри громадян до суду»: [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://court.gov.ua/135074/>

² Голова ВАСУ О. Нечитайло назвав основні пріоритети для адміністративних судів на 2015 рік : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.vasu.gov.ua/123330/>

³ Рішення Ради суддів України від 11 грудня 2014 р. № 71 «Щодо затвердження Стратегії розвитку судової влади України на 2015–2020 роки» : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://search.ligazakon.ua/1_doc2.nsf/link1/MUS23855.html

⁴ Положення про науково-консультативну раду при Верховному Суді України (ВСУ), затверджено постановою Пленуму ВСУ від 16 вересня 2011 р. № 5 (зі змінами від 23 травня 2014 р. № 6) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0005700-11>

⁵ Про Стратегію сталого розвитку «Україна – 2020» : Указ Президента України від № 5/2015. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.president.gov.ua/documents/18688.html>

⁶ Рішення ЄСПЛ від 28 жовтня 1999 р. Брумареску проти Румунії. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://search.ligazakon.ua/1_doc2.nsf/link1/SO2355.html

⁷ Ершов В. В. Прецеденты толкования Европейского суда по правам человека / В. В. Ершов // Российское правосудие. – 2007. – № 1 (9). – С. 31.

- ⁸ Рішення ЄСПЛ від Gradinger проти Австрії. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57958#{"itemid":\["001-57958"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57958#{)
- ⁹ Blackstone W. Commentaries on the Law of England / W. Blackstone. – Vol. 1.
- ¹⁰ Rawls J. Kantian Constructivism in Moral Theory / J Rawls: The Dewey Lectures 1980, 77 J. Phil. 515, 521 (1980).
- ¹¹ Мягченко С. Виконання суб'єктами нормотворення судових рішень про визнання нечинними їх нормативно-правових актів / С. Мягченко : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.minjust.gov.ua/9481>
- ¹² Виконання суб'єктами нормотворення судових рішень про визнання нечинними їх нормативно-правових актів : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.minjust.gov.ua/9481>
- ¹³ Блажівська Н. Процедура розгляду справ про оскарження нормативно-правових актів потребує вдосконалення / Н. Блажівська : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.info-library.com.ua/books-text-10012.html>
- ¹⁴ Рябенко Я. С. Оскарження нормативно-правових актів в адміністративному судочинстві : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07 / Я. С. Рябенко. – Х., 2011.
- ¹⁵ Розробка проектів нормативно-правових актів відповідно до методики вирішення проблем. – К. : ФОП Москаленко О. М., 2012. – 180 с. – С. 16.
- ¹⁶ Батлер В. Україна на правовій карті світу / В. Батлер // Право України. – 2013. – № 9. – С. 138–145. – С. 140.
- ¹⁷ Annual Digest and Reports of Public International Law Cases, Vols. 1–16, subsequently continued as International Law Reports, Vols. 17–24.
- ¹⁸ Рябенко Я. С. Вказана праця.
- ¹⁹ Горбунова Л. М. Підзаконні нормативно-правові акти: організаційно-правові питання забезпечення законності : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07 / Л. М. Горбунова ; Київський національний економічний ун-т. – К., 2005.
- ²⁰ Мірошніченко А. М. Правові наслідки незаконних адміністративних актів / А. М. Мірошніченко : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : www.amm.org.ua/.../Miroshnychenko_Validity_of_administrative_acts.doc
- ²¹ Коментар Цивільного кодексу України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://pravo-ukraine.org.ua/8629>
- ²² Тимченко І. Проблемные вопросы обеспечения иска при обжаловании актов субъектов властных полномочий в судебном порядке / И. Тимченко : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://pravo.ua/article.php?id=100095953>
- ²³ Справа «Фомін проти Молдови» (заява № 36755/06) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-106789#{"itemid":\["001-106789"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-106789#{)
- ²⁴ Арбитражный процессуальный кодекс РФ от 24 июля. № 95-ФЗ : [Електронний ресурс]. – Режим доступа : <http://www.consultant.ru/popular/apkrf/>
- ²⁵ Москвич Л. М. Стабільність судової практики як стандарт функціонування системи правосуддя / Л. М. Москвич // Вісник Вищої ради юстиції. – 2013. – № 1 (13). – С. 28–36 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.vru.gov.ua/content/visnyk/visnik2013_13.pdf – С. 28.
- ²⁶ Шевчук С. Щодо обов'язковості рішень Конституційного Суду України у контексті доктрини судового прецеденту [Текст] / С. Шевчук // Право України. – 2000. – № 2. – С. 45–48. – С. 46.
- ²⁷ Рішення у справі Салов проти України // Професійна юридична система МЕГА-НаУ : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon.nau.ua/doc/?uid=1014.4120.0> – Заголовок з екрана

Резюме

Жидецька В. В. Проблемні питання в оскарженні нормативно-правових актів.

У статті досліджуються питання передбачуваності судової практики з вирішення спорів про оскарження нормативно-правових актів та особливості застосування інституту забезпечення позову й публікацій оголошень про рішення суду у цій категорії, а також підготовлено пропозиції для удосконалення законодавства з метою покращення провадження в адміністративному судочинстві.

Ключові слова: акт нормативно-правовий, забезпечення позову, оприлюднення, оскарження, провадження, суд.

Резюме

Жидецкая В. В. Проблемные вопросы в обжаловании нормативно-правовых актов.

В статье исследуются вопросы предсказуемости судебной практики по разрешению споров об обжаловании нормативно-правовых актов и особенностях применения института обеспечения иска и публикаций объявлений о решении суда в этой категории, а также подготовлены предложения по совершенствованию законодательства с целью улучшения производства в административном судопроизводстве.

Ключевые слова: акт нормативно-правовой, обеспечение иска, обнародование, обжалование, производство, суд.

Summary

Zhydetska V. Problematic issues in the appeal of legal acts.

The article deals with the issue of predictability of judicial practice of resolving disputes on appeal against legal acts and features of the institute to secure the claim and publications announcements about the court in this category, and prepared proposals to improve legislation to improve the proceedings in the administrative proceedings.

Key words: legal act, the claim, publication, appeal proceedings, the court.

В. Ф. КОРШУН

*Віталій Федорович Коршун, начальник відділу
Юридичного департаменту Національного банку
України*

ІНСТИТУТ АДМІНІСТРАТИВНО-ТЕРИТОРІАЛЬНОГО УСТРОЮ УКРАЇНИ: ТЕОРЕТИЧНІ ЗАСАДИ ФОРМУВАННЯ ТА СТАНОВЛЕННЯ ДО ПРОГОЛОШЕННЯ НЕЗАЛЕЖНОСТІ УКРАЇНИ

Розбудова української державності за нинішніх умов вимагає розв'язання низки найважливіших державотворчих завдань, у тому числі й вирішення питань територіального устрою і проблем територіальної організації державної влади.

Визначальним для організації та функціонування конституційної системи України є територіальний устрій, основоположні аспекти якого належать до конституційно-правових інститутів. Поряд з іншими суспільно-політичними проблемами потребує негайного наукового дослідження і проблематика територіального устрою України, пошук оптимальної моделі територіального устрою.

Ступінь наукової розробленості в галузі конституційного права проблеми територіального устрою, в тому числі інституту адміністративно-територіального устрою як складової частини, потребує низки наукових досліджень, і не є другорядною.

Розбудова та розвиток правової системи має врахувати історичні традиції. Кожна країна має власний досвід у побудові і реформуванні інституту адміністративно-територіального устрою, що визначається, зокрема і його місцем у загальній управлінській системі держави (унітарна чи федеративна держава), розподілом завдань між державою, регіональними та місцевими органами влади, економічною ситуацією, історичною спадщиною тощо. Історичний досвід відіграє важливу роль у пошуку власних форм суспільного устрою на підставі зарубіжних зразків суспільного життя та розробки концепції розвитку системи адміністративно-територіального устрою.

Державна територія України має визначальне значення для управління людьми, територіями, вирішення політичних, соціально-економічних питань, визначення форми територіального устрою держави, її адміністративно-територіальної системи, встановлення взаємовідносин центру з місцями тощо.

Адміністративно-територіальний устрій є історично зумовленим явищем, витоки якого сягають часів зародження державної організації суспільства. Зародки інституту були зумовлені економічними і політичними чинниками, мали як суто економічну основу і матеріальну базу, так і суто управлінське підґрунтя.

Аналіз адміністративно-територіального устрою України свідчить про те, що вони склалися під впливом тієї системи управління інших держав, в які входила частина території України, і збереглися під впливом тих суб'єктів, чий відповідні традиції українського народу, передусім політичні інтереси, були домінуючими серед інших соціальних груп.

Дослідження деяких процесів у сфері адміністративно-територіального устрою може бути цінним, зважаючи на необхідність реформування системи адміністративно-територіального устрою, враховуючи, що нинішні процеси трансформації суспільства і держави аналогічні тим, що відбувалися після 1917 року. У контексті дослідження історичної еволюції системи адміністративно-територіального устрою України можна дійти висновку, що результатом завоювання політичною силою – більшовиками – з прямим використанням військової сили було створення централізованої системи адміністративного управління територіями та здійснення адміністративно-територіального поділу Української держави, який враховував територію розмежування українського народу з іншими сусідніми народами.

Проблема територіальної організації державної влади з нагальним завданням забезпечення реалізації засад єдності та цілісності державної території в Україні вимагає обґрунтування як доцільності конституційно-правової модернізації держави, так і вдосконалення існуючої моделі форми державного та територіального устрою з необхідною оптимізацією адміністративно-територіального устрою, а також оптимізацію статусу його суб'єктів, включаючи й розподіл компетенції, повноважень і взаємодію муніципальної та державної влад як форм здійснення публічної влади, між органами влади та між органами місцевого самоврядування.

Здійснення демократичних перетворень в Україні потребує урахування сучасних тенденцій у змінах конституційних положень у відносинах центральних органів державної влади з автономними утвореннями і ґрунтовного дослідження проблем децентралізації державної влади, функціонування територіальних утворень – адміністративно-територіальних одиниць.

Сучасна державна політика у сфері територіальної організації влади України та вдосконалення адміністративно-територіального устрою не містить наявного наукового обґрунтування адміністративно-терито-

ріальної реформи, хоча останнім часом досліджувалися проблеми політико-територіальної організації, державного устрою, адміністративно-територіального устрою тощо.

Проблема адміністративно-територіального устрою займає важливе місце в науці конституційного права і практиці.

Для визначення адміністративно-територіального устрою у вітчизняній юридичній науковій і навчальній літературі вживаються поняття «адміністративно-територіальний устрій», адміністративно-територіальний поділ», «територіальна організація влади» тощо. Кожне поняття має свою сутність і зміст та право на існування у правовій науці й правозастосовній практиці.

Актуальним наразі є уточнення з метою уникнення спрощень і ототожнення таких термінів та понять, їх змісту і співвідношення. Термінологічна чіткість і зрозумілість цих основних категорій та понять дають можливість зрозуміти роль і місце інституту адміністративно-територіального устрою в системі інших державно-правових інститутів та явищ.

Категорія «територіальний устрій» є більш широкою, ніж категорія «адміністративно-територіальний устрій», оскільки остання є його невід'ємною складовою частиною і одним із основних видів територіального устрою.

Норми Основного Закону закріплюють також основні політико-правові принципи, які визначають розвиток держави, дають характеристику державної організації суспільства, зокрема конституційного ладу, форми правління, основ організації і функціонування політичної організації суспільства.

Конституційно-правові інститути, як підгалузі конституційного права, є певними групами конституційно-правових норм, що регулюють відповідний вид, виділений в особливий комплекс родинних політико-правових суспільних відносин.

Конституційні інститути, які різняться за змістом, структурою, методами та завданнями правового регулювання, у своїй сукупності утворюють систему, закладену в Конституції України. До цієї системи входять такі три різновиди конституційних інститутів, як загальні, складні і одноелементні. Загальні конституційні інститути відповідають системі Конституції України: основні засади конституційного ладу, основні права і свободи людини і громадянина, народне волевиявлення, державний і територіальний устрій України, інститути органів державної влади, місцеве самоврядування тощо.

Конституційне закріплення інституту адміністративно-територіального устрою можна вважати однією із засад конституційного ладу, хоча й не закріпленого у відповідному розділі Конституції України. Вона закріплює лише найбільш важливі засади адміністративно-територіального устрою як особливого державно-правового інституту, які визначають його місце серед інших державно-правових інститутів, його значення і принципи; компетенцію держави щодо встановлення і зміни адміністративно-територіального устрою; перелік найважливіших адміністративно-територіальних одиниць, на які поділяється територія держави.

Конституція України досить чітко визначає місце адміністративно-територіального устрою, зосереджуючи більшість відповідних норм у розділі про територіальний устрій, що дає змогу з усією упевненістю вирішити питання про місце адміністративно-територіального устрою в територіальній організації держави.

Конституційні основи адміністративно-територіального устрою – це норми Конституції України, які регулюють всі найважливіші питання адміністративно-територіального устрою в інтересах здійснення найвищої мети, головних завдань і основних функцій нашої держави. Адміністративно-територіальний устрій являє собою таку сукупність тісно пов'язаних між собою елементів і відносин, яка виступає стосовно інших систем національно-державного устрою як єдине ціле.

Адміністративно-територіальний устрій – це внутрішній поділ території держави на адміністративно-територіальні одиниці, що властивий для унітарних держав, правовий статус яких визначається центральною владою. Термін «адміністративно-територіальний устрій» передбачає територіальну організацію держави з її внутрішнім поділом на складові частини – адміністративно-територіальні одиниці, які є просторовою основою для утворення та діяльності відповідних органів державної влади та органів місцевого самоврядування. Тобто, адміністративно-територіальний поділ – це певна модель просторової організації держави та зміст її територіального устрою з певним рівнем централізації та децентралізації.

На думку Х. Приходько, під адміністративно-територіальним устроєм варто розуміти поділ території не тільки з метою налагодження мережі публічних послуг населенню та ефективного управління, а й ефективного і економічного використання природних та інших ресурсів. Муніципально-територіальний устрій являє собою локальну територіально-організаційну мережу обслуговування територіальної громади на основі самоорганізації та взаємодії (колаборації) її інститутів і членів¹.

Як стверджує В. Федоренко, адміністративно-територіальний устрій – це територіальна організація держави, що характеризується внутрішнім поділом її на складові – адміністративно-територіальні одиниці різного рівня, відповідно до яких утворюються місцеві органи виконавчої влади та органи місцевого самоврядування, що представляють публічну владу на місцях².

Адміністративно-територіальний устрій є територіальною та адміністративною організацією держави як усередині, так і зовні, що є основою надання публічних послуг населенню та здійснення управління публічними справами на центральному, регіональному та місцевому рівнях³.

Інститут адміністративно-територіального устрою, який включає в себе саму систему адміністративно-територіального поділу держави з її видами та рівнями адміністративно-територіальних одиниць і певними

особливостями їх взаємодії, є складовою (елементом) більш широкого інституту територіальної організації влади і знаходиться в безпосередньому взаємозв'язку з інститутом територіальної муніципальної влади.

Конституційне визначення адміністративно-територіальних основ організації влади в Україні має певну еволюцію.

Історичний досвід теоретико-правового обґрунтування формування інституту адміністративно-територіального устрою держави та дослідження процесу становлення перших державних утворень на території нинішньої України становить певну цінність.

Усі наукові дослідження проблеми адміністративно-територіального устрою України умовно поділяються на три періоди: дорадянський (до 1917 року), радянський (1917–1991 рр.) і пострадянський (після встановлення незалежності України).

У результаті аналізу наукових здобутків цих періодів можемо зробити певні висновки. Так, дорадянський період можна поділити на три великі часові періоди, які характеризуються відсутністю конституційних актів.

Отже, упродовж майже 150 років існував полково-сотенний адміністративно-територіальний устрій окремих частин території Правобережної України, Лівобережжя та частини Слобожанщини як важливий елемент державності Гетьманщини у вигляді державно-політичної автономії у складі Речі Посполитої, а згодом – у складі Російської держави. Територіальними одиницями цього адміністративно-територіального устрою були полк (усього налічувалося 16) та сотня, які розміщувалися в містах і містечках.

У дорадянський період досліджувалися окремі аспекти територіального устрою держави, основними напрямками наукових досліджень були: проблема розподілу території держави на територіальні одиниці; особливості порядку призначення та функцій посадових осіб, які управляли територіальними одиницями; проблема місця та ролі посадової особи, яка управляла певною територією держави; розробка теоретичних положень основ федералізму; особливості здійснення місцевого самоврядування тощо.

Становлення конституційного ладу в Україні з певними варіантами організації державної влади почалося у період відродження національної української держави, у 1917–1920 роки.

Так, прийнятий 10 червня 1917 р. I Універсал Української Центральної Ради «До Українського народу на Україні й поза Україною» проголосив Україну вільною, а IV Універсал від 9 січня 1918 р. проголосив УНР самостійною, ні від кого незалежною, вільною, суверенною державою українського народу. Ухвалений Центральною Радою Третій Універсал проголосив УНР, що діятиме у складі федеративної Російської Республіки, до складу якої мали входити вісім губерній.

6 березня 1918 р. Центральна Рада ухвалила Закон про поділ України на 32 землі та три міста-округи, який на практиці не був реалізований.

Конституція УНР (Статут про державний устрій, права і вільності УНР), прийнята 28 квітня 1918 р. Українською Центральною Радою в останній день існування цієї держави, юридично оформила відродження державності України, а також проголосила Україну суверенною, самостійною і ні від кого незалежною державою⁴.

За формою державного устрою УНР була унітарною державою з широким місцевим самоврядуванням, територіальна організація влади якої будувалася на основі принципу децентралізації. Конституція УНР визначила принципи адміністративно-територіального устрою, серед яких одним із ключових був принцип децентралізації. Як зазначалось у § 5 цього Закону, Україна складається із земель, волостей та громад, які користуються правами широкого самоврядування. Органами управління були ради відповідних адміністративно-територіальних одиниць, а виконавчими органами – управи.

Згідно зі ст. 26 зазначеного Закону центральні органи влади – міністерства не мали права втручатися у діяльність рад і управ, а могли лише контролювати їх роботу через своїх представників. Суперечки між ними мали вирішуватися лише через суд. Однак ні ефективне адміністративне управління, ні систему місцевого самоврядування Центральна Рада та її органи не змогли налагодити.

Ідеологія адміністративно-територіальної реформи, розробником проекту якої на підставі економічного районування разом з планом ГОЕЛРО був Держплан СРСР, полягала у дотриманні принципу єдності економічного районування, національного складу та адміністративно-територіального поділу.

Метою розпочатої вже у 1922 р. адміністративно-територіальної реформи проголошувалося спрощення адміністративного апарату та наближення його до населення. Передбачалося також укрупнення губерній та їх об'єднання у великі економічні області, які поділялися на округи, райони (колишні повіти) та сільради (колишні волості). Схема адміністративно-територіального устрою була законодавчо закріплена у травні 1925 р. 9-м Всеукраїнським з'їздом Рад, який ухвалив другу Конституцію УСРР.

Необхідність другої адміністративно-територіальної реформи, що припадає на 30-ті роки, була пов'язана з труднощами управління після відмови наприкінці 20-х від триступеневої схеми і переходу у 1930 р. на двоступеневу систему «центр-район», в результаті ліквідації округи та укрупнення районів до 484. Практика показала неефективність двоступеневої системи та неспроможність центру управляти такою великою кількістю адміністративно-територіальних одиниць, у результаті чого у 1932 р. було вирішено повернутися до триступеневої системи із заміною округи на область.

Новий етап адміністративно-територіальної реорганізації розпочався в Україні наприкінці 1930-х рр. – початку 1940-х рр., що характеризувався приєднанням Західної України і створенням у 1939 р. семи областей, а також Бессарабії, Північної Буковини.

Наступний етап реорганізації почали здійснювати наприкінці Другої світової війни, що було пов'язано як зі зміною зовнішніх кордонів України, так і зі спробою оптимізації існуючих адміністративно-територіальних одиниць та зміною адміністративних кордонів у рамках Радянського Союзу. Так, у квітні 1944 р. з частин Миколаївської області було утворено Херсонську область.

Хоча з того часу і до початку 1990-х рр. схема областей і районів істотно не змінювалася, проте зміни у адміністративно-територіальному поділі були пов'язані насамперед з економічним районуванням України у складі Радянського Союзу і спрямовувалися на реалізацію проголошеної керівництвом країни політики укрупнення сільських районів, яких налічувалося на початку 1962 р. 604. У результаті перетворення їх залишилося 251, проте наприкінці 1960-х рр. їх кількість зросла до 475, тобто майже ніж удвічі.

Аналіз історичного досвіду функціонування і реформування адміністративно-територіального устрою в Україні дає змогу зробити певні висновки. Насамперед організаційні перетворення у системі адміністративно-територіального устрою у повоєнний час свідчать про те, що довоєнна система і в перші повоєнні роки потребувала істотних змін, зокрема у напрямі децентралізації та розвитку місцевого самоврядування, оскільки не сприяла ефективному розвитку суспільства ускладненнями соціальної структури суспільства і потребувала істотних змін ідеології суспільного розвитку.

Загалом побудова та функціонування АТУ за радянських часів базувалась на питаннях адаптації системи АТУ до потреб командно-адміністративної системи управління. СРСР був унітарною за суттю і змістом державою та за способом організації влади, хоча за способом конструкції території мав федеративний характер.

¹ Приходько Х. Актуальні проблеми державного устрою України / Х. Приходько // Право України. – 2014. – № 9. – С. 70.

² Федоренко В. Система адміністративно-територіального устрою України: проблеми конституційної теорії та практики / В. Федоренко // Право України. – 2014. – № 9. – С. 96.

³ Приходько Х. Вказана праця. – С. 67.

⁴ Конституційні акти України. 1917–1920. Невідомі конституції України. – К. : Філософська і соціологічна думка, 1992.

Резюме

Коршун В. Ф. Інститут адміністративно-територіального устрою України: теоретичні засади формування та становлення до проголошення незалежності України.

Виконано аналіз основних історичних подій та документів, що впливали на становлення та розвиток територіального устрою України, інституту адміністративно-територіального устрою. Стверджується, що до проголошення незалежності України на тодішніх історичних українських територіях існував переважно трирівневий АТУ у складі централізованої, у більшості – унітарної держави.

Ключові слова: адміністративно-територіальний устрій, інститут, територіальна організація держави, конституційне право.

Резюме

Коршун В. Ф. Інститут адміністративно-територіального устрою України: теоретические основы формирования и становления до провозглашения независимости Украины.

Проведен аналіз основних історических подій та документів, які впливали на становлення та розвиток територіального устрою України, інституту адміністративно-територіального устрою. Утверджується, що до провозглашения независимости Украины на тех исторических украинских территориях существовало трехуровневое АТУ в составе централизованного, в большинстве – унитарного государства.

Ключевые слова: административно-территориальное устройство, институт, территориальная организация государства, конституционное право.

Summary

Korshun V. Concept of administrative and territorial division of : theoretical framework of formation and establishment before 's independence.

Main historical events and documents that influenced establishment and development of Ukraine's territorial division, concept of administrative and territorial division, were analyzed, during the different historical periods before independence the territories of our country at that time, Ukrainian territories had mostly three-level administrative and territorial division and belonged to centralized and mostly unitary state.

Key words: administrative and territorial division, concept, territorial arrangement of state, constitutional law.

Ю. О. ЛІВАР

Юлія Олегівна Лівар, здобувач Харківського національного університету ім. В. Н. Каразіна

ЗАМІНА АДМІНІСТРАТИВНИХ СТЯГНЕНЬ У ПРОВАДЖЕННІ З ВИКОНАННЯ ПОСТАНОВ ПРО НАКЛАДЕННЯ АДМІНІСТРАТИВНИХ СТЯГНЕНЬ

Однією зі складових адміністративно-юрисдикційного процесу є провадження з виконання постанов про накладення адміністративних стягнень, які приймаються в результаті розгляду уповноваженими органами адміністративної юрисдикції справ про адміністративні правопорушення.

Існуючі у науці погляди на кількість і зміст стадій провадження у справах про адміністративні правопорушення суттєво різняться, пропонується виділяти від чотирьох до семи стадій такого провадження. Традиційно вважається, що провадження з виконання постанов у справах про адміністративні правопорушення є стадією провадження у справах про адміністративні правопорушення.

Найбільш поширеною є позиція стосовно наявності чотирьох стадій провадження у справах про адміністративні правопорушення: порушення справи про адміністративне правопорушення (адміністративне розслідування); розгляд справи про адміністративне правопорушення та прийняття рішення; оскарження і опротестування постанови у справі про адміністративне правопорушення; виконання рішення, застосування адміністративного стягнення¹.

Іноді пропонується виділяти п'ять стадій: порушення справи та попереднє адміністративне розслідування; розгляд справи про адміністративний проступок; винесення рішення у справі; оскарження або опротестування рішення у справі і його перегляд; виконання постанови у справі².

На думку окремих вчених, можна виділити шість стадій провадження у справах про адміністративні правопорушення: порушення справи; адміністративне розслідування; розгляд справи; винесення постанови; перегляд постанови; виконання постанови³.

Найбільша кількість стадій провадження у справах про адміністративні правопорушення, яка зустрічається у літературі – сім: порушення справи; збір і вивчення потрібної інформації; попереднє вивчення матеріалів справи; вибір норм права, що підлягають застосуванню; розгляд справи органами, що правомочні приймати рішення; розгляд скарг і прийняття кінцевого рішення; виконання рішення у справі⁴.

Варто зауважити, що майже всі дослідники включають до стадій провадження у справах про адміністративні правопорушення стадію виконання постанови у справі про адміністративні правопорушення.

На нашу думку, це справедливо лише для постанов про закриття справи про адміністративне правопорушення. Що ж стосується виконання постанов про накладення адміністративних стягнень, то виходячи зі структури Кодексу України про адміністративні правопорушення⁵ (далі – КУпАП) ця діяльність знаходиться за межами власне провадження у справі про адміністративні правопорушення. Про це свідчить той факт, що виконання постанов про накладення адміністративних стягнень присвячений окремий розділ КУпАП, який не входить до розділу IV КУпАП «Провадження в справах про адміністративні правопорушення».

Крім того, у структурі розділу V КУпАП майже всі глави присвячені провадженням щодо виконання конкретних видів адміністративних стягнень. Це дає підстави стверджувати, що нормативної моделі єдиного, уніфікованого провадження з виконання постанов про накладення адміністративних стягнень не існує, а особливості змісту кожного виду адміністративних стягнень обумовлюють специфіку процесуальної конструкції провадження з виконання постанови про накладення адміністративного стягнення певного виду.

Але в існуючій науковій літературі майже не звертається увага на те, що у структурі проваджень з виконання окремих видів адміністративних стягнень існує факультативний елемент, зміст якого полягає у заміні адміністративного стягнення одного виду на адміністративне стягнення іншого виду. Це обумовлено тим, що зміни до КУпАП щодо врегулювання питань, які унеможливають виконання адміністративних стягнень, були внесені лише наприкінці 2013 року. Але навіть побіжний погляд на відповідні норми дає підстави акцентувати увагу на проблемі відсутності належного правового регулювання процедури заміни адміністративних стягнень.

Отже, метою цієї статті є з'ясування підстав заміни адміністративних стягнень, а також процесуальних засад її здійснення.

КУпАП передбачено три випадки заміни адміністративних стягнень. Відповідно до ст. 321-1 КУпАП, у разі втрати працездатності, призову на строкову військову службу, взяття під варту, засудження до кримінального покарання у виді позбавлення або обмеження волі, або якщо невідоме місцезнаходження особи, постановою суду (судді) за поданням органу центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері виконання кримінальних покарань, громадські роботи замінюються штрафом, розмір якого визначається з розрахунку, що чотири години невідбутих громадських робіт дорівнюють одному неоподаткованому мінімуму доходів громадян.

Аналогічним чином, відповідно до ст. 322 КУпАП, у разі втрати працездатності, призову на строкову військову службу, взяття під варту, засудження до кримінального покарання у виді позбавлення або обмеження волі, або якщо невідоме місцезнаходження особи, постановою суду (судді) за поданням органу центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері виконання кримінальних покарань, виправні роботи замінюються штрафом, розмір якого визначається із розрахунку, що один день невідбутих виправних робіт дорівнює одному неоподаткованому мінімуму доходів громадян.

Третій випадок заміни передбачено ст. 321-4 КУпАП, відповідно до якої у разі ухилення порушника від відбування громадських робіт постановою суду (судді) за поданням органу центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері виконання кримінальних покарань, невідбутий строк громадських робіт може бути замінено штрафом або адміністративним арештом.

Заміна громадських робіт штрафом застосовується за умови, що санкція статті, за якою на порушника накладено адміністративне стягнення, передбачає можливість застосування штрафу. Розмір штрафу в такому разі визначається із розрахунку, що чотири години невідбутих громадських робіт дорівнюють одному неоподаткованому мінімуму доходів громадян.

Заміна громадських робіт арештом застосовується за умови, що санкція статті, за якою на порушника накладено адміністративне стягнення, не передбачає можливості застосування штрафу. Строк арешту визначається із розрахунку, що одна доба арешту дорівнює п'яти годинам невідбутих громадських робіт, але не може перевищувати п'ятнадцять діб.

Отже, у двох перших випадках підставами для заміни адміністративного стягнення є:

- втрата працездатності;
- призов на строкову військову службу;
- взяття під варту;
- засудження до кримінального покарання у виді позбавлення або обмеження волі;
- якщо невідоме місцезнаходження особи.

Аналіз зазначених підстав дає можливість стверджувати, що заміна адміністративних стягнень у вигляді громадських робіт та виправних робіт на штраф за наявності таких підстав є нелогічною. Річ у тім, що у разі виникнення більшості таких підстав особа, до якої застосовано адміністративне стягнення, втрачає джерела доходів, і стягнення з неї штрафів за таких умов ускладнюється та навіть стає неможливим. Водночас у разі взяття під варту або засудження до кримінального покарання у вигляді позбавлення або обмеження волі особа втрачає можливість здійснити оплату штрафу в тому порядку, який передбачено у законі.

Заміна адміністративного стягнення у вигляді громадських робіт на штраф у разі ухилення особи від відбування громадських робіт також у певному сенсі не є логічною. Громадські роботи, як правило, передбачаються як альтернативне штрафу адміністративне стягнення і їх застосування є доцільним тільки тоді, коли особа не має грошових коштів для сплати штрафу. У цьому випадку більш логічним виглядає заміна громадських робіт на адміністративний арешт.

На нашу думку, інститут заміни адміністративних стягнень у провадженні з виконання постанов про накладення адміністративних стягнень має бути побудований на дещо інших концептуальних засадах. По-перше, слід чітко встановити, що заміна адміністративних стягнень є заходом, який спрямований на безумовне виконання адміністративного стягнення. По-друге, підставами заміни адміністративних стягнень мають бути або відсутність добровільного виконання постанов про накладення адміністративних стягнень, або об'єктивна неможливість їх виконання, наприклад за відсутності грошових коштів у розмірі, достатньому для сплати штрафу.

Відтак можна запропонувати таку схему заміни адміністративних стягнень. Оскільки найбільш розповсюдженим є адміністративне стягнення у вигляді штрафу, найбільші проблеми виникають саме зі сплатою штрафів. У разі відсутності добровільної сплати штрафу він має замінюватись на громадські роботи або виправні роботи. У першому випадку штраф компенсується працею правопорушника, а у другому – вирахування певних грошових сум відбувається без його участі.

Разом із тим заміна штрафу на виправні роботи може мати місце тоді, коли у правопорушника є постійне місце роботи. Якщо ж правопорушник не має постійного місця роботи, то обов'язковою є заміна штрафу тільки на громадські роботи.

Заміна ж адміністративних стягнень на адміністративний арешт має здійснюватись лише у тому випадку, коли особа ухиляється від виконання адміністративного стягнення у вигляді громадських робіт.

Що стосується провадження з виконання заміни адміністративних стягнень, то тут виникає одразу декілька проблем, пов'язаних із недостатністю правового регулювання відповідних процедур. У вищезазначених статтях КУпАП вказано тільки на те, що заміна адміністративних стягнень здійснюється постановою суду (судді) за поданням органу центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері виконання кримінальних покарань. Але жодної процесуальної норми, яка б регламентувала діяльність суду щодо розгляду зазначеного подання, немає.

Оскільки у ст. 304 КУпАП зазначено, що питання, зв'язані з виконанням постанови про накладення адміністративного стягнення, вирішуються органом (посадовою особою), який виніс постанову, а адміністративні стягнення у вигляді громадських робіт та виправних робіт застосовуються виключно судами, можна стверджувати, що розгляд питання про заміну адміністративного стягнення має здійснювати той самий суд, який виніс постанову про накладення адміністративного стягнення.

Виходячи із узагальнених правил здійснення адміністративно-юрисдикційних проваджень, можна припустити, що для прийняття рішення про заміну адміністративного стягнення уповноважені суб'єкти мають здійснити низку мінімально необхідних дій.

По-перше, орган центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері виконання кримінальних покарань, має підготувати подання про заміну адміністративного стягнення щодо конкретної особи з обґрунтуванням наявності підстав для здійснення такої заміни, а також спрямувати це подання до того суду, який виніс постанову про накладення адміністративного стягнення.

По-друге, суд, отримавши зазначене подання, має здійснити низку підготовчих дій, зокрема переконатись, що заміна адміністративного стягнення, про яку йдеться у поданні, належить до його компетенції та перевірити, чи правильно оформлено подання та документи, до нього долучені.

По-третє, суд має розглянути справу по суті, тобто визначити, чи дійсно існують підстави для заміни адміністративного стягнення, а також чи є обставини, які можуть перешкодити виконанню нового адміністративного стягнення.

По-четверте, суд має прийняти рішення про заміну адміністративного стягнення, оформити відповідну постанову та довести цю постанову до відома правопорушника й органу, який виніс відповідне подання.

Відтак, можна стверджувати, що заміна адміністративних стягнень має здійснюватись у процесуальній формі і, більш того, має бути передбачено окремо виділене провадження щодо заміни адміністративних стягнень. Такий стан справ змушує переглянути уявлення про структуру провадження з виконання адміністративних стягнень. Так, можна припустити, що провадження з виконання постанов про адміністративні стягнення у вигляді громадських робіт та виправних робіт мають додаткову факультативну стадію – стадію заміни адміністративного стягнення, яка сама по собі є адміністративно-юрисдикційним провадженням.

Отже, структура провадження з виконання постанов про накладення адміністративних стягнень у вигляді громадських робіт та виправних робіт буде мати такий вигляд:

- 1) звернення постанови про накладення адміністративного стягнення до виконання;
- 2) безпосереднє виконання адміністративного стягнення, передбаченого постановою;
- 3) заміна адміністративного стягнення у разі невиконання попереднього.

Аналіз чинного КУпАП дає можливість виділити ще один випадок заміни адміністративного стягнення. Так, відповідно до ст. 308 КУпАП у разі несплати правопорушником штрафу у строк, установлений частиною першою ст. 307 цього Кодексу, постанова про накладення штрафу надсилається для примусового виконання до відділу державної виконавчої служби за місцем проживання порушника, роботи або за місцезнаходженням його майна в порядку, встановленому законом.

У порядку примусового виконання постанови про стягнення штрафу за вчинення адміністративного правопорушення з правопорушника стягується подвійний розмір штрафу, визначеного у відповідній статті цього Кодексу та зазначеного у постанові про стягнення штрафу.

У даному випадку відбувається не заміна адміністративного стягнення на стягнення іншого виду, а заміна на стягнення збільшеного розміру. Підставою такої заміни є відсутність добровільного виконання постанови про накладення штрафу. Проте само по собі таке збільшення розміру штрафу уявляється сумнівним з точки зору законності, оскільки законом не визначається обов'язок уповноваженого суб'єкта з'ясувати, з якої причини не відбулося добровільне виконання постанови про накладення адміністративного стягнення у вигляді штрафу. Відтак, у разі, наприклад, коли у правопорушника немає грошей для сплати штрафу, з нього мають стягнути суму вдвічі більшу, що ще більш ускладнює виконання. Виходом із цієї ситуації могло би стати запровадження заміни штрафу на громадські роботи в адекватному розмірі, про що вже йшлося вище.

Підсумовуючи викладене, можна зробити висновок про те, що передбачена КУпАП заміна адміністративних стягнень являє собою окреме адміністративно-юрисдикційне провадження, процесуальна форма якого потребує суттєвого удосконалення. Крім того, існуюча схема заміни адміністративних стягнень з громадських або виправних робіт на штраф не є логічною, оскільки підстави такої заміни не враховують реальних можливостей сплати штрафу правопорушниками. Більш доцільною видається така схема заміни, коли у разі відсутності добровільної сплати штрафу він має замінюватись на громадські роботи або виправні роботи. У першому випадку штраф компенсується працею правопорушника, а у другому – вирахування певних грошових сум відбувається без його участі. Водночас заміна штрафу на виправні роботи може мати місце тоді, коли правопорушник має постійне місце роботи. Якщо ж правопорушник не має постійного місця роботи, то обов'язковою є заміна штрафу тільки на громадські роботи.

З урахуванням викладеного можемо стверджувати, що подальші дослідження проблем виконання постанов про накладення адміністративних стягнень мають здійснюватись у напрямі створення правових механізмів, які б забезпечували повне й неухильне виконання постанов про накладення адміністративних стягнень.

¹ Адміністративное право Украины : учеб. [для студентов высш. учеб. заведений юрид. спец.] / [Ю. П. Битяк, В. В. Богущкий, В. Н. Гарашук и др.] ; под ред. Ю. П. Битяка. – 2-е изд., перераб. и доп. – Х. : Право, 2003. – С. 202; Адміністративне право України. Академічний курс : підруч. : у 2-х т. / ред. колегія : В. Б. Авер'янов (голова). – К. : Вид-во «Юрид. думка», 2004. – Т. 1: Загальна частина. – 2004. – С. 519.

² Коренев А. П. Нормы административного права и их применение / А. П. Коренев. – М. : Юридическая литература, 1978. – С. 83.

³ Колпаков В. К. Адміністративна відповідальність (адміністративно-деліктне право) : навч. посіб. / В. К. Колпаков. – К. : Юринком Інтер, 2008. – С. 196.

⁴ Юсупов В. А. Правоприменительная деятельность органов государственного управления / В. А. Юсупов. – М. : Юрид. лит., 1979. – С. 34–35.

⁵ Кодекс України про адміністративні правопорушення // Відомості Верховної Ради Української РСР. – 1984. – Дод. до № 51. – Ст. 1122.

Резюме

Ливар Ю. О. Заміна адміністративних стягнень у провадженні з виконання постанов про накладення адміністративних стягнень.

Статтю присвячено аналізу існуючого у чинному законодавстві механізму заміни адміністративних стягнень при виконанні постанов про накладення адміністративних стягнень. Доводиться його невідповідність завданням повноцінного виконання адміністративних стягнень та недосконалість процесуальної форми. Пропонуються заходи щодо удосконалення згаданого механізму.

Ключові слова: адміністративне стягнення; заміна адміністративних стягнень; постанова про накладення адміністративного стягнення; провадження щодо заміни адміністративних стягнень; процесуальна форма адміністративно-юрисдикційних проваджень.

Резюме

Ливар Ю. О. Замена административных взысканий в производстве по исполнению постановлений о наложении административных взысканий.

Статья посвящена анализу существующего в действующем законодательстве механизма замены административных взысканий при исполнении постановлений о наложении административных взысканий. Доказывается его несоответствие задачам полноценного исполнения административных взысканий и несовершенство процессуальной формы. Предлагаются меры по усовершенствованию упомянутого механизма.

Ключевые слова: административное взыскание; замена административных взысканий; постановление о наложении административного взыскания; производство по замене административных взысканий; процессуальная форма административно-юрисдикционных производств.

Summary

Livar Y. Replacement of administrative penalties in a production on execution of decisions about imposition of administrative penalties.

The article is dedicated to the analysis of existing in a current legislation to the mechanism of replacement of administrative penalties at execution of decisions about imposition of administrative penalties. His disparity is proved to the tasks of valuable execution of administrative penalties and imperfection of judicial form. Measures are offered on the improvement of the mentioned mechanism.

Key words: administrative penalty; replacement of administrative penalties; decision about imposition of administrative penalty; production on replacement of administrative penalties; judicial form of administratively-jurisdiction production.

УДК 347.73

Є. В. ЛИТВИНОВА

Євгенія Валеріївна Литвинова, ад'юнкт Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ

ФІНАНСОВО-ПРОЦЕСУАЛЬНІ НОРМИ ТА ЇХ СПІВВІДНОШЕННЯ З МАТЕРІАЛЬНИМИ НОРМАМИ ФІНАНСОВОГО ПРАВА

В умовах формування правового поля сучасної України, коли змінюється вектор державного управління, відбувається вдосконалення законодавства відповідно до європейських стандартів, змінюються та наповнюються новим змістом економічні відносини, фінансове право як одна з провідних галузей національного публічного права зазнає суттєвих перетворень. Такі його підгалузі, як бюджетне, податкове право зміцнені окремими спеціалізованими кодифікованими актами; інститут страхування розширено як в об'єктному, так і суб'єктному складі; публічне регулювання банківської діяльності, а також валютне регулювання актуалізовані фінансовою кризою, в якій опинилась країна. На фінансове право покладено місію забезпечення діяльності держави, підтримки її обороноздатності, у тому числі.

© Є. В. Литвинова, 2014

Вважаємо за доцільне дослідити, виокремити та надати характеристику процесуальним нормам, що сьогодні функціонують в межах фінансового права, а також проаналізувати зв'язок між фінансово-процесуальними нормами та матеріальними нормами фінансового права.

При дослідженні одного з первинних елементів системи права (процесуальної норми права) до уваги взяті роботи таких видатних вчених, як: Л. М. Касьяненко, С. С. Алексєєв¹, Є. О. Харитонов², О. В. Підлубна³, І. С. Криницький⁴, В. Н. Горшенєв⁵, та ін.

Об'єктом дослідження є суспільні відносини, що мають місце при мобілізації, розподілу, використанні фінансових коштів.

Предметом визначаємо фінансово-процесуальні норми та їх співвідношення з матеріальними нормами фінансового права.

Фінансові відносини (фінанси) – це насамперед економічні відносини, зумовлені дією закону вартості й наявністю товарно-грошових відносин, у результаті яких утворюються, розподіляються і використовуються централізовані й децентралізовані фонди коштів, необхідні для задоволення завдань держави і потреб суспільства (хоча на певних етапах розвитку інтереси останніх можуть не тільки не збігатися, а й суперечити один одному)⁶. Через фінансові відносини держава впливає на процеси нагромадження капіталу, причому від такого впливу залежить у більшій мірі економічне зростання країни⁷.

У структурі права прийнято виділяти два блоки правових норм. Перший – це норми матеріального права, що призначені для визначення змісту прав та обов'язків суб'єктів права і відповідають на питання, що треба зробити для реалізації цих прав і обов'язків, другий блок – норми процесуального права, що відповідають на питання як, яким чином, у якому порядку права та обов'язки можуть і мають бути реалізовані.

При визначенні характеру норми права важливі її зміст, сутність і функції. Якщо норма права регулює питання, пов'язані з тим, чи виникло право або обов'язок, між якими сторонами, з яким змістом, коли і що можна вимагати, коли і які настають наслідки при її невиконанні, у яких межах права і обов'язки можуть бути здійснені, то слід говорити про матеріально-правову норму.

Звернемо увагу на категорію процесу в науковій літературі. Класично є два розуміння категорії юридичного процесу – вузьке та широке. Вузьке замикається на судовому процесі, широке включає й інші процесуальні відносини. При широкому розумінні юридичного процесу не допускається ніякого применшення ролі і значення правосуддя як специфічної форми діяльності держави. Мова йде тільки про те, що правозастосовний процес різноманітний і не може бути зведеним тільки до вирішення спорів або справ про правопорушення і тільки до діяльності суду⁸. Якщо розглядати визначення процесу «у вузькому» змісті, то воно не відображає ті багатосторонні відносини, які мають місце при розвитку ситуацій, що завершуються в межах процедури. Нині не встановлено чітких критеріїв розмежування процесу і процедури. Так, фахівці загальної теорії права стверджують, що не будь-яка врегульована правом процедура здійснення юридичних дій може бути визнана процесом у тому спеціальному юридичному змісті, який історично склався⁹. З'ясування сутності поняття «процес» пов'язане з проблемою матеріальних і процесуальних норм права. Дане твердження базується на тому, що процес, як правило, регулюється процесуальними нормами, а його реалізація пов'язана з матеріальними нормами. У зв'язку з цим, щоб зрозуміти сутність процесу, необхідно пам'ятати, що роль матеріальних і процесуальних норм у правовому регулюванні різна.

Матеріально-правові норми встановлюють права і обов'язки суб'єктів суспільних відносин відносно володіння, користування і розпорядження майном, а також нематеріальними благами.

Для визначення системних властивостей процесуального права основне значення має класифікація норм права на загальні і спеціальні відносно рівня системи, на якому виокремлюються загальні та спеціальні норми, по предмету регулювання і за місцем їх закріплення. Відносно рівня системи, на якому виокремлюються загальні та спеціальні процесуальні норми, можна виділити: а) загальні та спеціальні норми процесуального права – вищий рівень; б) загальні та спеціальні норми інституту процесуального права – нижчий рівень. За місцем закріплення виокремлюють: а) загальні – норми, що містяться в процесуальному законодавстві; б) спеціальні – процесуальні норми матеріального права. Значна кількість процесуальних норм може знаходитися в кодифікованих або некодифікованих актах матеріального права¹⁰.

Зустрічається дихотомія поглядів на природу процесуальних норм, включених у систему матеріального законодавства. Так, Ю. А. Тихомиров вважає, що процесуальні норми, включені в систему матеріального законодавства, є структурною частиною матеріального права¹¹, при цьому Л. Ф. Лесницька відносить досліджувану групу процесуальних норм до структури процесуального права¹².

На початку ХХ століття С. С. Алексєєв вказував, що окремі правові норми можуть належати не до однієї, а до двох або декількох галузей права, тобто мають «подвійну прописку»¹³. Звідси висновок, що процесуальні норми, включені до складу матеріального законодавства, одночасно входять у систему матеріального і процесуального права, при цьому їх правова природа не змінюється – це норми процесуального права.

Ми погоджуємось з думкою, що включення в непроцесуальне законодавство норм процесуального права неминуче, оскільки деякі правові правила, нерозривно пов'язані з процесуальними правилами і окремо (незалежно) один від одного, зрозуміти не можливо¹⁴.

За своїм змістом процесуальні норми, що містяться в нормативних актах матеріального права, можуть бути двох видів: – безпосередньо формулюючи процесуальні правила, що передбачають конкретну процесуальну дію; – опосередковано встановлюючи процесуальні правила при регламентації прав та обов'язків суб'єктів матеріально-правових відносин.

Процесуальні норми, які містяться в матеріально-правових фінансових нормативних актах, слід розглядати як спеціальні норми щодо норм, зазначених у процесуальному законі. Норми процесуального законодавства діють при розгляді і вирішенні всіх юридичних справ, сфера ж застосування процесуальних норм, які містяться в нормативних актах матеріального фінансового права, обмежена межами окремих інститутів фінансового права.

Спеціальні норми, що містяться в матеріально-правових фінансових актах можуть бути винятковими, деталізуючими і можуть доповнювати загальні правила. Спеціальні процесуальні правила, які містяться в матеріально-правових нормативних актах, можуть не лише виключати дію загальних норм, а й конкретизувати їх.

Спеціальні процесуальні норми, що містяться в матеріальному праві, за ознакою їх узгодженості з процесуальним законодавством, поділяються на дві групи: а) норми, що узгоджуються із загальними положеннями процесуального законодавства; б) норми, що не узгоджуються з цими положеннями¹⁵.

Слід вказати на такий важливий елемент зв'язку матеріального права, як взаємозв'язок матеріальних та процесуальних фінансових правовідносин. Є позиція, що при цьому вони співвідносяться між собою як матеріальне право з процесуальним правом, процесуальні правовідносини є вторинними явищами в порівнянні з матеріальними, бо службове призначення процесуальних правовідносин полягає в забезпеченні реалізації матеріальних відносин. Це означає, що характер, зміст і призначення процесуальних відносин, які складаються при врегулюванні процесуальним правом організаційної діяльності з застосування норм матеріального права, підпорядковані вимогам життєвості матеріальних правовідносин і в цьому сенсі обумовлюються ними, похідні від них. Цей взаємозв'язок виявляється не безпосередньо, а через діяльність застосування норм матеріального права в межах процесуальних норм. Соціальне призначення процесуально-правових відносин, так само як і призначення процесуального права, полягає в тому, аби обслуговувати потреби реалізації норм матеріального права у відповідних правовідносинах, а також забезпечувати здійснення цих правовідносин у практичній діяльності їх суб'єктів¹⁶.

Р. Гусакаян на противагу визначав, що не можна розглядати співвідношення матеріальних і процесуальних правовідносин як таких, що витікають один із одного. Процесуальна галузь права була б безцільною без матеріальної галузі, існування ж матеріальних правовідносин не обумовлене наявністю процесуальних правовідносин, так само, як і існування процесуальних правовідносин не обумовлене наявністю матеріальних. Матеріально-правові відносини визначають можливість і необхідність виникнення та існування процесуального правовідношення, призначення якого в забезпеченні вирішення правового спору, а не у встановленні умов для застосування норм матеріального права. Матеріальні правовідносини впливають на форму процесу. Під безпосередньою дією матеріальних правовідносин знаходяться такі елементи процесуальної форми, як форма захисту, позов, суб'єкти процесу, докази і доказування, способи захисту¹⁷.

Норми фінансового права органічно пов'язані з нормами інших галузей правової системи України, і їх реалізація у фінансових правовідносинах багато в чому визначається останніми. Норми фінансового права органічно пов'язані з нормами інших галузей правової системи України, і їх реалізація у фінансових правовідносинах багато в чому визначається останніми¹⁸. Співвідношення матеріального і процесуального права виявляється і у взаємозв'язку матеріальних і процесуальних правовідносин.

Підсумовуючи слід вказати, що формування інституту права – це складний пізнавальний процес, який не може бути в якусь мить завершений, оскільки через норми він стикається з соціальною реальністю, що постійно розвивається, ускладнюється, деталізується, а разом з нею відповідно ускладнюється й розвивається сам інститут¹⁹. Вважаємо, що існують не лише процедурні норми в межах фінансового права, а й окрема група фінансово-процесуальних норм. Важливо, що процедурні норми матеріального фінансового права регламентують оперативно-виконавчу форму застосування права, а процесуальні норми фінансового права регламентують правозахисну форму застосування права. Процедурні норми матеріального фінансового права є необхідною умовою реалізації низки матеріальних регулятивних норм і зв'язків, що існують у фінансових правовідносинах. Вони невіддільні від усієї іншої системи норм фінансового матеріального права і регламентують порядок реалізації норм права завдяки такій її особливій формі, як застосування норми права відповідними державними органами. Кожна матеріально-процедурна норма фінансового права пов'язана з відповідним регулятивним відношенням і є обов'язковою умовою його нормальної реалізації.

На відміну від процедурних норм матеріального права, норми процесуального мають якість універсальності, пристосованості, забезпечують реалізацію юридичних обов'язків, і виконують службову роль – регламентують порядок застосування норм матеріального права.

¹ Алексеев С. С. Проблемы теории права / С. С. Алексеев. – М., 1965. – Т. 1. – 396 с.

² Харитонов О. І. Приватне і публічне право та деякі аспекти теорії правовідносин / О. І. Харитонов, Є. О. Харитонов // Проблеми законності. – 2002. – Вип. 53. – С. 142–149.

³ Підлубна О. В. Співвідношення норм цивільного процесуального права і цивільного процесуального правовідношення // Вісник Хмельницького інституту регіонального управління та права з питань правознавства управління та економіки: Науковий часопис. – № 2. – 2002. – С. 237–240.

⁴ Криницький І. Є. Співвідношення матеріальних та процесуальних норм податкового права / І. Є. Криницький // Підприємництво, господарство і право. – 2007. – № 2. – С. 80–82.

⁵ Юридическая процессуальная форма / Под ред. П. Е. Недбайло, В. Н. Горшенева. – М., 1976. – 149 с.

⁶ Бирман А. М. Очерки теории советских финансов. Сущность и функции финансов. – М.: Финансы, 1968. – С. 3–19; Вознесенский Э. А. Дискуссионные вопросы теории социалистических финансов. – Л.: Изд-во ЛГУ, 1969. – С. 3–20; Савченко Л. А. Правові проблеми фінансового контролю в Україні. – Ірпінь: Акад. ДПСУ, 2001. – С. 11–17; Финансы / Под ред. В. М. Радионовой. – М.: Финансы и статистика, 1995. – С. 7–20; та ін.

⁷ Маркс К., Энгельс Ф. Соч. – Т. 4. – М.: Полит. лит., 1955. – С. 308, 309; Т. 9. – М.: Полит. лит., 1957. – С. 78.

⁸ Кононов П. И. Административный процесс: подходы к определению, понятия и структуры / П. И. Кононов // Государство и право. – 2001. – № 6. – С. 20.

⁹ Алексеев С. С. Социальная ценность права в советском обществе / С. С. Алексеев. – М.: Юрид. лит., 1971. – С. 122.

¹⁰ Ніколенко Л. М. Матеріальні та процесуальні норми і правовідносини: їх взаємозв'язок у господарському судочинстві // Наше право. – № 10. – 2013. – С. 148–154.

¹¹ Тихомиров Ю. А. О концепции развития административного права и процесса / Ю. А. Тихомиров // Государство и право. – 1998. – № 2. – С. 7–11.

¹² Лесницкая Л. Ф. Система законодательства о гражданском судопроизводстве / Л. Ф. Лесницкая // Система советского законодательства. – М., 1980. – С. 320–325.

¹³ Алексеев С. С. Проблемы теории права / С. С. Алексеев. – М., 1965. – Т. 1. – 396 с.

¹⁴ Чечина Н. А. Гражданский кодекс и гражданское процессуальное законодательство / Н. А. Чечина // Правоведение. – 1995. – № 4–5. – С. 73–78.

¹⁵ Там само.

¹⁶ Юридическая процессуальная форма / Под ред. П. Е. Недбайло, В. Н. Горшенева. – М., 1976. – 149 с.

¹⁷ Гукасян Р. Е. Соотношение материального и процессуального права, норм и правоотношений / Р. Е. Гукасян // Труды ВЮЗИ. Проблемы соотношения материального и процессуального права. – М., 1980. – С. 14–19.

¹⁸ Наприклад, норми, що регулюють відносини при складанні, розгляді, затвердженні, виконанні і звітності Державного і місцевого бюджетів, міжбюджетні відносини тощо, закріплені не тільки в Бюджетному кодексі України, а й у Конституції України, Законі «Про місцеве самоврядування в Україні», Регламенті Верховної Ради України та ін. (Див.: [19, 64, 133, 162] Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141; 2001. – № 37–38. – Ст. 189; 1997. – № 24. – С. 170; Додаток до Відом. Верхов. Ради України. – 2002. – № 4. – С. 3).

¹⁹ Козловський А. Систематизація законодавства як гносеологічний процес / А. Козловський // Право України. – 2000. – № 2. – С. 49.

Резюме

Литвинова Є. В. Фінансово-процесуальні норми та їх співвідношення з матеріальними нормами фінансового права.

Автором висунута та обґрунтована гіпотеза існування не лише процедурних норм у межах фінансового права, а й окремої групи фінансово-процесуальних норм. Статтю присвячено питанню співвідношення фінансово-процесуальних норм та матеріальних норм фінансового права. Значну увагу приділено з'ясуванню особливостей та відмінностей процесуальних норм фінансового права від процедурних норм матеріального фінансового права. Встановлено, що процедурні норми матеріального фінансового права регламентують оперативно-виконавчу форму застосування права, а процесуальні норми фінансового права регламентують правозахисну форму застосування права.

Ключові слова: процедурні норми матеріального фінансового права, фінансово-процесуальні норми, галузь права, фінансове право, юридичний процес, процесуальне право

Резюме

Литвинова Е. В. Финансово-процессуальные нормы и их соотношение с материальными нормами финансового права.

Автором выдвинута и обоснована гипотеза существования не только процедурных норм в пределах финансового права, но и отдельной группы финансово-процессуальных норм. Статья посвящена вопросу соотношения финансово-процессуальных норм и материальных норм финансового права. Значительное внимание уделено выяснению особенностей и различий процессуальных норм финансового права от процедурных норм материального финансового права. Установлено, что процедурные нормы материального финансового права регламентируют оперативно-исполнительную форму применения права, а процессуальные нормы финансового права регламентируют правозащитную форму применения права.

Ключевые слова: процедурные нормы материального финансового права, финансово-процессуальные нормы, отрасль права, финансовое право, юридический процесс, процессуальное право.

Summary

Lytvynova Y. The financial procedure rules and their correspondence with substantive rules of financial law.

The author put forward and grounded a hypothesis as for existence not only of procedural rules within the finance but a different group of the financial procedure rules, too. The article is devoted to the correspondence between the financial procedure rules and substantive rules of financial law. Emphasis on an attention is given to identification the special aspects and differences of financial procedure rules from substantive rules of financial law.

It was established that substantive rules of financial law governing executive forms of law and procedural rules governing human rights work forms of law. Procedure points of material and financial law are a requirement condition for realization the series of financial regulatory standards and contacts that exist in the financial legal relation.

Key words: procedure points of material and financial law, financial practice requires, the branch of law, financial law, legal process, law of procedure.

О. Б. ЛЯШКО

Олег Борисович Ляшко, здобувач Запорізького національного університету

НАДАННЯ АДМІНІСТРАТИВНИХ ПОСЛУГ У СФЕРІ МІСТОБУДУВАННЯ: РЕЗУЛЬТАТИ СОЦІОЛОГІЧНОГО ДОСЛІДЖЕННЯ

У наш час сфера послуг є однією з найперспективніших галузей економіки, яка, до того ж, швидко розвивається. Вона охоплює різні такі ланки життєдіяльності людини, як: торгівля і транспорт, фінанси і страхування, комунальне господарство, освітні та медичні установи тощо. Практично всі організації тією або іншою мірою надають послуги. Незалежно від власного бажання кожен громадянин періодично вимушений звертатися до специфічного виду послуг – послуг публічної адміністрації, наприклад, за реєстрацією себе як суб'єкта підприємницької діяльності, для отримання паспорта, для отримання дозволу на проведення будівництва, для вводу об'єкту будівництва в експлуатацію, для отримання паспорта будівлі та ін.

Сфера містобудування, враховуючи ринкову вартість нерухомого майна в Україні, залишається тією сферою суспільного життя, стан нормативного регулювання є «сприятливим» для подальшої корумпованості органів публічної адміністрації. Аналіз видів адміністративних послуг, що надаються суб'єктам (фізичним та юридичним особам), визначає низький рівень розробки та певну невизначеність регламенту надання таких послуг. Проведення містобудівної діяльності в Україні повинно спрямовуватись на формування повноцінного життєвого середовища, забезпечення при цьому охорони навколишнього середовища, раціонального природокористування, збереження культурної спадщини, а також забезпечення сталого розвитку територій з урахуванням державних, громадських та інших інтересів. Органи державної влади, керуючись тими чи іншими правовими документами, надають адміністративні послуги у сфері містобудування в межах своєї компетенції. Між тим, враховуючи, що законність проведення містобудівельної діяльності впливає не лише на стан забезпечення права людини на безпеку життя та здоров'я людини, а й стосується ряду інших її прав та законних інтересів, актуалізується питання нормативного визначення класифікації адміністративних послуг у цій сфері.

Аналітичному осмисленню вказаної проблеми сприяли наукові праці провідних фахівців з вітчизняної адміністративно-правової науки, зокрема В. Б. Авер'янова, Ю. П. Битяка, А. С. Васильєва, І. П. Голосніченка, Є. В. Додіна, С. В. Ківалова, Н. В. Коваленко, Л. В. Коваля, І. Б. Коліушка, В. К. Колпакова, А. Т. Комзюка, Є. В. Курінного, Є. В. Пряхіна та ін.

Об'єктом дослідження є суспільні відносини, які формуються у сфері надання адміністративних послуг у галузі містобудівної діяльності.

Предметом дослідження є дані соціологічного опитування 132 респондентів у Дніпропетровській області як споживачів адміністративних послуг у сфері містобудування.

Мета роботи – на підставі аналізу наявних результатів соціологічного дослідження сформулювати відповіді на такі питання:

- до яких суб'єктів найчастіше звертались респонденти за отриманням адміністративних послуг у сфері містобудування;
- за якими саме послугами у сфері містобудівельної діяльності найчастіше звертаються респонденти визначених груп (суб'єкти господарювання, фізичні особи-підприємці, та ін.) відповідно до категорій послуг (на стадії підготовки до будівництва, на стадії введення в експлуатацію об'єкта нерухомого майна та ін.);
- чи вважають респонденти за доцільне ділити адміністративні послуги у сфері містобудування на платні та безплатні;
- протягом якого терміну респондентам гарантувалось позитивне вирішення питання (виготовлення документа, видача дозволу (ліцензії), проведення експертизи, видача довідок або іншої інформації, реєстрація та ін.) та в які реальні строки такі послуги надавались;
- які супутні послуги найчастіше надавались під час вирішення справи і які з них були платними;
- до скількох посадових осіб суб'єктів публічної адміністрації респондентам довелося звернутися протягом всієї процедури надання послуги, враховуючи оплату послуги
- за які діяння посадової особи суб'єкта надання адміністративної послуги, на думку респондентів, повинна наступати адміністративна відповідальність;
- як часто і з якого приводу респонденти звертались зі скаргою щодо надання адміністративних послуг;
- які заходи, на думку респондентів, потрібно вжити для покращення діяльності суб'єктів публічної адміністрації з надання адміністративних послуг у сфері містобудування.

Закон України «Про адміністративні послуги» визначає правові засади реалізації прав, свобод і законних інтересів фізичних та юридичних осіб у сфері надання адміністративних послуг. Нормативними положеннями дається актуальне офіційне визначення «адміністративної послуги», як «результат здійснення влад-

них повноважень суб'єктом надання адміністративних послуг за заявою фізичної або юридичної особи, спрямований на набуття, зміну чи припинення прав та/або обов'язків такої особи відповідно до закону»¹.

Теоретичне осмислення сутності адміністративних послуг вимагає визначення їх ознак як правової категорії. В. Авер'янов до обов'язкових ознак адміністративних послуг зараховував: а) надання цих послуг спрямоване на створення належних умов для повноцінної реалізації приватними особами належних їм прав та виконання покладених на них обов'язків; б) приватні особи мають право на свій розсуд (окрім вчинення неправомірних дій) користуватися результатами наданих їм адміністративних послуг². І. Б. Коліушко виділяє такі ознаки адміністративних послуг: 1) адміністративна послуга надається за зверненням фізичної або юридичної особи; 2) надання адміністративних послуг пов'язане із забезпеченням юридично значущих умов для реалізації суб'єктивних прав конкретної приватної особи; 3) адміністративні послуги надаються виключно адміністративними органами через реалізацію владних повноважень; 4) право на отримання особою конкретної адміністративної послуги та відповідне повноваження адміністративного органу має визначатися лише законом; 5) результатом адміністративної послуги є адміністративний акт – рішення чи юридично значуща дія адміністративного органу, яким задовольняється звернення особи³. Не можна вимагати від органу влади надати адміністративну послугу, якщо її надання не передбачено законом. Нормативною ознакою необхідності визначеності конкретного органу публічної влади, що має право надавати певну адміністративну послугу Закон наділяє повноваженнями по наданню кожної адміністративної послуги відповідний орган виконавчої влади або орган місцевого самоврядування. За загальним правилом, за конкретною адміністративною послугою можна звернутися лише до певного (тільки одного) органу влади, визначеного законом, на відміну від інших видів звернень, які можуть бути розглянуті та вирішені більш широким колом суб'єктів.

Вважаємо, що в сучасному правовому полі має місце наявність специфічного предмета правового регулювання – адміністративних послуг у сфері містобудування.

Під предметом правового регулювання за загальним правилом розуміють певну сукупність однорідних суспільних явищ, тобто сферу, на яку поширюється право. При цьому в структурі предмета правового регулювання виділяються наступні елементи: суб'єкти; об'єкти регульованих суспільних відносин; юридичні факти, що сприяють виникненню відповідних відносин; практична діяльність людей.

Запровадивши двадцять років тому демократичні форми і види діяльності, владні мужі не поспішали наповнювати їх таким же демократичним змістом, що поступово був підмінений свавіллям чиновництва, яке цілком дискредитувало і себе, і свій власний професійний цех, а головне – державу.

Можливість відповідно вдосконаленого адміністративно-правового інструментарію безпосередньо забезпечити належну організацію та функціонування інституту державної (публічної) служби на принципово нових засадах соціоцентризму дає привід для стриманого оптимізму та спонукає ще до більшої концентрації творчих зусиль на інтенсифікації розпочатого процесу⁴.

Адміністративна функція стосується майже кожного моменту життя людини, тому що не багато в житті обставин, коли громадянин не має стосунків з державою⁵.

Однак тягар надання адміністративних послуг у сфері містобудування тому покладений на органи публічної адміністрації, що саме у їх базах даних знаходиться необхідна інформація, що дозволяє зробити висновки про можливість чи неможливість надання послуги споживачеві, а не тому, що контроль та нагляд при наданні адміністративних послуг є основними завданнями органу влади. Крім того, досягнення загальносуспільного інтересу, його підтримка і забезпечення повинні бути у витоках регулювання діяльності, пов'язаної з наданням адміністративних послуг у сфері містобудівництва.

Розглядаючи будівельні відносини через призму потреб та інтересів їх суб'єктів, можна зазначити, що специфіка будівельної діяльності як сфери адміністративно-правового регулювання базується на потребах та інтересах учасників даних відносин.

З метою визначення шляхів оптимізації механізму надання адміністративних послуг у сфері містобудування фізичними та юридичними особам, а також розробки оптимальних шляхів реформування цієї діяльності було опитано 132 особи, які проживають на території Дніпропетровської області. Опитування було проведено у 2013–2014 рр.

В опитуванні взяли участь студенти вищих навчальних закладів Дніпропетровська – 8,3 % або 11 осіб (далі в дужках вказано загальну кількість опитаних), державні службовці – 21,1 % (28), підприємці – 12,1 % (16), працівників соціальної сфери (освіти, медицини, соціальної сфери) – 6,8 % (9), домогосподарки – 6,1 % (8), пенсіонери – 3 % (4), робітники 28,2 % (37), а також працівники суду – 14,4 % (19).

За отриманням адміністративних послуг опитані респонденти зверталися або до Держархбудінспекції України (11,4 % – 15 осіб), або до Державної агенції земельних ресурсів (12,1 % – 16 осіб), або до Головного управління містобудування, архітектури та дизайну міського середовища міста (12,9 % – 17 осіб), а також до особи-посередника звернулося 6,1 % (8 осіб). Показовим є те, що серед споживачів адміністративних послуг у сфері містобудування (а це 42,4 % – 56 осіб) жоден респондент у Дніпропетровській області не звертався до центра надання адміністративних послуг.

Найбільш поширеними адміністративними послугами на різних стадіях здійснення містобудівельної діяльності, за отриманням яких респонденти зверталися, були: 1) присвоєння поштової адреси об'єкту нерухомого майна (18,2 % (24)); 2) надання будівельного паспорта забудови присадибної, дачної, садової земельної ділянки (15,9 % (21)); 3) видача витягу з Державного реєстру сертифікованих інженерів-

геодезистів (15,2 % (20)); 4) оформлення паспорта прив'язки тимчасової споруди для провадження підприємницької діяльності (12,8 % (17)); 5) про видання будівельного паспорта на забудови земельної ділянки (11,4 % (15)).

На запитання «Протягом якого терміну Вам гарантували позитивне вирішення Вашого питання (виготовлення документа, видача дозволу (ліцензії), проведення експертизи, видача довідок або іншої інформації, реєстрація тощо)» лише 2,3 % (3) відповіли до 3 днів, до 10 днів – 15,9 % (21), до 30 днів – 12,1 % (16), більше 30 днів – 10,6 % (14), при цьому враховуємо що 57,6 % респондентів за отриманням адміністративних послуг у сфері містобудування не зверталися. Бачимо, що органами публічної адміністрації тільки гарантується надання адміністративної послуги населенню переважно в 30-денний термін. Між тим пунктом 2.1. Порядку видачі будівельного паспорта забудови земельної ділянки видача будівельного паспорта повинен надаватися уповноваженим органом містобудування та архітектури на безоплатній основі протягом десяти робочих днів з дня надходження необхідного пакета документів⁶.

Щодо запитання «Протягом якого часу тривала процедура надання послуги (час від моменту Вашого звернення до суб'єкта публічної адміністрації до моменту отримання позитивного результату?)» жоден респондент не зазначив, що до 3 днів послуга була отримана, до 10 днів – 12,1 % (16), до 30 днів – 12,9 % (17), більше 30 днів – 15,9 % (21).

Під час вирішення справ опитаних їм надавалися супутні послуги: ламінування документів 6,1% (8), ксерокопії документів – 14,4 % (19), платна консультація 9,1 % (12), допомога в оформленні документів – 24,2 % (32), інші послуги – 5,3 % (7).

На запитання «До скількох посадових осіб суб'єктів публічної адміністрації Вам довелося звернутися протягом всієї процедури надання послуги, враховуючи оплату послуги?» лише кожен десятий опитаний відповів, що до однієї особи, решта опитаних респондентів-споживачів адміністративних послуг у сфері містобудування зазначили, що для досягнення довелося так чи інакше пройти через спілкування з двома і більше посадовими особами органу влади. За таких результатів опитування очевидно є ситуація, що при наданні адміністративних послуг у сфері містобудування не дотримується організації діяльності суб'єктів публічної адміністрації в Дніпропетровській області за принципами, задекларованими у ст. 4 Закону України «Про адміністративні послуги», зокрема, принципи «раціональної мінімізації кількості документів та процедурних дій, що вимагаються для отримання адміністративних послуг», «оперативності», «відкритості та прозорості» фактично державними службовцями нівелюються. Враховуючи такі показники, на запитання щодо дотримання стандартів якості надання адміністративних послуг у сфері містобудування лише 2,3 % (3) залишилися нею задоволені повністю і майже третина опитаних респондентів наголосили на негативній оцінці якості наданих послуг. Такий показник корелюється з результатом, отриманим від респондентів при постановці питання щодо визначення підстав притягнення державних службовців до відповідальності. Так, майже 2/3 опитаних респондентів серед підстав притягнення до відповідальності відзначили на першому місці за значенням – недотримання посадовими особами суб'єкта публічної адміністрації.

Також серед підстав притягнення до відповідальності посадових осіб суб'єктів публічної адміністрації 37 % респондентів виділяють «неправомірне стягнення плати за надання адміністративних послуг», при цьому 60,6 % респондентів підкреслили, що виключно Законами України мають встановлюватися переліки платних адміністративних послуг, у тому числі у сфері містобудування.

Однак лише 15,2 % респондентів подавали скаргу на дії суб'єктів публічної адміністрації за вчинення порушень за недотримання стандартів якості надання адміністративних послуг у сфері містобудування. При цьому предметом оскарження, як правило, є недотримання строків надання адміністративних послуг у сфері містобудування.

На прохання навести свої пропозиції щодо визначення шляхів оптимізації механізму надання адміністративних послуг у сфері містобудування, 69,7 % (92) підтримали пропозицію на законодавчому рівні встановити перелік адміністративних послуг у сфері містобудування і класифікувати їх на платні і безоплатні; 66,7 % (88) визначили за необхідне змінити ставлення до людей та подолання корупційності в цих структурах; 52,3 % (69) респондентів наголосили на необхідності запровадження в роботі центрів надання адміністративних послуг програмного забезпечення, що буде контролювати виконання адміністративних та технічних регламентів надання адміністративних послуг і автоматично сигналізувати про порушення; 50,8 % (67) підтримали пропозицію налаштування роботи з електронними реєстрами та базами даних так, щоб одержання адміністративної послуги не залежало від місця реєстрації споживач. Третинною респондентів підтримана пропозиція запровадження у роботу суб'єктів надання адміністративних послуг наступного механізму: якщо інформація, необхідна для отримання адміністративної послуги у сфері містобудування, знаходиться у будь-якого іншого суб'єкта публічної адміністрації, вона передається в електронному вигляді без необхідності отримання паперового документа замовником адміністративної послуги. Соціологічне опитування виявило неготовність громадськості до запровадження механізму надання адміністративних послуг у сфері містобудування через мережу Інтернет (лише 1 особа (0,8 %)). Так само схвального результату не отримала пропозиція щодо виключення з компетенції суб'єкта публічної адміністрації надання окремих видів адміністративних послуг у сфері містобудування – майже 5% опитаних осіб. Бачимо, що якісне надання адміністративних послуг у сфері містобудування більшість населення пов'язує з удосконаленням інформаційного забезпечення діяльності суб'єктів публічної адміністрації, а також з застосуванням державою заходів щодо протидії корупції в цій сфері.

Отже, як підсумок проведеного нами соціологічного опитування, потрібно зазначити, що нині, не зважаючи на прийняття Закону України «Про адміністративні послуги», вочевидь принципи, ним проголошені, повною мірою не реалізуються і зараз особливо гостро в сучасних умовах розвитку українського суспільства вимагається формування активної політичної волі, спрямованої на забезпечення функціонування системи органів публічної адміністрації публічно-сервісного типу.

¹ Про адміністративні послуги: Закон України від 06 вересня 2012 року // Відомості Верховної Ради. – 2013. – № 32. – Ст. 409.

² Виконавча влада і адміністративне право / За заг. ред. В. Б. Авер'янова. – К.: Ін-Юре, 2002. – 668 с. – С. 150.

³ Коліушко І. Б. Виконавча влада та проблеми адміністративної реформи в Україні: Монографія. – К.: Факт, 2002. – 260 с. – С. 105.

⁴ Курінний С. В. Реформування українського адміністративного права. Декілька тез про сутність процесу // Адміністративне право і процес. Науково-практичний журнал, заснований Київським національним університетом імені Тараса Шевченка. – № 2. – 2013 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://applaw.knu.ua/index.php/arkhiv-nomeriv/2-4-2013/item/175-reformuvannya-ukrayinsko-ho-administratyvnoho-prava-dekilka-tez-pro-sutnist-protsesu-kurinni-ye-v>

⁵ Коваленко Н. В. Історичні передумови виникнення адміністративного права та адміністративних режимів // Науковий вісник Херсонського Національного університету. Вип 3. – Т. 2. – 2013. – С. 27–30. – С. 29.

⁶ Про затвердження Порядку видачі будівельного паспорта забудови земельної ділянки : Мінрегіон України; Наказ, Порядок, Вимоги [...] від 05.07.2011 № 103 // Офіційний вісник України. – 2011. – № 59. – Ст. 2391.

Резюме

Ляшко О. Б. Надання адміністративних послуг у сфері містобудування: результати соціологічного дослідження.

У статті проаналізовано сучасний стан надання адміністративних послуг у сфері містобудування в Україні. Надано зріз основної нормативної бази, що регламентує надання адміністративних послуг у містобудівній галузі. Досліджено результати соціологічного опитування споживачів адміністративних послуг у сфері містобудування. Надано відповідь на питання задоволення споживачами якістю послуг (у тому числі швидкістю надання, наявністю додаткових обов'язкових «супутніх» платних послуг тощо). Одним із результатів соціологічного дослідження є визначена ієрархічно система заходів, необхідних для підвищення якості надання адміністративних послуг у сфері містобудування.

Ключові слова: адміністративні послуги, публічна адміністрація, містобудівельна діяльність, респонденти, соціологія.

Резюме

Ляшко О. Б. Предоставление административных услуг в сфере градостроительства: результаты социологического исследования.

В статье проанализировано современное состояние предоставления административных услуг в сфере градостроительства в Украине. Предоставлено срез основной нормативной базы, регламентирующей предоставление административных услуг в градостроительной отрасли. Исследованы результаты социологического опроса потребителей административных услуг в сфере градостроительства. Дан ответ на вопрос удовлетворения потребителями качеством услуг (в том числе скоростью предоставления, наличием дополнительных обязательных «сопутствующих» платных услуг). Одним из результатов социологического исследования есть определенная иерархически система мероприятий, необходимых для повышения качества предоставления административных услуг в сфере градостроительства.

Ключевые слова: административные услуги, публичная администрация, градостроительная деятельность, респонденты, социология.

Summary

Liashko O. Provision of administrative services in the field of urban planning: results of sociological research.

The article analyzes the current state of administrative services in the field of urban development in Ukraine. Courtesy cut the basic regulatory framework governing the provision of administrative services in the urban area. Studied results of a consumer survey of administrative services in the field of urban planning. Courtesy answer to meet customers quality services (including volume rendering speed, the presence of additional mandatory “related” paid services, etc.). One of the results of the survey are defined hierarchy of measures are needed to improve the quality of services provided in urban planning.

Key words: administrative services, public administration, mistobudivselna activity, respondents sociology.

ФАКТОРИ, ЩО ОБУМОВЛЮЮТЬ СТУПІНЬ ДЕТАЛІЗАЦІЇ ПРОЦЕСУАЛЬНОЇ ФОРМИ ЮРИДИЧНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА АДМІНІСТРАТИВНИМ ПРАВОМ

Як відомо, найбільш насиченим нормами, які регламентують відносини юридичної відповідальності, порівняно з іншими галузями права є право адміністративне. Це обумовлено як великою кількістю та різноманітністю предметів регулювання, а відповідно й величезною кількістю джерел правового регулювання, так і різноманітністю форм реалізації виконавчої влади.

На сьогодні більше сорока законів передбачають застосування в адміністративному порядку різноманітних заходів юридичної відповідальності, але навіть поверховий аналіз цих законів дає можливість зробити висновок про те, що процесуальне регулювання відносин юридичної відповідальності у різних законах відрізняється не тільки з точки зору структури провадження у відповідних справах, а й різним ступенем деталізації. Отже, постає проблема визначення факторів, які впливають на ступінь деталізації процесуальної форми юридичної відповідальності, яка реалізується в адміністративному порядку.

У сучасній науковій літературі основна увага концентрується навколо найбільш розповсюдженого провадження у справах про адміністративні правопорушення, що здійснюється на засадах Кодексу України про адміністративні правопорушення. Проте іншим нормативним конструкціям юридичної відповідальності, що мають адміністративну природу, але знаходяться за межами цього кодексу, увага майже не приділяється. Крім того, останнім часом з'явилося багато законів, які встановлюють відповідальність різноманітних суб'єктів в адміністративному порядку, але не охоплених повноцінними науковими дослідженнями.

Метою цієї статті є аналіз деяких законодавчих актів, що ними визначається процесуальна форма відповідальності різноманітних суб'єктів і яка реалізується в адміністративному порядку, а також виявлення на підставі такого аналізу факторів, які обумовлюють ступінь деталізації відповідної процесуальної форми.

Одним із типових прикладів відповідальності в адміністративному порядку можна вважати відповідальність, передбачену Законом України «Про державне регулювання ринку цінних паперів»¹. Статтею 11 цього закону визначено сімнадцять складів правопорушень на ринку цінних паперів, за які застосовуються фінансові санкції у вигляді штрафу, а статтею 12 – порядок застосування санкцій до юридичних осіб за правопорушення на ринку цінних паперів.

Відповідно до ст. 12 цього Закону уповноважена особа Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку, яка виявила факт вчинення юридичною особою правопорушення на ринку цінних паперів, складає акт та разом з письмовими поясненнями керівника, іншої відповідальної посадової особи та пов'язаними з таким правопорушенням документами протягом п'яти робочих днів подає його уповноваженій особі Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку, яка має право застосовувати санкцію за правопорушення на ринку цінних паперів.

Санкції застосовуються Головою Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку, членом Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку, уповноваженими Національною комісією з цінних паперів та фондового ринку посадовими особами після розгляду документів, що підтверджують факт правопорушення.

У разі якщо під час проведення перевірки уповноваженою особою Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку проводилося вилучення документів, які підтверджують факт порушення, до акта про правопорушення додаються їх копії, а також протокол про вилучення.

Вилучення документів, що підтверджують факт правопорушення, проводиться на строк до трьох робочих днів з обов'язковим складенням протоколу, в якому зазначаються: дата його складення, прізвище і посада особи, яка провела вилучення, перелік вилучених документів та день, у який вони відповідно до цього Закону мають бути повернені. Протокол складається у двох примірниках та підписується уповноваженою особою Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку, яка провела вилучення документів. Представнику юридичної особи, документи якої вилучені, у момент вилучення документів видається один із примірників протоколу про їх вилучення.

Уповноважена особа Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку приймає рішення про застосування санкції протягом 30 робочих днів після отримання документів, що підтверджують факт правопорушення. Рішення про застосування санкції оформляється постановою, що надсилається юридичній особі, до якої застосовано санкцію.

Перше, на що треба звернути увагу в даному випадку, це те, що виявлення правопорушення здійснюється уповноваженою особою під час контрольної діяльності і практично в рамках цієї діяльності відбувається фіксація виявленого правопорушення, що оформляється відповідним актом. Але, крім фіксації право-

порушення, одночасно відбираються пояснення відповідальної особи, які додаються до акта. Фактично у цих діях відображається стадія, аналогічна стадії адміністративного розслідування у провадженні у справах про адміністративні правопорушення, але за лаконічністю формулювання приховано досить змістовну діяльність уповноваженого суб'єкта. Крім того, збираються відповідні докази вчинення правопорушення у вигляді документів, пов'язаних із правопорушенням.

Більш того, вилучення документів, що підтверджують вчинення правопорушення, супроводжується відповідним процесуальним оформленням за допомогою протоколу про вилучення таких документів.

Вказівка на те, що санкції застосовуються уповноваженими посадовими особами після розгляду документів, що підтверджують факт правопорушення, свідчить про наявність стадії розгляду справи про правопорушення на ринку цінних паперів. Але у законі немає вказівки на те, які питання мають вирішуватись уповноваженою посадовою особою під час розгляду. Хоча у законі не вказано на дії уповноваженого суб'єкта, які він має вчинити, висновок про їх зміст можна зробити зі структури санкцій, які застосовуються за результатами розгляду справи і передбачені ст. 11 Закону України «Про державне регулювання ринку цінних паперів».

Практично всі санкції за правопорушення на ринку цінних паперів мають вигляд фінансових санкцій у грошовому вимірі та передбачають або мінімальні й максимальні межі, або тільки максимальні. Так, наприклад правопорушення у вигляді розміщення цінних паперів без реєстрації їх випуску в установленому законом порядку тягне за собою застосування фінансових санкцій у розмірі від десяти до п'ятдесяти тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або в розмірі до ста п'ятдесяти відсотків прибутку (надходжень), одержаних у результаті цих дій. Тобто, базою для визначення розміру фінансових санкцій в даному випадку є або неоподатковуваний мінімум доходів громадян, або прибуток (надходження).

Для застосування таких санкцій уповноваженому суб'єкту необхідно розв'язати, як мінімум, два завдання: по-перше, визначити, яку базу необхідно обрати для обчислення розміру фінансових санкцій, а, по-друге, встановити конкретний розмір санкцій у визначених межах.

Для реалізації першого завдання уповноважений суб'єкт під час розгляду справи має з'ясувати, чи є можливим визначення розміру прибутку, який був одержаний в результаті правопорушення. Якщо це можливо, то варто обрати другий спосіб визначення розміру санкцій, якщо ні – то перший.

При вирішенні другого питання слід звернути увагу на те, щоб, з одного боку, вплив санкцій на правопорушника був достатній для досягнення цілей відповідальності, а з іншого, – не призвів до суттєвого погіршення його фінансового стану та зупинення діяльності. Розв'язання цього завдання на стадії розгляду справи вимагає від уповноваженого суб'єкта дослідження параметрів діяльності правопорушника на підставі матеріалів справи.

В окремих законах санкції, що застосовуються в адміністративному порядку, передбачаються у вигляді позбавлення винної особи права здійснювати певну професійну діяльність. І саме характер санкцій обумовлює побудову процедури її застосування. Так, ст. 68 Закону України «Про землеустрій»² передбачено таку санкцію, як позбавлення сертифікованого інженера-землевпорядника кваліфікаційного сертифіката (його анулювання).

Підставами застосування, поряд з іншими порушеннями, є грубе порушення сертифікованим інженером-землевпорядником вимог положень нормативно-правових актів, нормативно-технічних документів, стандартів, норм і правил у сфері землеустрою, а також рішення суду за фактами неякісного проведення землеустрою сертифікованим інженером-землевпорядником.

У першому випадку факт правопорушення фіксується замовниками документації із землеустрою, органами державної влади та місцевого самоврядування, саморегульвними організаціями у сфері землеустрою. У другому випадку – судом.

Процедура ж застосування відповідної санкції виглядає наступним чином. Кваліфікаційна комісія за результатами розгляду письмових звернень заінтересованих осіб, замовників документації із землеустрою, органів державної влади та місцевого самоврядування, саморегульвних організацій у сфері землеустрою робить подання центральному органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері земельних відносин, про позбавлення сертифікованого інженера-землевпорядника кваліфікаційного сертифіката (його анулювання). На підставі подання Кваліфікаційної комісії про позбавлення сертифікованого інженера-землевпорядника кваліфікаційного сертифіката центральний орган виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері земельних відносин, приймає відповідне рішення та повідомляє його письмово у двотижневий строк після надходження відповідного протоколу засідання Кваліфікаційної комісії.

У даному випадку саме вид санкції обумовлює особливості провадження у справі про її застосування. Фактично роль уповноважених суб'єктів зводиться тут тільки до оформлення рішення про застосування санкції.

Таким чином, одним із факторів, що впливає на ступінь деталізації процесуальної форми юридичної відповідальності, є вид санкцій, які передбачаються за вчинення відповідних правопорушень, та спосіб визначення їх конкретного значення.

Ще одним таким фактором можна вважати особливості складів правопорушень, за які передбачається застосування санкцій в адміністративному порядку. Так, наприклад, окремі склади правопорушень юридичних осіб, згідно зі ст. 11 згаданого закону, передбачають наявність умисної форми вини. Зокрема, п.11 частини першої цієї статті передбачає відповідальність за умисні дії, що мають ознаки маніпулювання на фон-

довому ринку, визначені цим Законом, п.12 – за умисне незаконне розголошення, передачу або надання доступу до інсайдерської інформації (крім розкриття інсайдерської інформації в межах виконання професійних, трудових або службових обов'язків та в інших випадках, передбачених законом), надання з використанням такої інформації рекомендацій стосовно придбання або відчуження цінних паперів чи похідних (деривативів), а також вчинення з використанням інсайдерської інформації на власну користь або на користь інших осіб правочинів, спрямованих на придбання або відчуження цінних паперів чи похідних (деривативів), яких стосується інсайдерська інформація.

Відтак, обов'язковим при розгляді справи про такі правопорушення буде з'ясування форми вини юридичної особи, яка мала місце при вчиненні правопорушення. Слід зазначити, що чинним законодавством не розкривається зміст форм вини юридичних осіб, проте з цього приводу існує достатня кількість наукових розробок³.

Ще одним фактором, який обумовлює ступінь деталізації процесуальної форми відповідальності, є наявність у відповідному нормативно-правовому акті обставин, які виключають провадження у відповідній справі. Так, наприклад, у п. 8 Порядку накладення штрафів за правопорушення у сфері містобудівної діяльності, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 6 квітня 1995 р. № 244 (у редакції постанови Кабінету Міністрів України від 2 жовтня 2013 р. № 735)⁴, зазначено, що провадження у справі про правопорушення у сфері містобудівної діяльності не може бути розпочате, а розпочате провадження підлягає закриттю в разі:

- 1) відсутності події і складу правопорушення у сфері містобудівної діяльності;
- 2) втрати чинності відповідним положенням Закону, яке передбачає відповідальність за правопорушення у сфері містобудівної діяльності;
- 3) закінчення на момент розгляду справи про правопорушення у сфері містобудівної діяльності строків, передбачених Законом;
- 4) наявності за тим самим фактом вчиненого правопорушення щодо суб'єкта містобудування, який притягається до відповідальності, постанови компетентного органу (посадової особи) про накладення штрафу або некасованої постанови про закриття справи про правопорушення у сфері містобудівної діяльності;
- 5) наявності в Єдиному державному реєстрі юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців відомостей про перебування юридичної особи у стані припинення шляхом ліквідації (перебування фізичної особи – підприємця у стані припинення підприємницької діяльності) або про державну реєстрацію її припинення (державну реєстрацію припинення підприємницької діяльності фізичної особи – підприємця).

У силу зазначених положень уповноважений суб'єкт зобов'язаний перевірити під час розгляду справи наявність чи відсутність відповідних обставин.

В окремих законах, що встановлюють юридичну відповідальність в адміністративному порядку, містяться положення, що не відповідають традиційним уявленням про принципи юридичної відповідальності, зокрема принципу презумпції невинуватості. У більшості адміністративно-деліктних проваджень цей принцип у сукупності з принципом об'єктивності обумовлює обов'язок уповноваженого суб'єкта доводити винність та наявність усіх обставин правопорушення. Проте у ст. 45 Закону України «Про державний ринковий нагляд і контроль нехарчової продукції»⁵, встановлено, що виробник, уповноважений представник, імпортер або інша особа, яка відповідно до цього Закону вважається такою, що ввела продукцію в обіг, не несе відповідальності, встановленої ст. 44 цього Закону, якщо доведе, що:

- 1) вона не вводила відповідну продукцію в обіг;
- 2) з урахуванням усіх обставин відповідна продукція після введення її в обіг стала такою, що становить ризик та/або не відповідає встановленим вимогам, у результаті дій або бездіяльності інших осіб чи непереборної сили;
- 3) відповідна продукція становить ризик внаслідок одержання виробником вимог законодавства чи виконання обов'язкових для нього приписів державних органів;
- 4) у випадку виробника комплексного виробу чи складової частини продукції ризик (невідповідність) продукції встановленим вимогам виник (виникла) внаслідок конструкції готової продукції, до якої входить цей виріб чи складова частина, або інструкцій, даних такому виробнику виробником готової продукції.

Розповсюджувач продукції не несе відповідальності, встановленої ст. 44 цього Закону, якщо доведе, що:

- 1) продукція стала такою, що становить ризик та/або не відповідає встановленим вимогам, внаслідок недодержання іншим розповсюджувачем умов її зберігання, за умови, що інший розповсюджувач такої продукції може бути встановлений;
- 2) продукція, що поставлена ним, відповідає встановленим вимогам, але незважаючи на це становить ризик.

Той факт, що обов'язок доказування покладається на особу, яка фактично обвинувачується у вчиненні правопорушення, зумовлює те, що у структурі провадження у справах про такі правопорушення має бути передбачено відповідний елемент, у рамках якого ця особа буде представляти свої докази.

На стадії адміністративного розслідування це може виглядати як надання пояснень керівника або іншої відповідальної посадової особи, а на стадії розгляду справи – обов'язків етап заслуховування та уточнення пояснень такої особи. Відтак, обов'язковим елементом процесуальної форми тут має бути участь представника особи, що обвинувачується у вчиненні правопорушення, з обов'язковим його заслуховуванням, як це зроблено у судових процесах.

Таким чином, підсумовуючи викладене, можна зробити висновок про те, що основними факторами, які обумовлюють ступінь деталізації процесуальної форми юридичної відповідальності в адміністративному праві, є: вид санкцій, що передбачаються за вчинення відповідних правопорушень та спосіб визначення їх конкретного значення; наявність у нормативно-правовому акті обставин, які виключають провадження у відповідній справі; необхідність урахування нестандартних принципів провадження у справах про притягнення до відповідальності.

Цілком очевидно, що в межах однієї статті неможливо з'ясувати усі фактори, що впливають на ступінь деталізації процесуальної форми юридичної відповідальності в адміністративному праві. Тому цей напрям наукових досліджень є перспективним і надалі.

¹ Про державне регулювання ринку цінних паперів : Закон України від 30 жовтня 1996 р. № 448/96-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 51. – Ст. 292.

² Про землеустрій : Закон України від 22 травня 2003 р. № 858-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 36. – Ст. 282.

³ Лук'янець Д. М. Інститут адміністративної відповідальності: проблеми розвитку : моногр. / Д. М. Лук'янець. – К. : Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2001. – 220 с.; Лук'янець Д. Про вину юридичних осіб у сфері адміністративної відповідальності / Д. Лук'янець // Право України. – 1999. – № 1. – С. 117–123; Зима О. Т. Адміністративна відповідальність юридичних осіб : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.07 / О. Т. Зима. – Х. : Національна юридична академія ім. Я. Мудрого, 2001. – 19 с.; Иванов Л. Административная ответственность юридических лиц / Л. Иванов // Закон. – 1998. – № 9. – С. 88–91.

⁴ Про затвердження Порядку накладення штрафів за правопорушення у сфері містобудівної діяльності : Постанова Кабінету Міністрів України від 2 жовтня 2013 р. № 735.

⁵ Про державний ринковий нагляд і контроль нехарчової продукції : Закон України від 2 грудня 2010 р. № 2735-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2011. – № 21. – С. 1112. – Ст. 144.

Резюме

Мельник С. М. Фактори, що обумовлюють ступінь деталізації процесуальної форми юридичної відповідальності за адміністративним правом.

У статті детально аналізується декілька існуючих в адміністративному законодавстві процесуальних форм юридичної відповідальності з метою виявлення і характеристики факторів, що впливають на ступінь деталізації правового регулювання провадження щодо застосування санкцій в адміністративному порядку. Доводиться недосконалість процесуальної форми багатьох проваджень щодо застосування санкцій в адміністративному порядку та пропонуються шляхи їх удосконалення.

Ключові слова: санкції, адміністративний порядок застосування санкцій, юридична відповідальність, процесуальна форма.

Резюме

Мельник С. Н. Факторы, обуславливающие степень детализации процессуальной формы юридической ответственности по административному праву.

В статье детально анализируются несколько существующих в административном законодательстве процессуальных форм юридической ответственности с целью выявления и характеристики факторов, влияющих на степень детализации правового регулирования производства по применению санкций в административном порядке. Доказывается несовершенство процессуальной формы многих производств по применению санкций в административном порядке, и предлагаются пути их усовершенствования.

Ключевые слова: санкции, административный порядок применения санкций, юридическая ответственность, процессуальная форма.

Summary

Melnik S. Factors stipulating a degree working out in detail of judicial form of legal responsibility on an administrative law.

In the article in detail a few existing in an administrative legislation judicial forms of legal responsibility are analyzed with the purpose of exposure and description of factors that influence on the degree of working out in detail of the legal adjusting of procedure on application of approvals in the administrative order. Imperfection of judicial form of many procedures is proved on application of approvals in the administrative order and the ways of them are offered.

Key words: sanctions, administrative order of application of sanctions, legal liability, judicial form.

О. Ю. САФОНОВА

Оксана Юрїївна Сафонова, аспірантка Київського національного економічного університету імені Вадима Гетьмана

НОРМАТИВНО-ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ПОРЯДКУ СКЛАДАННЯ КАНДИДАТАМИ НА ПОСАДУ СУДДІ КВАЛІФІКАЦІЙНОГО ІСПИТУ

Україна, ратифікувавши у 1997 р. Конвенцію про захист прав та основних свобод людини, прийняла на себе зобов'язання забезпечити кожному, чії права порушені, ефективні способи правового захисту.

Для того, щоб забезпечити незалежний і ефективний захист порушених прав та інтересів, професійне здійснення правосуддя існує функція правосуддя, яку реалізовує суд.

Від підготовки та професійного рівня судді залежить правомірність судових рішень.

За даними Державної судової адміністрації, кількість постановлених рішень місцевих судів, скасованих та змінених в апеляційному порядку, наприклад, щодо кримінальних справ у 2012 р. – 7,6 %, а у 2013 – 9,3 %, щодо адміністративних справ, розглянутих окружними адміністративними з прийняттям постанови, у 2012 р. – 6,1 %, а у 2013 р. – 6,3 %. Усього кількість постановлених рішень місцевих судів, скасованих та змінених в апеляційному порядку становила у 2011 р. 6,13 %, а у 2013 – 12,8 %¹. Дана статистика свідчить про зростання кількості скасованих та змінених рішень на 6,67 %, у тому числі з причин некваліфікованості судді як наслідку прийняття неправомірних рішень.

Україна – молода європейська держава, яка повинна мати незалежну, професійну систему судочинства, саме тому вкрай необхідним є підготовка високопрофесійних суддів відповідно до світових стандартів через створення нових методик навчання, створення актуальних навчальних програм.

Ефективне функціонування судової системи як гарантії забезпечення професійного та справедливого правосуддя, належного захисту прав і свобод та високоякісного розгляду справи взаємозалежні від компетенції та рівня знань суддів, які розглядають справу. Причиною неправомірних рішень, прийнятих з порушенням закону, є некваліфікованість судді та неналежний рівень професійної підготовки судді через неосвіченість.

Для того, щоб унеможливити прийняття неправомірних рішень судьями, необхідно удосконалити процедуру проходження підготовки суддів, усунути колізії та прогалини між правовими нормами, які регулюють процес здійснення професійної підготовки суддів.

Дана проблематика дослідження розглядалась у працях таких науковців, як: І. Самсін, В. Бігун, В. Костенко, С. Бойко, Л. Москвич, О. Свида, Д. Лісний, Л. Скомороха, І. Марочкін, К. Василяка.

Відповідно до ст. 70 Закону України «Про судоустрій і статус суддів»² кваліфікаційний іспит є атестуванням особи, яка пройшла спеціальну підготовку і виявила бажання бути рекомендованою для призначення на посаду судді.

Мета проведення іспиту – об'єктивна оцінка належних теоретичних та практичних знань кандидатів у галузі права, рівня їх професійної підготовки, ступеня готовності здійснювати правосуддя з питань юрисдикції відповідного суду, а також оцінка їх особистих та моральних якостей.

Іспит проводиться Вищою кваліфікаційною комісією суддів України шляхом складення кандидатами письмового анонімного тестування (далі – тестування), розв'язання практичного завдання з метою виявлення рівня практичних навичок та умінь у застосуванні закону (далі – розв'язання практичного завдання)³.

Процедура проведення іспиту складається з таких етапів:

- розробка та затвердження тестових запитань і модельних судових справ;
- організаційна підготовка іспиту;
- складення іспиту кандидатами;
- опрацювання результатів тестування та розв'язання практичного завдання;
- визначення й оприлюднення результатів іспиту⁴.

Під час розв'язання практичного завдання кандидати мають право користуватися виключно текстами нормативно-правових актів на друкованих паперових носіях. Тобто, нормативно-правовий акт, який міститься на електронному носії або є коментарем до нормативно-правового акта, не може бути використаний при розв'язанні практичного завдання.

Розробка тестових запитань для тестування здійснюється на основі Програми письмового анонімного тестування кандидатів на посаду судді на виявлення належних теоретичних знань та рівня професійної підготовки на стадії проведення кваліфікаційного іспиту, який затверджується Вищою кваліфікаційною комісією суддів України.

Відповідно до програми письмового анонімного тестування кандидатів на посаду судді на виявлення належних теоретичних знань та рівня професійної підготовки на стадії проведення кваліфікаційного іспиту⁵ тестові запитання складаються державною мовою і містять питання для виявлення належних теоретичних

знань та рівня професійної підготовки кандидатів. Сукупність тестових запитань становить тестову базу, що повинна містити запитання із наступних дисциплін:

- адміністративне право;
- адміністративний процес;
- кримінальне право;
- кримінальний процес;
- цивільне право;
- цивільний процес;
- господарське право;
- господарський процес;
- Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод та рішення Європейського суду з прав людини⁶.

Тестові запитання та варіанти відповідей на них мають бути сформульовані однозначно, не викликати варіативності їх тлумачення. Кожне тестове запитання має чотири варіанти відповідей, серед яких повністю правильна лише одна.

Для формування конкретного тексту для тестування, який складатимуть кандидати, за допомогою спеціального програмного комплексу із тестової бази за принципом випадковості відбирається 80 тестових запитань, тривалість тестування становить 180 хвилин. Тобто, на кожне запитання кандидат має по три хвилини і п'ять секунд, що є оптимальним часом для виявлення правильної відповіді.

Обрахунок кількості правильних відповідей автоматизованою системою здійснюється за наступними принципами:

- кожна правильна відповідь на одне запитання тесту дорівнює 0,5 бала;
- неправильна відповідь (неправильна відмітка варіанта відповіді) дорівнює 0 балів;
- усі бали додаються.

Максимальна кількість, яка може бути отримана кандидатом за результатами оцінювання тестування, – 40 балів. Результат тестування кандидата, на бланку відповіді якого відсутня відмітка варіанта тесту, становить 0 балів⁷.

Позитивним моментом опрацювання результатів іспиту є те, що аналіз правильних відповідей здійснюється за допомогою сканування комп'ютера, що позитивно впливає на незалежність оцінювання результатів.

Розв'язання практичного завдання полягає у вирішенні кандидатом запропонованої йому модельної судової справи з питань юрисдикції відповідного суду шляхом складення проекту процесуального документа у формі рішення (цивільна та господарська спеціалізація), постанови (адміністративна спеціалізація), вироку (кримінальна спеціалізація) на основі передбачених конкретних вихідних даних та відповідно до кваліфікаційних вимог⁸.

Підготовка майбутнім суддею під час складання іспиту судового рішення – це світова практика, зокрема Франції, Нідерландів, Португалії, Румунії, Польщі. Однак ефективність використання такого інструменту безпосередньо залежить від правильності вибору форми вихідних даних, з якими працює кандидат, наскільки зрозуміло сформульовано завдання, від актуальності проблематики судового спору, вирішенням якого повинен займатися кандидат на посаду судді⁹.

Для формування конкретних практичних завдань з питань юрисдикції відповідного суду, які розв'язуватимуть кандидати на іспиті, за допомогою спеціального програмного комплексу з бази практичних завдань за принципом випадковості відбираються чотири модельні судові справи (по одній модельній справі із кожної спеціалізації судів загальної юрисдикції)¹⁰.

Так, згідно з кваліфікаційними вимогами розв'язання практичного завдання з господарської спеціалізації критеріями оцінювання є: законність і обґрунтованість проекту процесуального документа, відповідність його форми і змісту вимогам процесуального закону та дотримання правил правопису й стилістики судового рішення.

Практичне завдання розв'язується протягом двох днів. Для розв'язання практичного завдання з питань юрисдикції відповідного суду кожен кандидат забезпечується зошитом із модельною судовою справою, зошитом для розв'язання практичного завдання, ручкою чорного кольору.

Кожен кандидат вирішує чотири модельні судові справи: із цивільної, кримінальної, адміністративної та господарської спеціалізації судів загальної юрисдикції.

Тривалість вирішення однієї модельної судової справи становить 180 хвилин. Кандидати мають право здати зошит із модельною судовою справою та зошит для розв'язання практичного завдання достроково, але не пізніше як за 15 хвилин до завершення часу, відведеного для розв'язання практичного завдання¹¹.

У перший день розв'язання практичних завдань кандидати вирішують модельні судові справи із цивільної та господарської спеціалізації, у другий – кримінальної та адміністративної.

Оцінювання виконаного кандидатами практичного завдання здійснюється шляхом сумування результатів оцінювання вирішення кандидатами модельних судових справ із цивільної, господарської, кримінальної та адміністративної спеціалізації. Найвищий бал за вирішення кожної модельної судової справи – 15, найнижчий – 0.

Максимальна кількість балів, яка може бути отримана кандидатом за результатами оцінювання практичного завдання, – 60 балів¹².

Тестові запитання та модельні судові справи розробляються Вищою кваліфікаційною комісією суддів України спільно із Національною школою суддів України.

Відповідно до Положення про порядок складання кандидатами на посаду судді кваліфікаційного іспиту та методичку його оцінювання п. 8.12. кандидат, який за своїми особистими і моральними якостями не може бути рекомендований на зайняття посади судді, незалежно від результатів оцінювання тестування та розв'язання практичного завдання, визнається таким, що не склав іспит.

Виникають питання: що таке особисті й моральні якості кандидата, які критерії оцінки даних якостей і хто їх виявляє?

У Нідерландах головну увагу в доборі кандидатів на посаду судді приділяють їх морально-діловим якостям та психофізіологічним здібностям, для з'ясування наявності яких проводять спеціальне психологічне тестування й оцінювання можливостей кандидатів у Центрі атестування (м. Амстердам), який є незалежною організацією і здійснює свою діяльність за контрактом¹³.

Основні принципи незалежності судових органів, схвалені резолюціями Генеральної Асамблеї ООН, Європейська хартія про Закон «Про статус суддів», Бангалорські принципи поведінки суддів встановлюють, що особи, відібрані для судових посад, повинні мати високі моральні, етичні якості і здібності, а також відповідну кваліфікацію в галузі права¹⁴.

В Англії при призначенні на посаду судді приділяють значну увагу моральним характеристикам кандидата. Наприклад, нещодавно розлучення перестало бути перешкодою для призначення на посаду судді. Однак, якщо причиною розлучення стало погане чи жорстоке ставлення кандидата до членів сім'ї, то він не буде призначений суддею. Так само призначення виключається, якщо розлучення ще не завершилось чи з моменту розлучення не пройшло достатнього періоду часу. Особи, щодо яких є підозри, що їх поведінка в приватному житті не є бездоганною, не будуть призначені чи рекомендовані на посаду судді. В Англії до поведінки судді в його приватному житті висуваються достатньо високі вимоги, як і до поведінки кандидатів на посаду судді¹⁵.

Перелік критеріїв оцінки особистих та моральних якостей міститься у Кодексі суддівської етики, що діє нині та ухвалений відносно недавно, у 2002 році. Він містить дванадцять положень, які формулюють, по суті, низку загальних декларацій, що таке для судді добре і що таке погано. В. Костенко зазначає, що поняття «порушення суддею присяги» визначене законом і є значно ширшим, ніж поняття «порушення морально-етичних принципів поведінки судді»¹⁶. А порушення морально-етичних принципів судді є підставою для дисциплінарної відповідальності.

Чинне законодавство у сфері судоустрою, а саме Закон України «Про судоустрій і статус суддів» і Закон України «Про Вищу раду юстиції» не містять визначення поняття етики судді, не конкретизують його суті, хоча передбачають відповідальність за порушення етичних норм, тому саме у нормах Кодексу суддівської етики потрібно було деталізувати морально-етичні принципи і правила поведінки суддів, наслідки їх недотримання¹⁷.

Наприклад, у липні 2012 р. ВККСУ відмовила у рекомендації на посаду судді Березовського районного суду Одеської області й виключила з резерву кандидата на посаду судді С. Петрова через те, що його поведінка не відповідала нормам Кодексу суддівської етики. Під час спеціальної перевірки було з'ясовано, що С. Петров був засуджений за вчинення навмисного злочину проти власності. Вироком апеляційного суду Одеської області від 21 червня 2002 р. він був звільнений від відбування покарання у зв'язку із застосуванням амністії. Виходячи із формальних вимог п. 3 ст. 88 Кримінального кодексу України С. Петров не вважається таким, що має судимість. У постанові Вищого адміністративного суду України (далі – ВАСУ) щодо оскарження экс-кандидатом на посаду судді вказаного рішення ВККСУ підкреслено, що «особа, раніше засуджена за вчинення умисного злочину, не може зміцнювати віру громадян у чесність, незалежність, неупередженість та справедливість суду і не може бути прикладом законослухняності». Відмовляючи С. Петрову в задоволенні позову, ВАСУ визнав правомірною позицію ВККСУ. Суд не взяв до уваги доводи позивача про те, що він був звільнений від відбування покарання у зв'язку із застосуванням амністії, оскільки це не є реабілітуючою підставою¹⁸.

Результати анкетування серед суддів показали, що до числа необхідних морально-вольових якостей 77,2 % суддів віднесли об'єктивність, 74,3 % – справедливість, 74,2 % – чесність, 60 % – працьовитість, 59 % – організованість, 58 % – принциповість, 49 % – емоційну стійкість¹⁹.

Безперечно, від ділових, особистих, моральних якостей судді залежить, чи здатний він протистояти спробам незаконного втручання у розгляд справ або «телефонному», «мітинговому» праву та іншим незаконним засобам впливу на суд. Високі моральні якості й правосвідомість, глибокі знання і правильне розуміння та застосування законів, мислення в процесі пізнання істини і прийняття рішення по суті, воля, витримка, вміння спокійно розібратися у складних питаннях, мужність, чесність, непідкупність, справедливість – це далеко не вичерпний перелік якостей, якими має володіти суддя²⁰.

Психологічний відбір та виявлення особистісних і моральних якостей на посаду судді вперше потрібно проводити ще на початкових стадіях призначення на посаду судді, а саме: після подання особами, які виявили бажання стати суддею, до Вищої кваліфікаційної комісії суддів України відповідної заяви та документів, визначених Законом України «Про судоустрій та статус суддів» від 7 липня 2010 року. Висновок про непридатність кандидата за особистісними та моральними якостями бути суддею повинен позбавляти права такого кандидата в майбутньому звертатись до Вищої кваліфікаційної комісії суддів України для призначення на посаду судді вперше²¹.

Л. В. Скомороха обґрунтовує необхідність законодавчого закріплення механізму, за яким кандидат на посаду судді має пройти психологічний та психофізіологічний тести на визначення його інтелектуального рівня, що дасть можливість захистити як самого кандидата від непосильної за психоемоційними та психофізіологічними параметрами діяльності, так і суспільство від негативних наслідків його професійної невідповідності²².

З аналізу аспектів Положення про порядок складання кандидатами на посаду судді кваліфікаційного іспиту та методіку його оцінювання доцільно зазначити, що особисті та моральні якості визначає Вища кваліфікаційна комісія під час співбесіди, після визначення результатів кваліфікаційного іспиту.

І. Є. Марочкін²³ пропонує запровадити інститут поручительства при призначенні кандидата на посаду судді, але, на нашу думку, такий порядок зайняття посади суддею порушував принципи незалежності й об'єктивності та призводив би до корупційних схем.

Невирішеним залишається питання участі у черговому етапі добору кандидатів на посаду судді, що успішно склали кваліфікаційний іспит, але не пройшли за конкурсом. Законодавці в ч. 8 ст. 70 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» передбачили, що Вища кваліфікаційна комісія суддів формує резерв на заміщення вакантних посад суддів, виходячи з результатів рейтингу кандидатів. Однак зі змісту Закону не випливає, чи можуть, з метою покращення свого рейтингу, брати участь повторно в анонімному тестуванні та кваліфікаційному іспиті претенденти, які відповідають установленим вимогам до кандидата на посаду судді, набрали достатню кількість балів, але не пройшли за конкурсом і перебувають у резерві. Викликає занепокоєння той факт, що це питання досі нормативно не врегульоване у законодавстві²⁴.

Досить проблематичним питанням є оцінювання знання державної мови під час написання іспиту, адже під час розв'язання практичного завдання за дотримання правопису під час написання судового рішення знімається лише два бали, а тому достатньо можливим є зарахування до резерву кандидата на посаду судді, який погано володіє українською мовою. З огляду на проаналізовані вище положення пропонуємо запровадити перевірку кандидатів на посаду судді на знання української мови як окрему або додаткову стадію екзамнування кандидатів на посаду судді.

Отже, у даній статті проаналізовано складання кандидатами на посаду судді кваліфікаційного іспиту та методіку його оцінювання, виявлено сутність кваліфікаційного іспиту як завершальної стадії у системі добору на посаду судді, після якої визначається рейтинг та зарахування до резерву. Проаналізовано програму, за якою здійснюється організація прийняття кваліфікаційного іспиту та методіку оцінювання результатів іспиту.

¹ Огляд даних про стан здійснення правосуддя у 2013 році : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://court.gov.ua/sudova_statystyka/Oglyad34/

² Про судоустрій і статус суддів : Закон України від 7 липня 2010 р. № 2453-VI // Офіційний вісник України. – 2010. – № 55/1. – 30 липня. – С. 7. – Ст. 1900. – Код акта 52172/2010.

³ Про порядок складання кандидатами на посаду судді кваліфікаційного іспиту та методіку його оцінювання : Положення, затверджено рішенням Вищої кваліфікаційної комісії суддів України від 10 липня 2013 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.vkksu.gov.ua/ua/dobir-kandidativ-na-posadu-suddi-vpershe/documents-pp/polozhenniasep/>

⁴ Там само.

⁵ Програма анонімного тестування (іспиту) кандидатів на посаду судді на виявлення рівня загальних теоретичних знань у галузі права, додаток до рішення Вищої кваліфікаційної комісії суддів України від 10 липня 2013 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.vkksu.gov.ua/ua/dobir-kandidativ-na-posadu-suddi-vpershe/documents-pp/programsep/>

⁶ Про порядок складання кандидатами на посаду судді кваліфікаційного іспиту та методіку його оцінювання : Положення, затверджено рішенням Вищої кваліфікаційної комісії суддів України від 10 липня 2013 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.vkksu.gov.ua/ua/dobir-kandidativ-na-posadu-suddi-vpershe/documents-pp/polozhenniasep/>

⁷ Там само.

⁸ Там само.

⁹ Савчук Р. Кваліфікаційний іспит кандидатів на посаду судді вперше: основи законодавчого регулювання та шляхи удосконалення процедури / Р. Савчук // Вісник Вищої кваліфікаційної комісії суддів України. – 2012. – № 2. – С. 38–40. – С. 40.

¹⁰ Про порядок складання кандидатами на посаду судді кваліфікаційного іспиту та методіку його оцінювання : Положення, затверджено рішенням Вищої кваліфікаційної комісії суддів України від 10 липня 2013 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.vkksu.gov.ua/ua/dobir-kandidativ-na-posadu-suddi-vpershe/documents-pp/polozhenniasep/>

¹¹ Там само.

¹² Там само.

¹³ Українські судді про візит до Нідерландів // Інформаційний вісник Вищої кваліфікаційної комісії суддів України. – 2009. – № 2 (3). – С. 26–27.

¹⁴ Самсін І. Важливість формування високопрофесійного суддівського корпусу / І. Самсін // Вісник Державної судової адміністрації України. – 2013. – №1 (26). – С. 46–51. – С. 50.

¹⁵ Бігун В. С. Добір кандидатів і кваліфікація суддів у Великій Британії / В. С. Бігун // Юридична газета. – 2011. – № 14. – 16 квітня. – С. 4.

¹⁶ Костенко В. Морально-етичний світогляд судді та його значення у процесі здійснення судочинства / В. Костенко // Вісник Вищої кваліфікаційної комісії суддів України. – 2012. – № 4. С. 21–24. – С. 22.

¹⁷ Бойко С. Суддівська етика: проблеми регулювання / С. Бойко // Вісник Вищої кваліфікаційної комісії суддів України. – 2012. – № 4. – С. 25–26.

¹⁸ Мнения судей ВАСУ, должны ли кандидаты в судьи отвечать Кодексу профессиональной этики, разделились : [Електронний ресурс]. – Режим доступа : <http://www.judges.org.ua/dig3364.htm> – Заголовок с экрана.

¹⁹ Москвич Л. М. Особисті якості судді в системі забезпечення ефективної судової системи / Л. М. Москвич // Держава і право. – № 49. – С. 201–207. – С. 205.

²⁰ Свида О. Проблеми запобігання професійній деформації суддів / О. Свида // Вісник Вищої кваліфікаційної комісії суддів України. – 2013. – № 1. – С. 18–23. – С. 19.

²¹ Лісний Д. В. Проблемні питання виявлення особистих моральних якостей кандидатів на посаду судді вперше при складанні кваліфікаційного іспиту / Д. В. Лісний, О. М. Скрябін // Право та державне управління. – 2013. – № 2 (11). – С. 64–68. – С. 67.

²² Скомороха Л. В. Конституційно-правові аспекти формування професійного суддівського корпусу в Україні: сутність, механізм реалізації : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.02 – конституційне право; муніципальне право / Л. В. Скомороха. – 2010. – 22 с. – С. 19–20.

²³ Марочкін І. Є. Проблеми визначення профпридатності до судової діяльності / І. Є. Марочкін // Матеріали першої науково-практичної конференції «Вища кваліфікаційна комісія суддів України: досвід, актуальні питання та перспективи». – 2011. – С. 214–215. – С. 214.

²⁴ Василяка К. Л. Українська модель професійної підготовки суддів: проблеми і перспективи / К. Л. Василяка // Вісник господарського судочинства. – № 4. – 2012. – С. 128–135. – С. 133.

Резюме

Сафонова О. Ю. Нормативно-правове регулювання порядку складання кандидатами на посаду судді кваліфікаційного іспиту.

У статті досліджується порядок складання кандидатами на посаду судді кваліфікаційного іспиту та методика його оцінювання, виявлено сутність кваліфікаційного іспиту як завершальної стадії у системі добору на посаду судді, після якої визначається рейтинг та зарахування до резерву.

Ключові слова: кваліфікаційний іспит, добір на посаду судді, професійна підготовка суддів, суддівська освіта, кандидат на посаду судді.

Резюме

Сафонова О. Ю. Нормативно-правовое регулирование порядка сдачи кандидатами на должность судьи квалификационного экзамена.

В статье исследуется порядок сдачи кандидатами на должность судьи квалификационного экзамена и методика его оценки, выявлены сущность квалификационного экзамена как завершающей стадии в системе отбора на должность судьи, после которой определяется рейтинг и зачисление в резерв.

Ключевые слова: квалификационный экзамен, отбор на должность судьи, профессиональная подготовка судей, судебское образование, кандидат на должность судьи.

Summary

Safonova O. Normative – legal regulation of the procedure of passing candidates for the position of judge of the qualification exam.

The article deals with the procedure of passing candidates for the position of judge of the qualification examination and the method of its assessment, identified the essence of the qualifying exam as the final stage in the selection system for judges, after which the rating is determined and credited to the reserve.

Key words: qualifying examination, selection of judges, training of judges, judicial education, a candidate for the position of judge.

УДК 342.9

П. О. ЯКОВЛЄВ

Павло Олександрович Яковлев, здобувач Харківського національного університету ім. В. Н. Каразіна

ПРО ПРАВОВУ ПРИРОДУ АКТИВ, ЯКИМИ ВСТАНОВЛЮЮТЬСЯ ТАРИФИ НА ЖИТЛОВО-КОМУНАЛЬНІ ПОСЛУГИ

Одним із заходів державного регулювання житлово-комунальних послуг є встановлення тарифів на їх надання. Відповідно до ст. 14 Закону України «Про житлово-комунальні послуги»¹, залежно від порядку затвердження цін/тарифів на житлово-комунальні послуги вони поділяються на три групи:

1) перша група – житлово-комунальні послуги, ціни/тарифи на які затверджують уповноважені центральні органи виконавчої влади, а у випадках, передбачених законом, – національна комісія, що здійснює державне регулювання у сфері комунальних послуг та національна комісія, що здійснює державне регулювання у сфері енергетики;

2) друга група – житлово-комунальні послуги, ціни/тарифи на які затверджують органи місцевого самоврядування для надання на відповідній території;

© П. О. Яковлев, 2014

3) третя група – житлово-комунальні послуги, ціни/тарифи на які визначаються виключно за договором (домовленістю сторін).

Очевидно, що адміністративно-правову природу мають перші два порядки і, виходячи із законодавчого формулювання, визначення цін/тарифів на житлово-комунальні послуги має здійснюватись через процедуру затвердження.

Водночас у цьому ж законі йдеться про встановлення цін/тарифів на житлово-комунальні послуги. Так, у ст. 31 зазначено, що органи місцевого самоврядування встановлюють тарифи на житлово-комунальні послуги в розмірі не нижче економічно обґрунтованих витрат на їх виробництво (надання).

При встановленні цін/тарифів на послуги, які виробляються суб'єктами природних монополій, діяльність яких регулюється національною комісією, що здійснює державне регулювання у сфері комунальних послуг, та національною комісією, що здійснює державне регулювання у сфері енергетики, відповідно до законодавства повноваження органів місцевого самоврядування поширюються виключно на тариф (складову тарифу), який (яка) не підлягає встановленню цими національними комісіями.

Якщо йдеться про затвердження, то правовий акт, яким це здійснюється, має індивідуальний характер, якщо ж йдеться про встановлення, – то нормативний. Відтак від того, якою є правова відповідного акта залежать і деякі моменти, пов'язані із чинністю такого акта. Якщо правовий акт про встановлення цін/тарифів на житлово-комунальні послуги є нормативним, він підлягає державній реєстрації. Крім того, він відповідає ознакам регуляторного акта відповідно до вимог Закону України «Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності».

На жаль, у науковій літературі питання правової природи актів, якими встановлюються тарифи на житлово-комунальні послуги, практично не висвітлювались, що певною мірою й обумовлює актуальність досліджуваної проблеми.

Метою даної статті є визначення правової природи актів, якими затверджуються (встановлюються) ціни/тарифи на житлово-комунальні послуги.

На перший погляд, поставлене питання здається не зовсім коректним, оскільки відповідно до ст. 15 Закону України «Про природні монополії»², рішення комісій, які є нормативно-правовими актами, підлягають обов'язковій державній реєстрації в установленому законодавством порядку, за винятком рішень з питань встановлення цін та тарифів (крім встановлення цін та тарифів для населення) і функціонування оптового ринку електричної енергії. Рішення комісій, які є нормативно-правовими актами, не потребують узгодження з іншими органами державної влади, крім випадків, передбачених законом. Крім того, у п. 13 Положення про Національну комісію, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг, затвердженого Указом Президента України від 10 вересня 2014 р. № 715/2014³, рішення НКРЕКП, які є нормативно-правовими актами, підлягають обов'язковій державній реєстрації в установленому законодавством порядку, за винятком рішень з питань установлення цін та тарифів (крім установлення цін та тарифів для населення) та рішень з питань функціонування оптового ринку електричної енергії.

У наведених нормах йдеться про рішення Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сфері комунальних послуг, і фактично визнано, що рішення про встановлення цін і тарифів на житлово-комунальні послуги для населення, які надаються суб'єктами природних монополій, є нормативно-правовим актом. Але виникає питання, чи так це насправді і чи відповідають такі рішення ознакам, притаманним нормативно-правовим актам.

У науковій літературі під нормативно-правовим актом, як правило, розуміють офіційний письмовий документ, прийнятий уповноваженим на те суб'єктом у визначеній законодавством формі та за встановленою процедурою, спрямований на регулювання суспільних відносин, що містить норми права, має не персоніфікований характер і розрахований на неодноразове застосування⁴.

Слід зазначити, що такий підхід до визначення ознак нормативно-правових актів не є результатом теоретичних узагальнень, а прямо випливає із Положення про державну реєстрацію нормативно-правових актів міністерств, інших органів виконавчої влади, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 28 грудня 1992 р. № 731⁵. Відповідно до п. 3 цього Положення на державну реєстрацію подаються нормативно-правові акти, прийняті уповноваженими на це суб'єктами нормотворення у визначеній законодавством формі та за встановленою законодавством процедурою, що містять норми права, мають неперсоніфікований характер і розраховані на неодноразове застосування, незалежно від строку їх дії (постійні чи обмежені певним часом) та характеру відомостей, що в них містяться, у тому числі з грифами «Для службового користування», «Особливої важливості», «Цілком таємно», «Таємно» та іншими, а також прийняті в порядку експерименту.

Тобто, основними ознаками, за якими нормативно-правові акти відрізняються від інших правових актів, є те, що вони містять норми права, адресовані невизначеному колу осіб (не персоніфіковані) та розраховані на неодноразове застосування (використання).

Разом із тим, виходячи із особливостей державного регулювання суб'єктів природних монополій, акти, якими встановлюються ціни/тарифи на їх послуги, мають персоніфікований характер, оскільки вони адресовані саме суб'єкту природних монополій. Річ у тім, що відповідно до Закону України «Про житлово-комунальні послуги» такі послуги надаються виробником/постачальником споживачам на договірній основі, при цьому, відповідно до частини першої ст. 26 цього закону, вичерпний перелік житлово-комунальних послуг, тарифи та їх складові на кожну з цих послуг, загальна вартість послуг, належать до істотних умов договору на надання житлово-комунальних послуг. Частиною сьомою цієї ж статті передбачено, що договір на надан-

ня послуг з централізованого опалення, послуг з централізованого постачання холодної води, послуг з централізованого постачання гарячої води, послуг з водовідведення (з використанням внутрішньобудинкових систем), що укладається виконавцем із споживачем – фізичною особою, яка не є суб'єктом господарювання, є договором приєднання.

Із того, що зазначений договір – це договір приєднання, впливає, що споживач житлово-комунальних послуг не може впливати на розмір цін/тарифів на відповідні житлово-комунальні послуги і приймає ті умови, які запропонував виробник/постачальник послуг. У свою чергу, виробник/постачальник послуг у договорі вказує ті ціни/тарифи, які встановлені для нього уповноваженим суб'єктом. Тобто, правовий акт про встановлення цін/тарифів на житлово-комунальні послуги адресований тільки суб'єкту природних монополій, який є виробником/постачальником відповідних житлово-комунальних послуг. Внаслідок прийняття такого акта у такого суб'єкта виникає обов'язок встановити у договорі на надання відповідних житлово-комунальних послуг саме такий тариф, який встановлено у відповідному правовому акті. Споживач, у свою чергу, лише приєднується до відповідного договору.

Фактично, норма про встановлення тарифу використовується виробником/постачальником послуг при підготовці тексту договору, однакового для всіх споживачів. Що ж стосується споживача житлово-комунальних послуг, то для нього обов'язок оплати спожитих послуг саме за встановленим тарифом виникає із договору, укладеного із виробником/постачальником послуг.

Підтвердженням зазначеної тези є постанова Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг від 17 жовтня 2014 р. № 146 «Про встановлення тарифів на послуги з централізованого опалення та послуги з централізованого постачання гарячої води, що надаються населенню суб'єктами господарювання, які є виконавцями цих послуг»⁶. У п. 1 зазначеної постанови вказано: «Встановити тарифи на послуги з централізованого опалення та послуги з централізованого постачання гарячої води, що надаються населенню такими суб'єктами господарювання, які є виконавцями цих послуг». Далі перелічується понад сто персоніфікованих суб'єктів господарювання, що надають такі послуги. Наприклад, у пп.104 п. 1 зазначено: комунальним підприємством «Харківські теплові мережі» зі структурою, наведеною в додатку 104 до цієї постанови:

– з централізованого опалення:

для абонентів житлових будинків з будинковими та квартирними приладами обліку теплової енергії – 374,50 грн/Гкал (з податком на додану вартість);

для абонентів житлових будинків без будинкових та квартирних приладів обліку теплової енергії – 9,58 грн за місяць протягом періоду надання послуги з централізованого опалення (з податком на додану вартість);

– з централізованого постачання гарячої води:

за умови підключення рушникосушильників до систем гарячого водопостачання – 25,93 грн за місяць (з податком на додану вартість);

за відсутності рушникосушильників – 24,23 грн за місяць (з податком на додану вартість).

Тобто, для кожного персоніфікованого адресата встановлено окрему норму у вигляді розміру тарифу на відповідну послугу.

Що стосується такої ознаки нормативно-правового акта, як неодноразовість застосування, то цілком очевидно, що норма про встановлення розміру цін/тарифів на житлово-комунальні послуги застосовується (використовується) кожного разу, коли виробник/постачальник житлово-комунальних послуг укладає договір на надання таких послуг із кожним конкретним споживачем.

Слід зазначити, що така ситуація має місце незалежно від того, який суб'єкт є уповноваженим на регулювання цін/тарифів на житлово-комунальні послуги, чи то Національна комісія, чи то центральний орган виконавчої влади, чи то орган місцевого самоврядування.

Отже, ми маємо справу з нетиповим правовим актом, який не можна вважати ані нормативно-правовим, ані індивідуальним. Не можна його віднести й до так званих змішаних правових актів, які поєднують в одному документі нормативно-правовий та індивідуальний акт, оскільки до нормативно-правової частини змішаного акта зберігаються ті самі вимоги, що й до окремого нормативно-правового акта.

На нашу думку, правові акти щодо встановлення цін/тарифів на житлово-комунальні послуги все ж таки доцільно відносити до нормативно-правових. Аргументом на користь цього може слугувати той факт, що для нормативно-правового акта головною ознакою є його нормативність та багатократність використання чи застосування відповідних норм. Саме це робить правовий акт нормативним. Що ж стосується характеристики адресатів норм, то ця ознака є другорядною, якщо взагалі не зайвою.

У практиці існує величезна кількість актів, які містять норми права, розраховані на багатократне використання чи застосування, але адресовані конкретним, навіть індивідуально визначеним суб'єктам. Тут необхідно визначити, а кого власне можна вважати адресатом тієї чи іншої норми права. На нашу думку, адресатом норми права є той суб'єкт, у якого з відповідної норми виникають певні суб'єктивні права чи юридичні обов'язки.

З огляду на це, значна кількість інструкцій та порядків, які видаються Кабінетом Міністрів України чи центральними органами виконавчої влади, мають конкретних адресатів, цілком персоніфікованих суб'єктів.

На нашу думку, більш коректним було б запровадження поділу нормативно-правових актів на персоніфіковані й не персоніфіковані. Персоніфікованими нормативно-правовими актами слід вважати такі, зміст яких дає можливість виділити конкретних, індивідуально визначених суб'єктів, яким адресовані норми, що

містяться у цьому нормативно-правовому акті. У свою чергу не персоніфіковані нормативно-правові акти, це такі, зміст яких не дає можливості виділити конкретних, індивідуально визначених суб'єктів, яким адресовані норми, що містяться у цьому нормативно-правовому акті.

Розглядаючи питання персоніфікації нормативно-правових актів, варто звернути увагу на одну обставину, що міститься у згаданому вище Положенні про державну реєстрацію нормативно-правових актів міністерств, інших органів виконавчої влади. Відповідно до п. 5 цього Положення, на державну реєстрацію не подаються акти персонального характеру (про склад комісій, призначення на посаду і звільнення з неї, заохочення працівників тощо).

Виходячи із даної норми, можна зробити припущення, що під персоніфікованим характером акту в контексті п. 3 цього Положення розуміється його адресування конкретній фізичній особі (персоні). За умови існування такого припущення усі протиріччя знімаються і розглянуті правові акти про встановлення тарифів на житлово-комунальні послуги є у чистому вигляді нормативно-правовими.

Підсумовуючи викладене, можна зробити висновок про те, що ознаки правових актів, якими встановлюються тарифи на житлово-комунальні послуги, зокрема відповідні рішення Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг, не повною мірою відповідають ознакам нормативно-правових актів, сформульованим як у теорії, так і в правових актах, що регламентують питання державної реєстрації нормативно-правових актів. Зокрема, зазначеним актам властива ознака персоніфікації, що не притаманна нормативно-правовим актам у класичному розумінні. Проте, оскільки ключовою ознакою нормативно-правового акта є насамперед його нормативність, можна вважати доцільним виділяти персоніфіковані та не персоніфіковані нормативно-правові акти.

Враховуючи викладене, перспективним напрямом подальших досліджень можна вважати удосконалення уявлень про природу правових актів, які приймаються (видаються) у процесі здійснення функцій державного регулювання різноманітними органами виконавчої влади та органами місцевого самоврядування.

¹ Про житлово-комунальні послуги : Закон України від 24 червня 2004 р. № 1875-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 47. – С. 1899. – Ст. 514.

² Про природні монополії : Закон України від 20 квітня 2000 р. № 1682-III // Відомості Верховної Ради України. – 2000. – № 30. – Ст. 238.

³ Про затвердження положення про Національну комісію, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг : Указ Президента України від 10 вересня 2014 р. № 715/2014 // Офіційний вісник України від. – 2014. – № 74. – С. 13. – Ст. 2083.

⁴ Курс адміністративного права України : підруч. / В. К. Колпаков, О. В. Кузьменко, І. Д. Пастух, В. Д. Сущенко та ін. ; за ред. В. В. Коваленка. – К. : Юриком Інтер, 2012. – С. 200.

⁵ Про затвердження Положення про державну реєстрацію нормативно-правових актів міністерств та інших органів виконавчої влади : Постанова Кабінету Міністрів України від 28 грудня 1992 р. № 731.

⁶ Про встановлення тарифів на послуги з централізованого опалення та послуги з централізованого постачання гарячої води, що надаються населенню суб'єктами господарювання, які є виконавцями цих послуг : постанова Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг від 17 жовтня 2014 р. № 146.

Резюме

Яковлев П. О. Про правову природу актів, якими встановлюються тарифи на житлово-комунальні послуги.

У статті розглядається проблема визначення правової природи правових актів, якими встановлюються тарифи на житлово-комунальні послуги. Доводиться, що ці акти не відповідають існуючому у теорії й практиці поділу правових актів на нормативно-правові та індивідуальні. Запропоновано змінити підходи до визначення класифікаційних ознак нормативно-правових актів.

Ключові слова: житлово-комунальні послуги, тарифи на житлово-комунальні послуги, нормативно-правові акти, індивідуальні акти, адресат правового акта.

Резюме

Яковлев П. А. О правовой природе актов, которыми устанавливаются тарифы на жилищно-коммунальные услуги.

В статье рассматривается проблема определения правовой природы правовых актов, которыми устанавливаются тарифы на жилищно-коммунальные услуги. Доказывается, что эти акты не отвечают существующему в теории и практике делению правовых актов на нормативно-правовые и индивидуальные. Предлагается изменить подходы к определению классификационных признаков нормативно-правовых актов.

Ключевые слова: жилищно-коммунальные услуги, тарифы на жилищно-коммунальные услуги, нормативно-правовые акты, индивидуальные акты, адресат правового акта.

Summary

Yakovlev P. About of legal nature of legal acts that is set tariffs on housing and communal services.

The problem of determination of legal nature of legal acts that is set tariffs on housing and communal services is examined in the article. Proved, that these acts fall short of to the existing in a theory and practice dividing of legal acts by normatively-legal and individual. It is suggested to change going near determination of classification signs of normatively-legal acts.

Key words: housing and communal services; tariffs on housing and communal services; normatively-legal acts; individual acts; addressee of legal act.

УДК 347.921

Х. А. ДЖАВАДОВ

*Хикмет Аловсат оглы Джавадов, кандидат
юридических наук, научный сотрудник, докторант
Института государства и права им. В. М. Корецкого
НАН Украины*

ОТДЕЛЬНЫЕ АСПЕКТЫ ИМПЛЕМЕНТАЦИИ ПОНЯТИЯ «ЭФФЕКТИВНОСТЬ» В ПОНЯТИЙНО-КАТЕГОРИАЛЬНЫЙ АППАРАТ ГРАЖДАНСКОГО ПРОЦЕССА

Использование категории эффективности в судопроизводственной сфере приобретает все более широкие масштабы. Так, этой теме посвящены работы М. А. Плюхина, С. Ф. Демченко, С. А. Короед, А. В. Цихоцкий и многих других авторов. Вместе с тем, ближайшее рассмотрение вопроса открывает картину глубокой неоднозначности его содержания. Более того, весьма неопределенными являются исходные начала, представляющие собой ту систему, в которой производятся исследования и постулируются выводы.

Для иллюстрации сего положения приведем ряд примеров. В частности, в одной из последних работ речь идет о «процессуальном обеспечении эффективности судопроизводства»¹. В подобном ключе представляет свое видение и М. А. Плюхина, говоря о процессуальных средствах эффективности².

Фундаментальная работа А. В. Цихоцкого сосредоточена на исследовании эффективности правосудия³.

Некоторые ученые также определяют объектом внимания эффективности правосудия, но как качественную характеристику элемента более глобальной системы. Например, И. В. Губенок рассматривает эффективность правосудия как гарантию защиты нарушенного права⁴.

Достаточно весомо представлена позиция, сосредоточенная на эффективности правоприменения⁵.

Ряд авторов исследуют эффективность применительно к деятельности отдельных субъектов процесса, например, судов⁶.

Традиционно широко используют категорию эффективности в свете характеристики нормативных предписаний. Среди прочих в таком ракурсе построена работа С. А. Жинкина⁷. Существуют исследования, посвященные эффективности процессуально-правовых норм⁸, эффективности правового регулирования⁹, эффективности механизма правового регулирования¹⁰.

Разнообразие подходов дает основания для вывода об отсутствии не только единства, но и хотя бы сколько-нибудь однообразного взгляда на место и функциональную роль категории эффективности в юриспруденции вообще и в гражданском процессе в частности. Поэтому исследование эффективности в сфере гражданского процесса требует предварительного обращения к истокам формирования этого понятия, которые определяют его сущностные качества, указывают на факторы, обуславливающие перспективу использования, позволяют судить о наиболее целесообразных направлениях научного поиска для получения практически полезных результатов, и, в конечном итоге, создают основы применения категории эффективности в гражданском процессе.

Правила использования понятия «эффективность» в гражданском процессе во многом определяется тем фактором, что эффективность не является традиционной категорией юриспруденции.

На современном этапе развития общества термин «эффективность» универсален. Его применяют во всех сферах человеческой деятельности: экономике, политике, науке, технике, культуре и т.д.¹¹. При этом ученые несколько по-разному описывают путь развития понятия эффективности до его восприятия правовой наукой. Доминирует тезис о том, что эта характеристика заимствована из теории экономики¹². Однако, уже в конце XIX века термин «эффективность», вместе с тем, начинает утрачивать свое чисто экономическое значение, и используется для оценки разнообразных действий¹³. Представлена также позиция, в соответствии с которой понятие «эффективность» берет начало в физике и происходит от понятия «коэффициент полезного действия»¹⁴.

Зарубежные исследователи описывают становление категории эффективности так. До XIX века эффективность была философским понятием, указывающим на причины изменений и пути Господни, и лишь во время индустриальной революции она была связана с человеческими возможностями и способностями.

Затем у понятия эффективности появился новый смысл, который, строго говоря, указывал лишь на меру полезности машин, их коэффициент полезного действия. Третья жизнь эффективности началась, когда в первые десятилетия XX в. ее стали искать повсюду – в брачных отношениях между людьми, потреблении энергии, отдыхе, политическом и моральном поведении¹⁵.

Таким образом, несомненно, эффективность для юриспруденции представляет собой характеристику заимствованную, привлеченную, сформировавшуюся в своем первичном значении в недрах других сфер общественной жизни, причем куда как более точных и механистических, функционирующих на принципиально иных основаниях и законах. Математические закономерности, находящиеся в основе физики (механики) в большей степени, экономики в меньшей степени, существенным образом представлены в категории эффективности.

Показательно распространение эффективности не только на юриспруденцию, но и на другие сферы (политика, мораль, образование, воспитание и т.д.). Практически в любой отрасли современной науки эта категория находит свое применение. Следует признать, что качества систем и отношений, описываемые с помощью характеристики эффективности (независимо от оттенков смысла, вкладываемого в это понятие), объективно существовали всегда и во всех тех сферах, о которых идет речь. Появление или заимствование характеристики эффективности не связано с фактическим возникновением тех или иных явлений, обретением ими новых свойств, требующих пояснения. Эффективность является научной категорией, инструментом познания действительности с целью разрешения стоящих перед обществом задач и удовлетворения насущных потребностей. Вовлечение эффективности в орбиту правовой науки явилось следствием как взаимного сближения и проникновения отдельных сфер знаний, так и дифференциации методов изучения различных типов общественных отношений. Таким образом, использование в юриспруденции категории «эффективность» – это факт, обусловленный развитием познания и науки.

Анализ литературы свидетельствует, что «эффективность» не может быть признана сугубо физическим, экономическим либо управленческим термином. Сфера реализации наполняет эффективность отраслевыми чертами, создавая специфическое содержание. Например, КПД в физике не может превышать единицы – нельзя получить работы больше, чем затратить энергии. Для экономики же закон сохранения энергии не столь существенен, и результат, выраженный в тех же единицах, что и вложенные ресурсы, может превышать последние, причем многократно. В иных социальных процессах (как-то судопроизводство, образование, политика и т.п.) результаты, да и в значительной мере затраченные ресурсы, практически полностью отходят от традиционных представлений и предстают в виде нематериальных благ и ценностей, времени, умственных и душевных усилий, моральных и профессиональных качеств. Нелинейность социальных процессов, вовлеченность посторонних факторов (которыми нельзя пренебречь как в механике), зависимость результата не только от вложенных ресурсов, но и от множества внешних условий – вот те моменты, которые создают коренное отличие социальной эффективности от механической.

Применение универсальной общенаучной категории эффективности в юриспруденции происходит сообразно общим закономерностям функционирования правовой сферы. По справедливому замечанию А. В. Цихоцкого «правовая категория «эффективности судопроизводства» в науку вошла без достаточного теоретического ее обоснования»¹⁶. Поэтому многие авторы не воспринимают общенаучного значения эффективности и трактуют ее в русле сугубо экономических положений. Так, С. А. Курочкин подчеркивает, что использование положений экономической теории для оценки эффективности системы гражданского судопроизводства, процессуального законодательства, в некотором смысле методологически оправдано, однако, лишь как дополнение к правовому анализу и моделированию¹⁷. Мы, в свою очередь, не можем согласиться с признанием за экономикой доминирования в определении сути понятия «эффективность», опираясь на ее универсальность как научной категории.

Причина востребованности наукой категории эффективности (ее функциональное предназначение) определяются способностью отразить характеристику деятельности с позиции интенсивности динамики вовлеченных в нее ценностей. Значение данного показателя для любой сферы отношений обуславливает универсальность категории эффективности. Поэтому, имея механистические истоки, эффективность предельно быстро развилась до универсальной категории за счет востребованности сущностных качеств, обусловивших потребность в ее применении.

Понятие «эффективность» неразрывно связано с деятельностью – объектом, по отношению к которому он конструируется. Поэтому первоочередное значение имеет определение границ рассматриваемой нами системы, в пределах которой предполагается применение характеристики эффективности. Ограничивая исследование гражданским процессом, мы сталкиваемся с необходимостью конкретизации понимания этого термина. Не останавливаясь на детальном анализе мнений, изложенных в литературе, заметим, что, по нашему мнению, под понятием «гражданский процесс» следует рассматривать сферу общественных отношений, имеющих место при рассмотрении и разрешении судом гражданских дел. Несомненно, этим понятием охватывается весь объем практической деятельности по рассмотрению и разрешению гражданских дел, а также система правовых норм, регулирующая указанную деятельность. Названные две плоскости соотносятся как абстрактная модель и деятельность по ее реализации, отношения и их регулирование. Несомненно, процессуальная деятельность – категория практическая. Однако, правила ее осуществления, юридическое значение результатов, возможности и варианты поведения, а также многие другие параметры определены нормативно. Поэтому процессуальную деятельность следует рассматривать в единстве отношений и норм, основанном на двусторонней сложной взаимосвязи и взаимном влиянии. Таким образом, в сфере гражданского про-

цесса в качестве наиболее общего объекта эффективности представляется правильным определить судопроизводство – деятельность по рассмотрению и разрешению судом гражданских дел на основании норм гражданского процессуального права.

Вместе с тем, изучение эффективности судопроизводства требует учета специфики нормативной и практической составляющих процессуальной деятельности. Например, существенно отличается решение вопроса о целях в гражданском процессе. Цель законодателя отражается в правовых нормах. У субъектов гражданского процесса цель совершенно иная, правильнее сказать – иные цели. Частные цели являются источником возникновения и существования гражданского судопроизводства вообще и процесса в конкретном деле, публичные – выступают детерминантами установления правил его функционирования. Качественно разнятся и затраченные субъектами ресурсы. Это лишь отдельные моменты, которые наглядно подчеркивают специфику наличия нормативной и практической плоскости существования гражданского процесса.

Следует обратить внимание на позицию М. А. Плюхиной, которая предлагается рассматривать эффективность многоуровнево, говоря об эффективности модели гражданского судопроизводства, о нормативной эффективности и правоприменительной эффективности¹⁸. Приведенная позиция представляет собой попытку отразить результат взаимодействия элементов различных плоскостей (нормативной и практической) в сфере гражданского процесса. Однако, как уже было обосновано выше, суть категории эффективности сохраняется только при использовании ее как характеристики деятельности. По нашему мнению постановка вопроса об эффективности нормы сама по себе спорна, т.к. норма, как и любой другой статический объект не может быть эффективным или неэффективным. Может подлежать установлению и оценке только эффективность реализации норм, их воздействия на общественные отношения и т.д., что существенно корректирует объект исследования. В свою очередь, модель судопроизводства представляет собой абстрактно-обобщенный образ процессуальной деятельности. Поэтому эффективность модели судопроизводства – это та же эффективность процессуальной деятельности, взятая в соответствующем масштабе. Вряд ли уместно говорить о наличии нормативной эффективности и правоприменительной эффективности. По нашему мнению, существование нормативного и правореализационного аспектов гражданского процесса реализуется в качестве факторов (составляющих) эффективности независимо от масштаба исследуемого объекта процессуальной сферы.

На основании изложенного справедливой представляется характеристика эффективности как многоуровневой категории, в контексте возможного применения ко множеству объектов различного уровня обобщения. Ведь в пределах деятельности по рассмотрению и разрешению дела судом имеют место более частные элементы – например, процессы защиты представителем интересов истца (ответчика), подготовки дела к рассмотрению, допроса свидетеля, апелляционного обжалования и многие другие. Не остается в стороне деятельность по созданию норм гражданского процессуального права, формированию судебной практики по гражданским делам. Любая деятельность в сфере гражданского процесса, обособленная по какому-либо критерию, может быть потенциальным объектом изучения через призму эффективности.

Поэтому развитие теории эффективности в гражданском процессе целесообразно в качестве системы доктринальных положений, структурированных на различных уровнях, которые выделяются в соответствии с общей структурой гражданского процесса. Так, эффективность гражданского судопроизводства является наиболее общей характеристикой гражданского процесса в избранной плоскости. В ее пределах в качестве отдельных подсистем могут быть рассмотрены эффективность составляющих гражданского процесса (стадий, этапов, производств, процессуальных средств и т.д.), деятельности отдельных субъектов (судьи, представителей, свидетелей и т.д.), реализации частных задач (своевременности рассмотрения, устранения судебных ошибок и т.д.), исполнения отдельных функций (судебного правотворчества, формирования судебной практики, поддержания правопорядка и т.д.). Оценки с позиций эффективности конкретного гражданского дела, работы отдельного судебного учреждения и других конкретных правовых проявлений реализуют прикладные аспекты применения положений теории эффективности. Несомненно, что эффективность гражданского судопроизводства в целом зависит от эффективности его отдельных элементов и их взаимной согласованности. Однако, взаимодействие различных уровней системы эффективности гражданского судопроизводства представляет собой отдельный предмет исследования, требующий самостоятельного изучения.

В заключение отметим следующее. Универсализация категории эффективности и ее распространение на сферу юриспруденции обусловлены свойством представлять характеристику определенной деятельности в контексте динамики преобразования вовлеченных в нее ценностей. Отличительной чертой эффективности является ее в некоторой степени «точный» характер, сохраняющийся в определении путем соотношения двух показателей, ориентации на количественное измерение, обращении к однородным показателям для сравнения. На самом общем уровне эффективность отображает характеристику гражданского судопроизводства. Однако, гражданский процесс как сложная комплексная сфера позволяет выделить значительное количество в некотором роде самостоятельных процессов, которые могут быть самостоятельными объектами исследования через призму эффективности. Поэтому существуют основания для реализации системы взаимно обусловленных положений эффективности различных динамических элементов гражданского процесса, складывающихся в общую теорию эффективности гражданского судопроизводства.

¹ Короед С. О. Процесуальне забезпечення ефективності цивільного судочинства : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03 / Короед Сергій Олександрович ; Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України. – К., 2014. – 43 с.

² *Плюхина М. А.* Процессуальные средства обеспечения эффективности судопроизводства по гражданским делам : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.15 / Плюхина Мария Анатольевна. – Екатеринбург, 2002. – 247 с.

³ *Цихоцкий А. В.* Теоретические проблемы эффективности правосудия по гражданским делам : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03 / Цихоцкий Анатолий Викторович ; Сибирский университет потребительской кооперации. – Новосибирск, 1998. – 612 с.

⁴ *Губенок И. В.* Эффективность правосудия как гарантия защиты нарушенного права : проблемы теории и практики : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Губенок Игорь Васильевич; Нижегородская академия МВД России. – Нижний Новгород, 2007. – 26 с.

⁵ *Алексеева Л. А.* Соотношение социальной и юридической эффективности правоприменительной деятельности : на примере органов внутренних дел : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Алексеева Лилия Алексеевна ; Академия управления МВД России. – М., 2002. – 20 с.; *Гильмутдинова М. И.* Теоретические основы эффективного правоприменения : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Гильмутдинова Милауша Ильдусовна; Казанский (Приволжский) федеральный университет. – Казань, 2012. – 22 с.; *Швецов С. Б.* Эффективность правоприменительной деятельности : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Швецов Станислав Борисович ; Российская академия государственной службы при Президенте Российской Федерации. – СПб., 2004. – 16 с.

⁶ *Пацация М. Ш.* Эффективность процессуальной деятельности проверочных инстанций арбитражного суда : дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.15 / Пацация Малхаз Шотаевич ; Российская академия правосудия. – М., 2010. – 55 с.

⁷ *Жинкин С. А.* Эффективность права : антропологическое и ценностное измерение : автореф. дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.01 / Жинкин Сергей Алексеевич; Кубанский государственный университет. – Краснодар, 2009. – 41 с.

⁸ *Сабинова Л. Л.* Эффективность процессуально-правовых норм в сфере частного права : Вопросы теории и практики : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Сабирова Лидия Леонидовна; Казанский (Приволжский) федеральный университет. – Казань, 2005. – 22 с.

⁹ *Колосовский А. В.* Эффективность правового регулирования дисциплинарной и материальной ответственности : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.05 / Колосовский Андрей Валерьевич; УГЮА – Екатеринбург, 2010. – 30 с.

¹⁰ *Абрамова А. А.* Эффективность механизма правового регулирования : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Абрамова Алина Александровна; Красноярский государственный университет. – Красноярск, 2006. – 24 с.

¹¹ *Гаева А. В.* Эффективность как характеристика деятельности современной политической элиты / Вестник Волгоградского государственного университета. Серия 7: Философия. Социология и социальные технологии. – 2009. – № 1 (9). – С. 203–207.

¹² Проблема эффективности в современной науке. Методологические аспекты // Под ред. А. Д. Урсула. – Кишинев : Штиинца, 1985. – 256 с.

¹³ *Солодкая М. С.* Надежность, эффективность, качество систем управления / «Credo». № 5 (17). – Оренбург, 1999. – С. 32.

¹⁴ *Боровиков Д. А.* Эффективность как социально-психологическая категория : онтологический подход / Вестник Удмуртского университета философия. Социология. психология. Педагогика. – 2011. – Вып. 2. – С. 69.

¹⁵ *Karns Alexander Jennifer.* The Mantra of Efficiency: From Waterwheel to Social Control. – Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 2008. – XVIII. – 233 p.

¹⁶ *Цихоцкий А. В.* Теоретические проблемы правосудия по гражданским делам. – Новосибирск : Наука, 1997. – 392 с. – С. 10.

¹⁷ *Курочкин С. А.* О некоторых вопросах повышения эффективности системы гражданского судопроизводства. / Тенденции развития цивилистического процессуального законодательства и судопроизводства в современной России. – Саратов, 2009. – С. 281.

¹⁸ *Плюхина М. А.* Указ. соч.

Резюме

Джавадов Х. А. Окремі аспекти імплементації поняття «ефективність» у понятійно-категоріальний апарат цивільного процесу.

Стаття присвячена дослідженню основ використання поняття «ефективність» у сфері цивільного процесу. Автор звертається до історії становлення розглянутої характеристики та її проникнення в правову науку. Окрема увага приділяється тим істотним рисам, які становлять зміст поняття ефективності. Пропонується структура дослідження цивільного судочинства в площині його ефективності.

Ключові слова: цивільний процес, цивільне судочинство, ефективність, процесуальна діяльність, результат, цінності.

Резюме

Джавадов Х. А. Отдельные аспекты имплементации понятия «эффективность» в понятийно-категориальный аппарат гражданского процесса.

Статья посвящена исследованию основ использования понятия «эффективность» в сфере гражданского процесса. Автор обращается к истории становления рассматриваемой характеристики и ее проникновения в правовую науку. Отдельное внимание уделяется тем существенным чертам, которые составляют содержание понятия эффективности. Предлагается структура исследования гражданского судопроизводства в плоскости его эффективности.

Ключевые слова: гражданский процесс, гражданское судопроизводство, эффективность, процессуальная деятельность, результат, ценности.

Summary

Javadov H. Separate aspects of implementation of the concept “efficiency” in the categorical device of civil process.

Article is devoted to research of bases of use of the concept “efficiency” of the sphere of civil process. The author addresses to history of formation of the considered characteristic and its penetration into legal science. The separate attention is paid to those essential lines which make the content of concept of efficiency. The structure of research of civil legal proceedings in the plane of its efficiency is offered.

Key words: civil process, civil legal proceedings, efficiency, procedural activity, result, values.

М. М. ДЯКОВИЧ

Мирослава Михайлівна Дякович, кандидат юридичних наук, доцент Львівського національного університету імені Івана Франка

ПРОПОЗИЦІЇ ЩОДО РОЗВИТКУ МЕДІАЦІЇ В НОТАРІАЛЬНІЙ ПРАКТИЦІ НОТАРІУСІВ УКРАЇНИ

Пропозиції щодо перспектив розвитку медіації у нотаріальній практиці українських нотаріусів засновано на дослідженні та аналізі міжнародного законодавства й нотаріальної практики німецьких та російських нотаріусів і мають характер наукової концепції та окреслення шляхів у напрямі подальшої роботи вчених і законодавця із впровадження процедур медіації у нотаріаті.

Процедури медіації є доволі новим явищем у вітчизняній правовій науці, і головне завдання їх впровадження у правове регулювання вирішення спорів – це уникнення складних і довготривалих судових процесів завдяки заміні на досудовий або позасудовий порядок їх вирішення.

Зарубіжна юриспруденція має вже досить тривалу практику застосування процедури медіації як одного із способів вирішення правових конфліктів. Сьогодні йде пошук залучення інших правових інститутів, зокрема нотаріату, та використання традиційних органів (державного і третейського судів) для позасудового вирішення правових конфліктів шляхом медіації.

Слово «медіація» походить від латинського *medius* – займати середину між двома точками зору або сторонами, пропонувати середній шлях, триматися нейтрально, незалежно¹.

Медіація у цьому сенсі вже давно застосовується для вирішення конфліктів з допомогою третьої особи².

Суть медіації полягає у поєднанні двох, як видається, протилежних елементів – високого ступеня автономії сторін і значних гарантій з вироблення спільної позиції і досягнення взаємовигідного результату³.

Це означає, що посередник при медіації не набуває виключних повноважень з ведення процесу та прийняття рішення. Він також не має права імперативно визначати і напрям дискусії, сторони правового конфлікту при цьому повинні самостійно ліквідувати конфлікт у межах їх позицій.

Таким чином, як зазначає І.Г. Черемних, медіація – це переговори між сторонами, які сперечаються, за участю і під керівництвом нейтральної третьої особи – посередника, який не має права виносити обов'язкове для сторін рішення⁴.

Як зазначає А. Селіванова, медіатор підтримує партнерів по конфлікту, щоб вони самі могли почати розв'язання своїх проблем, не чекаючи вироку, підказки, впливу «згори» або «від авторитету», як це спостерігаємо в судовому підході. Метою опрацювання конфлікту в медіації є не перемога, а спільний рух у майбутнє. Учасники медіації погоджуються працювати на результат і спільно до нього приходити шляхом переговорів⁵.

Основні принципи медіації:

- добровільність, добросовісність і неупередженість посередника;
- повний контроль сторін за результатами процедури;
- неконфронтаційний характер процедури;
- конфіденційність;
- широке коло можливих взаємоузгоджених рішень спору.

Всі характерні для медіації та медіатора якості (дотримання абсолютного нейтралітету і неупередженості, незалежність, майнова відповідальність тощо) органічно властиві нотаріальній діяльності. Роль у медіації нотаріуса підтверджується рішенням XXIII конгресу Міжнародного союзу латинського нотаріату (Афіни, 2001 р.), у якому підкреслювалося, що нотаріус, який унаслідок своїх професійних обов'язків повинен зводити зазвичай різні погляди та інтереси сторін до спільного знаменника, найбільше серед представників інших юридичних професій покликаний виступати у ролі медіатора⁶.

У законі Німеччини про нотаріат (частини 4, 5 § 20) закріплено спеціальні повноваження нотаріуса із здійснення офіційної процедури позасудового врегулювання спорів. Посередництво нотаріуса передбачено також законом Німеччини про вирішення спорів, пов'язаних із речовими правами. Відповідно до розпоряджень земель Німеччини, які прийняті на підставі ч. 5 § 20 закону Німеччини про нотаріат, нотаріуси зобов'язані проводити процедуру посередництва при виникненні спорів між спадкоємцями або власниками майна⁷.

Ідеї щодо розвитку ролі нотаріуса як медіатора в Україні обговорюються вже не лише на теоретичному рівні. Указом Президента України «Про Концепцію вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів» від 10 травня 2006 р. № 361/2006 окрема увага звертається на необхідність розвитку суміжних інститутів, тобто таких, які безпосередньо пов'язані з реалізацією права на судовий захист. Зокрема, зазначається, що з метою розвантаження судів потрібно розвивати

альтернативні (позасудові) способи врегулювання спорів, а також створювати умови для стимулювання дешевших і менш формалізованих способів їх врегулювання⁸.

Медіацію у практиці російського нотаріуса, як зазначає І. Г. Черемних, необхідно розглядати як різновид кваліфікованої юридичної допомоги, яка надається ним і спрямована на забезпечення й захист прав громадян та юридичних осіб⁹.

Доволі часто у практиці нотаріуса трапляються випадки, коли сторони, які звертаються за посвідченням правочину, не можуть досягнути згоди з окремих умов правочину, наприклад, під час обговорення проекту договору купівлі-продажу нерухомого майна, при укладенні договору про участь у вихованні дитини, сплаті аліментів, шлюбного договору, оформленні спадкових прав тощо. У такій ситуації сторонам необхідно домовлятися безпосередньо в кабінеті нотаріуса з його допомогою.

Як свідчить нотаріальний досвід і законодавство Німеччини, перед посвідченням договору нотаріус (§ 9 закону Німеччини про посвідчення актів, BeurkG, далі – ЗУА), який діє як медіатор – особа, яка надає юридичну допомогу (п. 1 ч. 1 § 24 Закону Німеччини про нотаріат, далі – ЗДН), зобов'язаний описати в документі свої функції і вказати учасникам на те, що договір не є пропозицією з боку нотаріуса, а результатом знайденого безпосередньо самими учасниками договору компромісу, який посвідчується нотаріусом за дорученням учасників згідно з їх інтересами.

Якщо у нотаріуса, незважаючи на знайдене рішення, залишаються сумніви щодо його повноти, доцільності та юридичної дійсності, то він повинен вказати на це при укладенні договору (п. 2 ч. 1 § 14 ЗДН) і обов'язково перед його посвідченням (§ 17 ЗУА). У цьому разі рекомендується робити відмітку про виконання нотаріусом роботу¹⁰.

Такий підхід до участі нотаріуса в якості медіатора дає можливість:

1) визначити роль і місце нотаріуса як суб'єкта нотаріальних правовідносин, що виникають при здійсненні нотаріальної дії між ними і сторонами правочину та тим самим спростувати хибну думку про те, що нотаріус також є суб'єктом (учасником) правочину;

2) посилити гарантії з боку держави щодо можливості здійснення захисту самого нотаріуса від недобросовісних сторін (учасників) правочину;

3) зменшити вірогідність повної відповідальності нотаріуса, при вчиненні нотаріальної дії, оскільки учасники (сторони) договору підтверджують своїми підписами на ньому, що договір, який вони підписали, є результатом їх домовленостей стосовно умов договору і дією вольового характеру та посвідчується нотаріусом з урахуванням їх пропозицій та інтересів.

Ідеї щодо розвитку ролі нотаріуса як медіатора в Україні обговорюються вже не лише на теоретичному рівні. Указом Президента України від 10.05.2006 р. № 361/2006 «Про Концепцію вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів» окрема увага звертається на необхідність розвитку суміжних інститутів, тобто таких, які безпосередньо пов'язані з реалізацією права на судовий захист. Зокрема, зазначається, що з метою розвантаження судів потрібно розвивати альтернативні (позасудові) способи врегулювання спорів, а також створювати умови для стимулювання дешевших і менш формалізованих способів їх врегулювання. Наукового обґрунтування і практичного втілення потребує медіація – діяльність професійних посередників, які спрямовують учасників юридичного спору до компромісу і врегулювання спору самостійно самими учасниками. Необхідно інформувати громадськість про переваги цих способів захисту прав порівняно з судовим механізмом. Звернення до суду бажано використовувати як винятковий спосіб врегулювання юридичного спору. Суттєвого розвантаження судової системи можна досягти, посиливши потенціал нотаріату¹¹.

У статті 5 Закону України «Про нотаріат» законодавець серед обов'язків нотаріуса виокремив його обов'язок бути юридичним радником, консультантом для громадян, підприємств, установ та організацій у здійсненні їх прав та захисті законних інтересів. Важливим з точки зору учасників процедури медіації є та обставина, що участь у медіації нотаріуса означає надання їм кваліфікованої юридичної допомоги. Тому, якщо для багатьох категорій юристів медіація може стати додатковою роботою, то для нотаріуса медіація є невід'ємною частиною його роботи, яку він виконує в силу закону.

Нотаріус жодним чином не має права «тиснути» на сторони або спонукати їх до прийняття рішення і внаслідок навіть свого правового статусу, який закріплений у Законі України «Про нотаріат», зокрема у ст.ст. 5, 8¹. Він не має права надавати перевагу жодній із сторін і зобов'язаний підтримувати та забезпечувати баланс інтересів сторін, у тому числі й третіх осіб, яких стосується спір.

Наприклад, дотримуючись принципу законності, нотаріус забезпечує дотримання прав дітей у разі участі у нотаріальних процедурах батьків, контролює дотримання прав осіб на проживання у житловому приміщенні при посвідченні договору про перехід права власності (ч. 2 ст. 59 Сімейного кодексу України).

Конфіденційність як принцип медіації гарантується основоположним принципом нотаріальної діяльності – таємницею вчинення нотаріальних дій (ст. 8 Закону України «Про нотаріат»).

Процедура медіації за участю нотаріуса є добровільним процесом. Сторони самостійно приймають рішення про можливість обговорення спору і його припинення у будь-який момент на їх розсуд.

Нотаріус по суті своїх професійних обов'язків, визначених Законом України «Про нотаріат», нормативно-правовими актами Міністерства юстиції України та психологічно-моральними якостями, які властиві представникам цієї професії, вже сьогодні здійснює функції медіатора при здійсненні нотаріальної діяльності. У контексті виконання своїх функцій як фахівця-нотаріуса, нотаріус у процесі ведення переговорів з

учасниками нотаріальних правовідносин повинен продемонструвати вміння слухати та переконувати, володіти ґрунтованими знаннями з права та інформацією про будь-які зміни до законодавства, вести переговори, керувати дискусією, оперативно реагувати на зміну настроїв та думок сторін, бути свого роду не тільки професійним юристом у галузі нотаріального права, але й висококваліфікованим та озброєним не тільки знаннями, а й життєвим досвідом, психологом.

Слід зазначити, що результатом медіації у нотаріальній практиці не обов'язково має стати нотаріальний акт, оскільки сторони можуть не досягнути порозуміння і нотаріальна дія не буде вчинена. Однак медіація має бути чітко пов'язана із здійсненням нотаріальної дії, яка потрібна сторонам у випадках, прямо зазначених у законі, або таких, які випливають із їх домовленості.

Отже, виходячи із вищеописаного, ми можемо сформулювати наступні пропозиції щодо розвитку та закріплення медіації як невід'ємної функції у нотаріальній практиці нотаріусів України при розробленні та вдосконаленні законодавчих основ діяльності нотаріату:

1) акцентувати увагу законодавця на ролі нотаріуса як незалежного радника сторін при визначенні статусу нотаріуса;

2) закріпити право нотаріуса надавати юридичну допомогу в питаннях врегулювання суперечностей сторін при вчиненні нотаріальних дій у якості медіатора;

3) визначити у Законі України «Про нотаріат» процедуру, стадії, медіації, оплату такого виду нотаріальної допомоги і відповідальності нотаріуса при виконанні нотаріусом функцій медіатора.

¹ Karl Ernst Georges. Ausführliches lateinisch-deutsches Hanswörterbuch, Bd. 2. – Darmstadt, 1983.

² Karl Ernst Georges. Ausführliches lateinisch-deutsches Hanswörterbuch, Bd. 2. – Darmstadt, 1983; Duss-von Werdt. Mediation der Fem Universitdt. Hagen, 1999.

³ Грефин фон Шлиффен К. Медиация в нотариальной практике (Альтернативные способы разрешения конфликтов) / Катарина Грефин фон Шлиффен. – М. : Волтерс Клувер, 2005. – С. 4.

⁴ Черемных И. Г. Теоретические основы независимого нотариата России : моногр. / И. Г. Черемных. – М. : Буквовед, 2006. – С. 176.

⁵ Селіванова А. Медіація – професія майбутнього / А. Селіванова // Нотаріат України. – 2014. – № 3. – С. 39.

⁶ Медведев И. Г. Аналитический обзор по материалам работы последних конгрессов Международного союза латинского нотариата / И. Г. Медведев // Центр нотариальных исследований : материалы и статьи. – Екатеринбург, 2003. – Вып. 1. – С. 103.

⁷ Ритер Г. Нотариус в качестве медиатора / Г. Ритер // Медиация в нотариальной практике (Альтернативные способы разрешения конфликтов) ; пер. с нем. / отв. ред. К. Грефин фон Шлиффен, Б. Вегманн / Ригер Г., Мим К. – М. : Волтерс Клувер, 2005. – С. 28.

⁸ Офіційний сайт Верховної Ради України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=361%2F2006>

⁹ Черемных И. Г. Теоретические основы независимого нотариата России : моногр. / И. Г. Черемных. – М. : Буквовед, 2006. – С. 179.

¹⁰ Wagner. Dnotz. – Beilage, 1998. – S. 100.

¹¹ Указ Президента України від 10.05.2006 р. № 361/2006 «Про Концепцію вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів» [Електронний ресурс] // Верховна Рада України. – 2006. – Режим доступу до ресурсу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/361/2006>

Резюме

Дякович М. М. Пропозиції щодо розвитку медіації в нотаріальній практиці нотаріусів України.

Аналізуються роль і завдання медіації у процесі вирішення спорів. Зокрема, розглянуто процедури медіації, роль нотаріуса як посередника при мирному вирішенні конфліктів та вимоги до нього. Пропонуються конкретні зміни до Закону України «Про нотаріат» в аспекті закріплення медіації у нотаріальному процесі.

Ключові слова: медіація, функції медіатора, нотаріус як незалежний радник сторін, процедура медіації.

Резюме

Дякович М. М. Предложения по развитию медиации в нотариальной практике нотариусов в Украине.

Анализируются роль и задачи медиации в процессе решения споров. В частности, рассмотрены процедуры медиации, роль нотариуса в качестве посредника при мирном решении конфликтов и требования к нему. Предлагаются конкретные изменения в Законе Украины «О нотариате» в аспекте закрепления медиации в нотариальном процессе.

Ключевые слова: медиация, функции медиатора, нотариус как независимый советник сторон, процедура медиации.

Summary

Dyakovych M. Proposals for the development of mediation in notary practice in Ukraine.

The role and tasks of the mediation process in dispute resolution is analyzed. In particular the mediation procedure, the role of the notary as a mediator in peaceful conflict resolution and demands to it are considered. Concrete changes in the aspect of mediation implementation in notarial process into the Law of Ukraine «On Notary» are proposed.

Key words: mediation, mediator's functions, the notary as an independent advisor to the parties, mediation procedure.

Д. О. МАРІЦ, І. В. КАРПЕНКО

Дарія Олександрівна Маріц, кандидат юридичних наук, доцент, доцент Академії муніципального управління

Інна Вікторівна Карпенко, студентка IV курсу юридичного факультету Академії муніципального управління

ДОГОВІР ПРО ПАТРОНАТ

Дитинство – період розвитку людини до досягнення повноліття¹. Саме в цей час відбувається фізичний, інтелектуальний та культурний розвиток молодого покоління, а отже, для повноцінного розвитку дитині необхідна сім'я, тому держава здійснює систему заходів щодо охорони дитинства та намагається забезпечити кожному дитину сім'єю за допомогою визначених законодавством форм державної турботи, зокрема таких як: усиновлення, опіка, піклування, патронат, прийомна сім'я, прийомні батьки, влаштування дітей у дитячі будинки сімейного типу. Слово «патронат» є доволі багатозначним терміном і має загальне, історичне та спеціальне значення. Саме спеціальне значення цього терміна визначається у Сімейному кодексі України (далі – СК України), законодавець пропонує визначення договору про патронат, оминаючи безпосередньо визначення «патронату».

Актуальність теми дослідження полягає в тому, що така форма влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, як патронат, викликає на практиці безліч суперечностей, які зумовлені тим, що чинним законодавством не врегульовано наступні питання: не встановлено вимог щодо форми та змісту договору про патронат; не зазначено, з якого бюджету буде здійснюватись оплата патронатному вихователю. Ряд поставлених питань потребує вирішення на законодавчому рівні.

Незважаючи на те, що закон передбачає свободу договору і сторони можуть самостійно, на власний розсуд, визначати зміст договору, зокрема і договору про патронат, вважаємо, що законодавець має визначити певні рамки, в межах яких може бути укладено такий договір.

Теоретичним проблемам історії патронатного виховання та деяким законодавчим проблемам патронату було присвячено роботи С. Б. Булеци, В. Ю. Євко, Л. Коваль, Л. В. Лешанич, Л. А. Машкіної, В. Н. Приходько.

Однак вивчення наукової літератури дає підстави стверджувати, що питання правового регулювання договірних відносин у сфері патронатного виховання залишається не вивченим, що й зумовлює основну мету дослідження у даній статті. Серед головних завдань – дослідження основних понять, які використовуються у договірних відносинах у сфері патронатного виховання та формулювання у зв'язку з цим висновків та пропозицій щодо удосконалення національного законодавства.

Відповідно до ст. 252 СК України за договором про патронат орган опіки та піклування передає дитину-сироту або дитину, позбавлену батьківського піклування, на виховання у сім'ю іншої особи (патронатно-го вихователя) до досягнення дитиною повноліття, за плату.

Виходячи з наведеного визначення, можна надати таку правову характеристику даного договору:

- предметом договору про патронат є діяльність, пов'язана з вихованням, розвитком та утриманням дітей, що регулюється сферою сімейних правовідносин;
- патронат встановлюється щодо однієї дитини, яка має відповідний статус дитини-сироти або дитини, позбавленої батьківського піклування;
- надання згоди дитини, за умови, якщо вона досягла такого віку, що може її висловити;
- договір про патронат є строковим, за загальним правилом, він діє до досягнення дитиною повноліття і автоматично не продовжується;
- невизначеністю природи договору. У науці існують різні підходи до визначення природи договору про патронат. Одні вважають, що цей договір є цивільно-правовим, інші розглядають його як договір сімейно-правовий, а дехто вважає, що договір про патронат містить у собі ознаки як цивільно-правового, так і сімейно-правового договору².
- відсутністю типової форми і змісту договору;
- між договором про патронат та цивільно-правовим договором можна виділити деякі спільні риси, зокрема: оплатність, двосторонність, строковість, але даний договір не є зобов'язальним, адже за невиконання умов договору не встановлюється відповідальність у вигляді відшкодування збитків чи інших майнових санкцій;
- відсутністю у законодавстві вимог щодо особи патронатного вихователя порівняно з усиновленням чи опікою.

Таким чином, якщо провести аналогію між патронатом та усиновленням, то патронат не належить до підстав створення сім'ї. Крім того, патронат є перешкодою для усиновлення дитини.

Вважаємо, що договір про патронат має укладатись тільки у письмовій формі і вона має бути типовою. На патронатного вихователя покладаються такі обов'язки:

1) забезпечити дитину житлом, одягом, харчуванням тощо³. Тому перш ніж укласти договір, необхідно перевірити те, чи має патронатний вихователь житлове приміщення на законних підставах, в яких умовах він проживає, адже це необхідно для встановлення факту того, чи зможе патронатний вихователь забезпечити дитину належним житлом, враховуючи її вік, стан здоров'я та уподобання;

2) створити дитині умови для навчання, фізичного й духовного розвитку. Патронатні вихователі повинні створити необхідні умови для фізичного, духовного розвитку дитини та для навчання. Створення всіх необхідних умов полягає у забезпеченні дитини можливості для повноцінного всебічного розвитку, для вільного доступу до всіх необхідних засобів навчання;

3) захищати дитину, її права та інтереси як опікун або піклувальник, без спеціальних на те повноважень. Дану вимогу здійснювати необхідно, адже прийомні батьки діють без спеціальних на те повноважень.

Законодавством передбачається, що договір про патронат є оплатним, але не зазначено, з якого бюджету має здійснюватися фінансування та в яких розмірах.

С. Я. Фурса та інші автори пропонують три варіанти договорів, залежно від того, за чий рахунок буде здійснюватися утримання, а це, у свою чергу, впливатиме на роль органу опіки та піклування при укладанні даного договору:

1. За рахунок майна дитини – орган опіки та піклування виступатиме від її імені як законний представник дитини.

2. За рахунок державного бюджету – орган опіки та піклування виступатиме в інтересах держави.

3. За рахунок місцевого бюджету – як представник органу місцевого самоврядування – територіальної громади.

4. Також допускається змішане фінансування⁴.

Слід зазначити, що законодавчого акта щодо встановлення розміру плати за виконання обов'язків патронатного виховання досі немає, хоча доцільно було б встановити певні межі оплати за виконану роботу.

Встановлюючи розмір оплати, слід не забувати про те, що патронатний вихователь – це звичайний працівник, який виконує свою роботу і на якого мають поширюватись норми трудового законодавства. Особливу увагу слід звернути на норми глав IV «Робочий час» та V «Час відпочинку» Кодексу законів про працю України, адже патронатний вихователь – особливий вид працівників, а тому й оплата праці має бути відповідною.

Статтею 256 СК України встановлено перелік підстав для припинення договору про патронат, а саме:

1. Договір про патронат припиняється у разі відмови від нього вихователя або дитини, яка досягла чотирнадцяти років.

До призначення дитині нового вихователя або передання дитини іншій особі, навчальному закладові, закладові охорони здоров'я або соціального захисту вихователь, який відмовився від договору, зобов'язаний піклуватися про дитину⁵.

Отже, за загальним правилом договір про патронат діє до повноліття дитини, але за наявності підстав він може бути припинений раніше. Така підстава зазначається у п. 1 ст. 256 СК України. Припинення договору може бути зумовлене найрізноманітнішими причинами: погіршилось матеріальне становище патронатного вихователя, хвороба тощо, а також не є винятком і особиста відмова дитини, яка досягла 14 років. Але поки дитині не буде знайдено іншого патронатного вихователя, або іншими формами державної турботи не буде забезпечено сім'єю, патронатний вихователь має піклуватися про неї.

Іншу підставу припинення договору про патронат зазначено у ч. 2 ст. 256 СК України: «Договір про патронат може бути розірваний за згодою сторін або за рішенням суду в разі невиконання вихователем своїх обов'язків або якщо між ним та дитиною склалися стосунки, які перешкоджають виконанню обов'язків за договором».

Отже, договір про патронат може бути розірваний як за згодою сторін, так і за рішенням суду.

За згодою сторін договір може бути розірваний тоді, коли сторони дійдуть спільної згоди щодо того, що подальше виконання обов'язків за договором є неможливим.

За рішенням суду договір може бути розірваний з підстав:

1) неналежного виконання патронатним вихователем своїх обов'язків;

2) якщо між патронатним вихователем та дитиною склалися стосунки, що перешкоджають виконанню обов'язків за договором.

У ч. 2 ст. 29 Цивільно-процесуального кодексу України встановлено, що неповнолітні особи віком від чотирнадцяти до вісімнадцяти років можуть особисто здійснювати цивільні процесуальні права та виконувати свої обов'язки в суді у справах, що виникають з відносин, у яких вони особисто беруть участь, якщо інше не встановлено законом. Суд може залучити до участі в таких справах законного представника неповнолітньої особи.

Таким чином, особи у віці від 14 до 18 років можуть особисто здійснювати захист своїх порушених права, а також із залученням органу опіки та піклування. Що ж стосується дітей віком до 14 років, то в їх інтересах повинні виступати органи опіки та піклування, які наділені правом проведення перевірок щодо

неналежного виконання патронатним вихователем своїх обов'язків, а також можливістю у разі необхідності через суд позбавити права виконання патронатним вихователем своїх обов'язків.

Отже, патронат істотно відрізняється від інших форм прийняття дітей на виховання. Від усиновлення – договірним і тимчасовим характером; від опіки і піклування – віковими межами підопічних, порядком та способом оформлення відносин; від прийомної сім'ї та дитячого будинку сімейного типу – способом і порядком передачі дитини, а також кількістю вихованців.

У результаті викладеного доходимо таких *висновків*. Патронат над дітьми є альтернативною формою влаштування на виховання дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, адже діти передаються патронатному вихователю за певну плату, тобто вихователь виконує роботу, за яку отримує кошти, на необхідний для дитини строк, із забезпеченням належних їй умов для проживання та розвитку. Законодавством чітко визначаються обов'язки патронатного вихователя та випадки припинення договору про патронат.

Тому укладаючи договір про патронат слід чітко визначити умови, зміст договору, перерахувати вимоги, що ставляться до патронатного вихователя, встановити розмір оплати, а також те, звідки ці нарахування будуть здійснюватись, адже насамперед слід забезпечувати права, свободи та законні інтереси дітей.

¹ Про охорону дитинства : Закон України від 26 квітня 2001 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 30. – Ст. 142.

² Науково-практичний коментар до Сімейного кодексу України / Є. О. Харитонов, О. І. Харитонova, Ю. В. Білоусов та ін. – 2-е вид., доп. – Х. : Одісей, 2008. – С. 459.

³ Науково-практичний коментар до Сімейного кодексу України / Р. О. Стефанчу, В. В. Цюра, Ю. В. Білоусов та ін. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://legalexpert.in.ua/komkodeks/sku/87-sku/3449-255.html> – Назва з екрана.

⁴ Сімейний кодекс України : наук.-практ. комент. / за ред. С. Я. Фурси. – К. : Вид. Фурса С. Я.; КНТ, 2008. – 248 с.

⁵ Сімейний кодекс України від 10 січня 2002 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2002. – № 21–22. – Ст. 135.

Резюме

Мариц Д. О., Карпенко І. В. Договір про патронат.

Стаття присвячена договору про патронат. Особливу увагу автори звертають на те, що питання правового регулювання договірних відносин у сфері патронатного виховання залишається не вивченим та законодавчо не закріпленим. Все це породжує ряд суперечностей на практиці. Авторами було проведено дослідження основних понять, які використовуються у договірних відносинах у сфері патронатного виховання та сформульовано у зв'язку з цим висновки та пропозиції щодо удосконалення національного законодавства.

Ключові слова: дитинство, діти-сироти, діти, позбавлені батьківського піклування, патронат, договір про патронат, патронатний вихователь.

Резюме

Мариц Д. А., Карпенко И. В. Договор о патронате.

Статья посвящена договору о патронате. Особое внимание авторы обращают на то, что вопрос правового регулирования договорных отношений в сфере патронатного воспитания остается не изученным и законодательно не закреплён. Все это порождает ряд противоречий на практике. Авторами проведены исследования основных понятий, используемых в договорных отношениях в сфере патронатного воспитания, и сформулированы в связи с этим выводы и предложения по совершенствованию национального законодательства.

Ключевые слова: детство, дети-сироты, дети, лишённые родительской опеки, патронат, договор о патронате, патронатный воспитатель.

Summary

Marits D., Karpenko I. The Treaty of patronage.

The article is devoted to the research of the contract on patronage.

The authors draw particular attention to the fact that the issues of legal regulation of contractual relations in the field of foster care remain poorly studied, the necessary aspects either superficially shown, or not fixed at the legislative level which results in the contradictions in practice, thus a number of urgent issues require immediate solutions on the legislative level.

The authors provided a comprehensive description of the contract: the object was defined; a comparison of patronage contract with civil-legal contract was carried out; the form of the contract is emphasized, and a number of other legal issues were analyzed.

Key words: childhood, orphans, children deprived of parental care, patronage, agreement on patronage.

С. В. НЕЧИПОРУК

Світлана Володимирівна Нечипорук, кандидат юридичних наук, доцент Київського університету туризму економіки і права

ПРОБЛЕМИ ТА ПЕРСПЕКТИВИ РОЗВИТКУ НОРМАТИВНО-ПРАВОВОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ НОТАРІАЛЬНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ В УКРАЇНІ

Наміри України з приводу становлення як розвиненої правової європейської держави обумовлюють проведення численних правових реформ у різноманітних сферах життєдіяльності суспільства. Це стосується і сфери нотаріальної діяльності, як важливого правового механізму забезпечення реалізації прав та обов'язків суб'єктів права, правової охорони та досудового захисту прав та інтересів громадян, підприємств та організацій. З огляду на це, набуває особливого значення питання належного нормативно-правового забезпечення діяльності нотаріусів у нашій державі.

Окресленому приділено увагу у працях багатьох вітчизняних вчених, зокрема, таких, як В. В. Баранкова, О. Висканцев, О. М. Заєць, Н. В. Льєва, В. В. Комаров, О. Нелін, Т. В. Федоренко, С. Я. Фурса, О. В. Чудний, В. Г. Шишленко та ін. Однак, ними розглядаються лише окремі аспекти стану нормативного забезпечення нотаріальної діяльності, а сучасний стан правового регулювання останньої все ще характеризується рядом проблем та недоліків. У зв'язку з цим, метою статті є узагальнене дослідження проблем та перспектив розвитку нормативно-правового забезпечення нотаріальної діяльності в Україні. Для її досягнення необхідним є вирішення низки завдань, а саме: розглянути основні етапи правової реформи у сфері нотаріату; визначити основні проблеми та тенденції розвитку нормативно-правового регулювання нотаріальної діяльності, зумовлені прийняттям відповідних нормативних документів; ознайомитись із сучасним станом правового забезпечення нотаріальної діяльності в Україні; сформулювати відповідні висновки.

Приступаючи до вирішення поставлених завдань, відзначимо, що в Україні правова реформа у сфері нотаріату відбувається шляхом прийняття нових нормативно-правових актів, спрямованих на урегулювання нотаріальної діяльності, внесення змін та доповнень до існуючих, а також таких, що визначають напрямки реформування вітчизняної системи нотаріату. Відповідно, настання того чи іншого етапу правової реформи ми пов'язуємо із прийняттям основних нормативних актів, які вплинули на становлення та розвиток правового забезпечення нотаріальної діяльності. У цілях нашої статті пропонуємо з ними ознайомитись через призму здобутків та проблем, як наслідків прийняття таких нормативно-правових актів.

Початок правової реформи у сфері нотаріату, а отже і її перший етап, як відомо, пов'язується із прийняттям 2 вересня 1993 р. Закону України «Про нотаріат»¹, яким було змінено існуючу організаційну структуру побудови нотаріату в Україні². Його основним здобутком було запровадження інституту приватного нотаріату. Нові принципи нотаріальної діяльності, які були закладені цим законом дозволили вирішити організаційні проблеми стосовно нотаріального забезпечення суб'єктів цивільно-правових відносин та дозволили державі практично зняти із себе більшість організаційних питань і матеріальних витрат у цій сфері. Внаслідок прийняття названого нормативного акту у сфері нотаріату відбулись докорінні зміни не лише у кількісному, а й у якісному вимірі, зокрема, це стосується: зростання рівня самосвідомості у нотаріальному співтоваристві та відповідальності перед всіма суб'єктами цивільно-правових відносин; підвищення професіоналізму нотаріусів; збільшення чисельності приватних нотаріусів, які в більшості випадків значно краще матеріально-технічно оснащені, ніж державні нотаріальні контори; оперативності обслуговування громадян, підприємств, установ та організацій тощо³.

Водночас, практика застосування Закону України «Про нотаріат» довела його недосконалість. Зокрема, до його основних недоліків та проблем, які він зумовив, можна віднести:

- застарілий підхід до урегулювання нотаріальної діяльності внаслідок його орієнтації на радянську концепцію⁴ правового забезпечення суспільних відносин;
- невідповідність окремим положенням Конституції України⁵, яку було прийнято пізніше, ніж цей закон, у 1996 р.⁶;
- обмеження приватних нотаріусів щодо вчинення нотаріальних дій;
- значне зростання кількості приватних нотаріусів поряд із зменшенням державних, що призвело до соціальної напруги в суспільстві, у тому числі, у зв'язку з неможливістю отримання громадянами окремих видів нотаріальних послуг щодо оформлення спадкових прав та вжиття заходів з охорони спадкового майна;
- відсутність закріплення гнучкої системи заходів впливу на нотаріусів у разі порушення ними законодавства під час вчинення нотаріальних дій⁷; та ін.

Низький рівень нормативно-правового забезпечення нотаріальної діяльності та численні проблеми на практиці, які мали місце внаслідок прийняття розглянутого нормативно-правового акту, обумовили необхідність продовження правової реформи у цій сфері. Тому її наступний етап пов'язується із прийняттям 1 жовт-

ня 2008 р. Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про нотаріат»»⁸, яким було фактично запроваджено нову редакцію Закону України «Про нотаріат». Основними здобутками його прийняття стали наступні:

- приватні і державні нотаріуси були зрівняні в повноваженнях щодо вчинення нотаріальних дій;
- оформлені ними документи отримали однакову юридичну силу;
- було уточнено права та обов'язки нотаріусів, а також поняття нотаріальної таємниці;
- закріплено гарантії діяльності нотаріусів;
- посилено порядок допуску до професії нотаріуса;
- введено поняття відповідальності нотаріусів у разі допущення порушень тощо⁹.

Проте, прийняття названого нормативно-правового акта не вирішило усіх проблем правового забезпечення нотаріальної діяльності. Зокрема, до його недоліків можна віднести наступні:

- не цілком вирішено питання наближення нотаріату до населення, оскільки зберігалось зосередження нотаріусів у столиці, обласних та великих районних центрах;
- не вирішено питання оптимальності оплати вчинюваних нотаріальних дій, так, щоб її вартісний вираз влаштовував як осіб, які звертаються до нотаріуса, так і самого нотаріуса;
- не вдалось привести до єдиного знаменника такі заходи впливу на нотаріуса, як зупинення, припинення нотаріальної діяльності та анулювання свідоцтва про право на зайняття нотаріальною діяльністю;
- законодавчо неврегульованими залишилися питання пенсійного, соціального забезпечення нотаріусів, системи оподаткування доходів нотаріусів¹⁰;
- недостатньо чітко визначена низка інших питань, включаючи створення інституту професійного нотаріального самоврядування¹¹.

З метою вирішення окреслених проблем, сприяння становленню цілісного підходу до визначення функцій нотаріату та побудови чіткої структури нотаріальних органів, надання населенню послуг правового та нотаріального характеру відповідно до міжнародних стандартів, а також поступового і системного реформування українського нотаріату як інституту позасудового захисту цивільних прав 24 грудня 2010 р. наказом Міністерства юстиції України № 3290/5 було затверджено «Концепцію реформування органів нотаріату в Україні»¹², що, на наш погляд, становить наступний етап правової реформи у сфері нотаріату. Цим документом передбачено здійснення, зокрема, таких заходів, як розробка, обговорення та прийняття протягом 2010–2012 рр. базових законів та протягом 2012–2015 рр. створення професійної організації нотаріусів України та становлення професійного самоврядування. Метою реалізації цих заходів, виходячи з аналізу положень Концепції, є подолання розглянутих вище, а також інших проблем правового забезпечення нотаріальної діяльності в Україні. До них, зокрема, відносяться:

- невизначеність статусу нотаріальних органів, зокрема, державних нотаріальних контор, приватних нотаріусів, державного нотаріального архіву;
- відсутність правової бази, яка б давала можливість нотаріусу як представнику державної публічної влади мати чітко визначені процесуальні права та обов'язки;
- відсутність законодавчо закріплених морально-етичних та професійних правил поведінки у нотаріальній діяльності, системи цінностей;
- відсутність комплексної програми підвищення кваліфікації осіб, які вчиняють нотаріальні дії, в тому числі посадових осіб органів місцевого самоврядування тощо;
- колізії нормативно-правових актів, що регулюють діяльність нотаріату;
- велика кількість підзаконних нормативно-правових актів, які часто суперечать один одному (Інструкції, Положення, Порядки); та ін.

Водночас, не дивлячись на проведену роботу на підставі названої Концепції, на сьогодні не можна стверджувати про її реалізацію, оскільки сучасний стан правового регулювання у сфері нотаріату все ще характеризується рядом проблем та недоліків. Насамперед, мова йде про наступні:

- відсутність чітко сформованої та закріпленої нормативно-правової бази з регулювання інституту нотаріату, що призводить до зловживань, використання нормативних розбіжностей в особистих цілях та, як наслідок, допущення помилок під час вчинення нотаріальних дій, наслідком чого є порушення прав та інтересів фізичних та юридичних осіб¹³;

– збільшення кількості нормативно-правових актів, що призводить до дублювання, нечіткостей та різночитань дефініцій, матеріальних та процесуальних норм, якими регулюється нотаріальна діяльність¹⁴. Наприклад, норми, що регулюють порядок посвідчення заповітів та довіреностей, прирівняних до нотаріально посвідчених, які містяться у ст. 40 Закону України «Про нотаріат», продубльовано у ст.ст. 245 та 1252 Цивільного кодексу (далі – ЦК) України¹⁵; положення ст. 750 ЦК України щодо обов'язків набувача забезпечити відчужувача житлом дублюються у підпункті 7.7 п. 7 глави 2 розділу II Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України, затвердженого наказом Міністерства юстиції України від 22 лютого 2012 р. № 296/5¹⁶; норми ст. 40 Закону України «Про Нотаріат» щодо передачі засвідчених заповітів державним нотаріальним архівам, продубльовано у п. 23 Порядку посвідчення заповітів і довіреностей, що прирівнюються до нотаріально посвідчених, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 15 червня 1994 р. № 419¹⁷; та ін;

- наявність прогалин у законодавстві¹⁸ та неузгодженостей між положеннями нормативно-правових актів. Наприклад, ст. 37 Закону України «Про нотаріат» закріплено вичерпний перелік нотаріальних дій, які

можуть вчинятись посадовими особами місцевого самоврядування, до яких віднесено: вжиття заходів щодо охорони спадкового майна, посвідчення заповітів (крім секретних), видачу дублікатів посвідчених ними документів, засвідчення вірності копій (фотокопій) документів і виписок з них, засвідчення справжності підпису на документах. Всупереч цьому, положенням п. 4 ч. 2 ст. 40 Закону України «Про нотаріат» посадових осіб місцевого самоврядування наділено повноваженнями щодо посвідчення довіреностей. Тобто, з одного боку, маємо неузгодженість між положеннями одного нормативно-правового акта, а іншого – доповнення, розширення положень однієї статті положеннями іншої. Прикладом прогалин законодавства можна вважати відсутність закріплених на законодавчому рівні конкретно встановлених принципів, якими б мали керуватись нотаріуси при проведенні своєї діяльності¹⁹, як загальними засадами, основоположними правилами здійснення нотаріальної діяльності.

Вирішення наведених та інших проблем сучасного нормативно-правового забезпечення нотаріальної діяльності, на нашу думку, можливе шляхом проведення комплексної систематизації законодавчих положень та положень підзаконних правових актів. У такому ракурсі, підтримуємо позицію вчених (В. В. Баранкова, О. М. Заєць, Н. В. Ільєва, В. В. Комаров, В. Г. Шишленко та ін.) щодо необхідності прийняття двох загальних нормативно-правових актів внаслідок проведеної систематизації, а саме: Закону України «Про організацію нотаріату» (або «Про організацію нотаріальної діяльності в Україні») та Нотаріального процесуального кодексу²⁰. На наш погляд, такий крок дозволить комплексно врегулювати окремо питання організації системи нотаріату в Україні та окремо врегулювати усі процедурні аспекти здійснення нотаріальної діяльності, а отже і вирішити проблеми дублювань, прогалин, колізій законодавства тощо.

Таким чином, не дивлячись на тривалу правову реформу, сучасний стан нормативно-правового забезпечення нотаріальної діяльності характеризується наявністю численних проблем та недоліків. Перспективою його розвитку має стати проведення систематизації положень нормативних документів у цій сфері, що дозволить вирішити розглянуті проблеми.

¹ Про нотаріат : Закон України від 2 вересня 1993 р. № 3425-ХІІ // Відомості Верховної Ради України. – 1993. – № 39. – Ст. 383.

² Чудний О. В. Деякі особливості правового регулювання нотаріальної діяльності в Україні / О. В. Чудний // Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ. – 2013. – № 3. – С. 258–264. – С. 259.

³ Шишленко В. Г. Щодо реформування нотаріату України / В. Г. Шишленко // Форум права. – 2012. – № 1. – С. 1091–1099. – С. 1091.

⁴ Заєць О. М. Нотаріат в Україні – окремі проблеми / О. М. Заєць // Матеріали Науково-практичної Інтернет-конференції «Актуальні питання права та правової держави: наукова дискусія» (11.12.2013). – 2013 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://legalactivity.com.ua/index.php?option=com_content&view=article&id=698%3A101213-14&catid=86%3A3-1213&Itemid=106&lang=ru

⁵ Конституція України // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

⁶ Шишленко В. Г. Правове регулювання та організація нотаріату України / В. Г. Шишленко // Форум права. – 2010. – № 4. – С. 971–975. – С. 971.

⁷ Сушинський І. В. Реформування системи нотаріату – пріоритет діяльності органів юстиції / І. В. Сушинський ; Головне управління юстиції у Чернівецькій області [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://minjust.cv.ua/index.php?page=/1221124153/1234951768/1234957814>

⁸ Про внесення змін до Закону України «Про нотаріат» : Закон України від 1 жовтня 2008 р. № 614-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2009. – № 13. – Ст. 161.

⁹ Шишленко В. Г. Щодо реформування нотаріату України / В. Г. Шишленко // Форум права. – 2012. – № 1. – С. 1091–1099. – С. 1091–1092.

¹⁰ Нелін О. Формування тезауруса з нотаріату в Україні / О. Нелін // Юридична Україна. – 2014. – № 1. – С. 4–8 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://akademinotar.org.ua/media/article_attachs_docs/article_documents/akad.pdf

¹¹ Єфіменко Л. В. Розвиток нотаріату: стан та проблеми / Л. В. Єфіменко // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2010. – № 8. – С. 8–15 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.minjust.gov.ua/31160>

¹² Про затвердження Концепції реформування органів нотаріату в Україні : Наказ Міністерства юстиції України від 24 грудня 2010 р. № 3290/5 // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2011. – № 1. – С. 131–133.

¹³ Заєць О. М. Вказана праця; Висканцев О. Законодавство України про нотаріат: перспективи розвитку / О. Висканцев // Публічне право. – 2012. – № 3 (7). – С. 405–411. – С. 407–408; Федоренко Т. В. Проблеми та особливості реформування системи нотаріату в Україні / Т. В. Федоренко // Порівняльно-аналітичне право. – 2013. – № 4. – С. 93–95. – С. 93.

¹⁴ Заєць О. М. Вказана праця; Висканцев О. Вказана праця. – С. 407.

¹⁵ Цивільний кодекс України : від 16 січня 2003 р. № 435-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40–44. – Ст. 356.

¹⁶ Про затвердження Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України : Наказ Міністерства юстиції України від 22 лютого 2012 р. № 296/5 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/z0282-12>

¹⁷ Про порядок посвідчення заповітів і доручень, прирівнюваних до нотаріально посвідчених : Постанова Кабінету Міністрів України від 15 червня 1994 р. № 419 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/419-94-%D0%BF>

¹⁸ Федоренко Т. В. Проблеми та особливості реформування системи нотаріату в Україні / Т. В. Федоренко // Порівняльно-аналітичне право. – 2013. – № 4. – С. 93–95. – С. 93.

¹⁹ Мамалига І. О. Встановлення латинського нотаріату в Україні: проблеми та шляхи їх вирішення / І. О. Мамалига // Юридичний науковий електронний журнал. – 2014. – № 1. – С. 46–48. – С. 47 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.lsej.org.ua/1_2014/12.pdf

²⁰ Комаров В. В., Баранкова В. В. *Нотаріат: перспективи унормування, законодавство, судова практика* / В. В. Комаров, В. В. Баранкова. – Х. : Право, 2008. – 536 с. – С. 21; Засць О. М. *Вказана праця*; Ільєва Н. В. *Основні напрямки розвитку правового регулювання нотаріальної діяльності в Україні* / Н. В. Ільєва // *Юрист України*. – 2011. – № 3 (16). – С. 27–31. – С. 31; Шишленко В. Г. *Правове регулювання та організація нотаріату України* / В. Г. Шишленко // *Форум права*. – 2010. – № 4. – С. 971–975. – С. 975.

Резюме

Нечипорук С. В. Проблеми та перспективи розвитку нормативно-правового забезпечення нотаріальної діяльності в Україні.

У статті досліджуються проблеми та перспективи розвитку нормативно-правового забезпечення нотаріальної діяльності в Україні. Розглянуто основні етапи правової реформи у сфері нотаріату. Визначено основні проблеми та тенденції розвитку нормативно-правового регулювання нотаріальної діяльності, зумовлені прийняттям відповідних нормативних документів. З'ясовано сучасний стан правового забезпечення нотаріальної діяльності в Україні.

Ключові слова: нотаріат, нотаріальна діяльність, правова реформа, нормативно-правове забезпечення, проблеми, перспективи розвитку.

Резюме

Нечипорук С. В. Проблемы и перспективы развития нормативно-правового обеспечения нотариальной деятельности в Украине.

В статье исследуются проблемы и перспективы развития нормативно-правового обеспечения нотариальной деятельности в Украине. Рассмотрены основные этапы правовой реформы в сфере нотариата. Определены основные проблемы и тенденции развития нормативно-правового регулирования нотариальной деятельности, обусловленные принятием соответствующих нормативных документов. Выяснено современное состояние правового обеспечения нотариальной деятельности в Украине.

Ключевые слова: нотариат, нотариальная деятельность, правовая реформа, нормативно-правовое обеспечение, проблемы, перспективы развития.

Summary

Nechiporuk S. The problem and perspectives of development regulatory support notarial activities in Ukraine.

The article investigates the problem and perspectives of development regulatory support notarial activities in Ukraine. Considered the main stages of legal reform in the notary. Defined the main problems and trends of legal regulation of notarial activities due to the adoption of appropriate regulations. It is shown the current state of legal provision notarial activities in Ukraine.

Key words: notary, notarial activity, legal reform, regulatory support, the problem, prospects.

УДК 347.122

Н. Г. КАШКАНОВА

*Наталія Геннадіївна Кашканова, аспірантка
Київського університету права НАН України*

ДІЯЛЬНІСТЬ БІОЕТИЧНИХ КОМІТЕТІВ: АСПЕКТИ ІНТЕГРАЦІЇ УКРАЇНИ В ЄВРОПЕЙСЬКИЙ НАУКОВИЙ ПРОСТІР

Угода про асоціацію між Україною та ЄС (далі – Угода про асоціацію)¹ передбачає уніфікацію умов легітимізації результатів наукових досліджень у сфері біології та медицини. Положення Глави 22 «Громадське здоров'я» Розділу V Угоди про асоціацію вимагають адаптації положень національного законодавства до законодавства ЄС у сфері біомедичних досліджень.

Активне входження вітчизняної науки у європейський науковий простір повинно відбуватися стрімко та на засадах європейської наукової деонтології. Зазначимо, що певні вітчизняні напрями біології та медицина є доволі конкурентоспроможними і здатними представити не лише українську науку, але й ринок відповідних послуг.

Механізми етичного контролю над біомедичними дослідженнями вдосконалюються відповідно до сучасних уявлень про допустимість та обсяги досліджень людини. Жорстка вимога дотримання етичних норм при проведенні біомедичних досліджень висувається незалежно від ступеня втручання в людське єство.

Як зазначалося на V Національному Конгресі з біоетики у 2013 р., українські вчені зіштовхнулися з проблемами оприлюднення своїх наукових результатів у міжнародно-визнаних наукових виданнях, які входять до відповідних наукових баз даних. Перепоною була не відсутність наукової новизни, а, власне, відсутність міжнародно-визнаної належної етичної експертизи біомедичних досліджень. Відтак нагальність не лише реформування, а й створення відповідного національного законодавства є очевидною. Ретроспектив-

ний аналіз становлення відповідного законодавства в країнах ЄС та Грузії, яка успішно адаптувала своє законодавство до сучасних міжнародних стандартів та вимог, дає можливість визначити шляхи реформування і для України.

Розвиток етико-правових стандартів біомедичних досліджень в Україні є надзвичайно важливим елементом гуманізації науково-дослідної діяльності. Основним принципом права біоетики, закріпленим в усіх міжнародно-правових актах у сфері захисту прав людини, є принцип пріоритету інтересів однієї людини над інтересами суспільства. Як зазначає О. Ю. Кашинцева, зміст зазначеного принципу розкривається через *недоторканність біологічної цілісності людини*: 1) недоторканності тілесної цілісності людини; 2) недоторканності генетичного матеріалу людини; 3) недоторканності духовної цілісності людини².

Принципи визначення взаємних обмежень між вченим і суспільством у сфері біомедичних досліджень, балансування між «науковою цікавістю» і «загальнолюдськими цінностями» визначаються у низці міжнародно-правових актів, деякі з-поміж яких належать до норм «гнучкого права», проте є визначальними для наукової спільноти³.

Відповідно до міжнародного законодавства обов'язковою частиною системи проведення клінічних випробувань інноваційних методів лікування та профілактики є здійснення контролю за дотриманням прав людини, умов безпеки, етичних та моральних норм, конфіденційності учасників дослідження. Відсутність належної етичної експертизи будь-якого наукового дослідження, предметом інтересу якого є людина, людське тіло чи жива матерія, ставить результати таких біомедичних досліджень за межами міжнародного наукового визнання.

Уніфікована міжнародна регламентація біомедичних досліджень та захист об'єктів наукового дослідження розпочинається із прийняттям у 1947 р. «Нюрнберзького кодексу» та деталізовано у низці міжнародних документів із подальшою імплементацією на рівні національних законодавств країн-учасниць. Функцію контролю за дотриманням міжнародних етичних стандартів наукових досліджень у сфері біології та медицини покладено на відповідні професійні інституції, якими на національному рівні стали етичні (біоетичні) комітети, комітети з етики, етичні комісії тощо.

Ретроспектива створення етичних комітетів демонструє нам, що такі інституції закладалися поетапно у відповідь на різке збільшення кількості біомедичних досліджень з метою їх міжнародного визнання та подальшої комерціалізації. Процедурні аспекти їхньої діяльності залежали від національних особливостей, що пояснюється як відмінностями в організації системи охорони здоров'я та проведення науково-дослідної діяльності, так і загальними відмінностями в соціально-економічній сфері.

Отже, етичні комітети виникають у відповідь на соціальний запит про контроль та обмеження «наукової цікавості» вчених, які у своїх дослідженнях можуть порушити основоположні принципи недоторканності людини. Відповідно, прототипи етичних комітетів виникають в 1953 р. у США – країні, де стрімкий науковий прогрес спонукав до виникнення фундаментальної праці В. Р. Поттера «Біоетика: міст у майбутнє» (Bioethics: Bridge for the Future)⁴, яка заклала основу сучасної біоетичної доктрини.

Перший етичний комітет було створено в м. Сіетл (1961 р., США) при Центрі «Штучна нирка». Причина створення подібної організації полягала у надзвичайній складності відбору пацієнтів для підключення до апарату штучної нирки, котра обумовлювала непосильну моральну відповідальність для медичного персоналу центру. Свого часу було розгорнуто широку публічну дискусію навколо діяльності комітету. У пресі його називали «божественним», оскільки доступ до апарату штучної нирки давав єдину можливість вижити хворій людині, яка за рішенням комітету отримувала можливість підключитися до апарату, і, по суті, прирікав на швидку смерть пацієнтів, які такої можливості не отримували.

Члени першого етичного комітету постали перед новим світовим викликом: доступність до досягнень медицини крізь призму моралі та права. Комітетом до певної міри було продемонстровано, що врегулювання доступу до обмеженого медичного ресурсу – це не лише медична, а й моральна проблема, оскільки для її справедливого вирішення потрібні не лише медичні знання. Цей дорадчий орган при медичному центрі на своїх засіданнях, у яких брали участь медики, богослови, юристи, психологи, представники громадськості, шукав морально обґрунтований підхід до вирішення надзвичайно складних ситуацій.

Наступним кроком, який глобалізував світові тенденції етичного визнання наукових результатів, стало прийняття Всесвітньою Медичною Асоціацією (далі – ВМА) Гельсінської Декларації «Етичні принципи медичних досліджень за участю людини у якості об'єкта дослідження»⁵ у 1975 р., в якій уперше в міжнародній практиці зафіксовано поняття «спеціальний комітет». У розділі 1.2. зазначеної Декларації визначається: «Програма і виконання кожного експериментального дослідження на людині мають бути чітко сформульовані в експериментальному протоколі, який має бути представлений спеціально призначеному незалежному комітету для розгляду зауважень і пропозицій». Уперше в Гельсінській декларації ініціаторам досліджень рекомендується проводити консультації з «незалежними комітетами», що уповноважені забезпечити дотримання етичних принципів.

Сучасний світ виробив єдині загальні принципи створення та функціонування етичних комітетів. Виділяють: національні (центральні) етичні комітети, що, як правило, створюються при міністерствах охорони здоров'я або інших відповідних установах, до компетенції яких належать клінічні дослідження лікарських засобів, регіональні та місцеві (локальні) комітети, які створюються при лікувальних закладах чи університетах, де проводять клінічні випробування і безпосередньо забезпечують дотримання етичних засад проведення випробування. Відповідно до правил належної клінічної практики (Good Clinical Practice – GCP)

жодне дослідження не може бути розпочате без попереднього розгляду та погодження етичної комісії, положення GCP імplementовано до національного законодавства⁶.

Наразі світовою практикою сформовано дворівневу систему етичних комітетів і дві моделі (типи) функціонування етичних комітетів: американська та європейська моделі.

«Американській моделі» притаманно віднесення до компетенції етичних комітетів заборонних повноважень втручання досліджень. Натомість «європейська модель» характеризується «дорадчо-консультативними» повноваженнями.

Етичні комітети відповідають на виклики сучасної науки, керуючись інтересами суспільства вони визначають допустимі межі сучасного наукового пізнання. Потреба у встановленні таких меж обумовлена низкою чинників:

– широким впровадженням новітніх технологій, що породжують непередбачувані у віддаленому майбутньому наслідки, та створюють дилемні ситуації, вирішення котрих обтяжено морально-психологічними факторами;

– неспроможністю традиційних експертних інституцій виконувати свої функції на підставі широкої професійної компетентності, узгодженої з ціннісними суспільними орієнтирами.

ВМА розроблено рекомендації щодо складу етичного комітету у кількості щонайменше п'ятих фахівців: юриста, представника громадськості, медика, психолога.

Біоетична доктрина Р. В. Поттера є основою для здійснення власне етичної експертизи біомедичних, технічних, суспільних, політичних проєктів. Етичні комітети відіграють роль посередника між державними, науковими структурами та громадянською спільнотою і виступають в ролі гаранта безпечності впровадження промислових, біомедичних, сільськогосподарських новацій для здоров'я та життя людей.

Повертаючись до «європейської моделі» біотичних комітетів, зазначимо, що в Європі біоетичні комітети почали створюватися у 80-х роках ХХ століття. Так, 1983 р. розпочав свою діяльність Національний консультативний етичний комітет в галузі наук про життя та здоров'я у Франції, згодом – в Італії (Національний консультативний комітет по захисту життя і здоров'я, біотичний рух у цій країні активно підтримується католицькою церквою, зокрема, Центром з Біоетики при Католицькому університеті Святого Серця в Римі).

У 1985 р. Комітет Міністрів та Рада Європи створили Експертний комітет з біоетики, який 1992 р. змінив назву на Керівний комітет з біоетики в Раді Європи (далі – СБВІ). Він виконує експертні функції та відповідає за підготовку документів з біоетики на європейському рівні, таких як міжнародні конвенції та рекомендації з біоетики. До його складу входять 60 експертів, що пропонуються країнами – членами Ради Європи разом з іншими представниками Парламентської Асамблеї та Європейської Комісії, спостерігачами з країн, що не входять до Ради Європи, а також представниками міжнародних організацій. Найважливішим документом, розробленим цією інституцією та затвердженим Комітетом Міністрів, є «Конвенція про захист прав та гідності людини в зв'язку із застосуванням досягнень біології та медицини: Конвенція про біомедицину» (прийнята у 1996 р., м. Ов'єдо, Іспанія)⁷.

Конвенція про біомедицину стала ще одним юридичним документом, що встановлює низку принципів і норм задля забезпечення гідності, недоторканності, прав і свобод людської особистості з метою її захисту від зловживань біомедичними досягненнями. Основний принцип Конвенції – це домінування інтересів окремої людини над інтересами науки та суспільства. Держави, котрі долучилися до підписання цього документа, беруть на себе зобов'язання привести у відповідність до неї національне законодавство. Конвенція про біомедицину супроводжується додатковими протоколами, присвяченими окремим галузям біології та медицини, що мають таку ж юридичну силу. Такими є Додатковий протокол про заборону клонування людини, Додатковий протокол про трансплантацію органів та тканин людини. Планується завершення роботи над протоколом з біомедичних досліджень і над Протоколом, що стосується генетики людини. Ведеться робота з підготовки Протоколу про захист ембріонів та зародків людини.

У 1993 р. ЮНЕСКО створила Міжнародний біоетичний комітет (International Bioethics Committee – ІВС), до складу якого входить 36 експертів, що призначаються генеральним директором ЮНЕСКО. Для вивчення рекомендацій, прийнятих ІВС, створено Міждержавний біоетичний комітет (далі – ІГВС). Всесвітня організація охорони здоров'я задекларувала свою участь у міжнародному біоетичному русі прийняттям 2000 р. Рекомендацій комітетам з етики, що проводять експертизу біомедичних досліджень. При Міжнародній Раді наукових союзів (далі – ІКСУ) створено Постійний комітет з відповідальності та етики в науці.

Особлива роль біоетичних організацій міжнародного рівня полягає у сприянні заснуванню біоетичних установ в інших країнах, задля того, щоб цей рух не був спонтанним і підходи регулювання біотичних досліджень були уніфікованими.

Початок створення етичних комітетів в Україні припадає на 1992 р., коли при Інституті медицини праці Національної Академії медичних наук України (далі – НАМНУ) та Інституті педіатрії, акушерства та гінекології НАМНУ у зв'язку з міжнародними програмами, що виконувались на базі цих закладів, було створено локальні етичні комітети.

Біля витоків вітчизняної організації проведення біотичних експертиз біомедичних досліджень стояли академік Ю. І. Кундієв⁸ та член-кореспондент НМАНУ П. М. Вітте⁹, а також М. О. Чачін¹⁰.

Наступним кроком, про який частково йшлося вище, у 2000 р. стало видання МОЗ України наказу «Про затвердження Інструкції щодо проведення клінічних досліджень лікарських засобів та експертизи матеріа-

лів клінічних досліджень та Типового положення з питань етики», чим започаткувало процес формування етичних комітетів на базі закладів охорони здоров'я. Ця інструкція регламентувала вимоги до проведення клінічних випробувань лікарських засобів, котрі можуть проводитися на пацієнтах (за добровільною згодою), а також акцентовано увагу на необхідності організації спеціальних комісій з питань етики для проведення клінічних досліджень.

У 2001–2002 рр. на основі Комітету з етики в НАНУ та Комітету з біоетики в НАМНУ було створено урядовий консультативно-дорадчий орган – Комісію з питань біоетики при Кабінеті Міністрів України, яка має статус вищої організаційної та урядової інстанції з питань біоетики в нашій країні.

Основними напрямками роботи Комісії з питань біоетики є:

– підготовка рекомендацій з основних напрямів діяльності в галузі біоетики та біоетичної експертизи в Україні;

– розробка пропозицій до законодавчого регулювання в галузі біоетики;

– сприяння запровадженню основних засад регулювання відносин у галузі біоетики, що виникають у процесі розробки, впровадження, розповсюдження та використання результатів наукової, клінічної й практичної діяльності, які можуть негативно вплинути на біологічну безпеку людини, тваринного та рослинного світу, а також довкілля;

– підготовка рекомендацій до механізму гарантування громадянам України особистих прав і свобод, поваги до людської гідності, тілесної, психічної та духовної цілісності відповідно до Конвенції про захист прав і гідності людини у зв'язку з використанням досягнень біології та медицини;

– забезпечення участі України в міжнародному співробітництві з біоетичних питань і виконання відповідних зобов'язань, що випливають з міжнародних договорів України.

Важливу роль у поширенні біоетичних знань в Україні відіграють громадська організація Фундація медичного права та біоетики, Міжнародний Фонд «Відродження» та ін. Засновано спеціальний Інститут з біоетики ім. Я. Базидевича на базі Львівської філії Української академії державного управління при Президенті України та інституту біоетики Римського університету ім. Джемелі.

Україна зробила значні кроки у напрямі формування правової системи, що забезпечує захист прав людини у сфері охорони здоров'я та біомедичних досліджень. Нашою країною підписано та ратифіковано усі основні документи Ради Європи у зазначеній сфері. Крім того, національне законодавство приведено у відповідність з міжнародними стандартами захисту прав людини. Надалі було проведено потужну освітню діяльність, спрямовану на підвищення обізнаності суспільства щодо дотримання прав людини у біомедичних дослідженнях. Проте цьому має передувати значна робота з ефективного впровадження національного законодавства щодо біомедичних досліджень. Найбільш актуальним завданням для України є розвиток ефективної системи етичної експертизи дослідницьких проектів. Існуюча система потребує вдосконалення з точки зору її доступності та якості.

Ефективність роботи біоетичних комітетів здебільшого залежить від методологічних засад, їх уніфікованості та рівня проведення етичної експертизи. Проте, як зазначає С. В. Пустовіт, простір етичного регулювання та контролю медичних наукових проектів завжди характеризується низкою методологічних проблем: перша полягає у інтро- та міждисциплінарному характері самого предмета дослідження, друга – у сцієнтизації та медикалізації життя сучасної людини¹¹.

Під інтердисциплінарним характером слід розуміти процес проліферації етичних аспектів у середині окремих, чітко окреслених, історично сформованих наукових галузей, наприклад, у медицині, біології, ветеринарії. Міждисциплінарний характер біоетики передбачає підключення до вирішення моральних дилем як природничі, так і гуманітарні науки (а в перспективі – ще є «нетрадиційні» галузі знання). Проте це не процес привнесення філософських ідей до природничих наук, або, навпаки, швидше за все – це їх конвергентний розвиток на основі принципово нової загальнонаукової картини світу та загальної світоглядної парадигми. Наукова картина світу, як глобальна дослідна програма, є підґрунтям для трансляції методів та принципів з однієї науки в іншу, а подальший розвиток філософських засад виступає необхідною передумовою експансії методології природничих наук на нові предметні галузі.

Друга методологічна проблема етичного регулювання біомедичних досліджень – подальша сцієнтизація та медикалізація життя сучасної людини як передумова формування певних упереджень членів біоетичних комітетів досліджуваних, дослідників та представників інших сторін, залучених до проведення медичних досліджень та їх етичного регулювання. Термін «сцієнтизація» у даному контексті означає домінування установок природно-наукового підходу до досліджень за участю людини. Термін «медикалізація» означає підвищення ролі медицини в суспільстві, її експансію на ті сфери суспільного та індивідуального життя, які їй раніше не належали, наприклад, – запліднення, генна терапія, нейролінгвістичне програмування, терапевтичний гіпноз тощо.

Для подолання суб'єктивізму у діяльності біоетичних комітетів, останні повинні набути уніфікований інструментарій «вимірювання» градусу етичності процесу отримання сучасного знання. Таким правовим інструментом є розробка та прийняття Закону України «Про біомедичні дослідження за участю людини». Метою закону є захист прав, здоров'я і життя учасників біомедичного дослідження, забезпечення безпеки і повага гідності суб'єктів дослідження в ході його проведення. Закон повинен поширюватися на всі види досліджень, спрямованих на отримання інформації і розширення знань у сфері біомедицини в інтересах захисту здоров'я людською популяцією, які допускають:

- інвазійний вплив на організм людини;
- вивчення біологічного матеріалу людини, який від початку було отримано з іншою метою;
- неінвазійне втручання, що не припускає порушення фізичної цілісності організму людини, проте може містити небезпеку психічному здоров'ю або психологічному стану людини;
- дослідження на плоді і/або ембріонів *in vivo* (закон не застосовується до досліджень на ембріонів *in vitro*).

Закон «Про біомедичні дослідження за участю людини» повинен базуватися на основних конвенційних біотичних засадах, зокрема:

- пріоритетності людської особистості;
- автономії учасників дослідження: інформована згода, конфіденційність і невтручання в особисте життя;
- науковій обґрунтованості біомедичного дослідження та неможливості отримання еквівалентних результатів без залучення людини як об'єкта дослідження;
- мінімізації ризиків і підтримці адекватного співвідношення ризик/користь;
- захисті уразливих контингентів;
- мультидисциплінарній експертизі етичної прийнятності протоколу дослідження і схвалення його етичним комітетом.

У справі розробки спеціалізованого національного законодавства у сфері біомедичних досліджень та структури етичних комітетів може, вже традиційно, допомогти досвід Грузії. Так, центральним етичним комітетом з дорадчими функціями є Національна Рада з Біоетики, друга ланка – це локальні Комітети з етики біомедичних досліджень, до компетенції яких віднесено етичну експертизу протоколів досліджень (клінічні дослідження лікарських засобів, біомедичні експерименти тощо) і третя ланка – це Медичні етичні комітети при медичних закладах, до компетенції яких віднесено консультування медичних працівників та пацієнтів на місцях.

¹ Угода про асоціацію між Україною та Європейським союзом : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.kmu.gov.ua/kmu/control/uk/publish/article?art_id=246581344

² *Кашинцева О. Ю.* Наріжні проблеми захисту прав людини в сфері біології та медицині / О. Ю. Кашинцева // *Право України*. – 2009. – № 4.

³ *Кашинцева О. Ю.* Вплив етико-правових норм на легітимність наукового результату у сфері біомедичних досліджень / О. Ю. Кашинцева // *Теорія і практика інтелектуальної власності*. – 2014. – № 6 (80). – С. 5–12.

⁴ *Potter Van Rensselaer.* Bioethics: Bridge to the Future. – Prentice-Hall Inc.

⁵ Етичні принципи медичних досліджень за участю людини у якості об'єкта дослідження : Гельсінська Декларація Всесвітньої медичної асоціації : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : zakon.rada.gov.ua/laws/show/990_005

⁶ Наказ МОЗ України від 23 вересня 2009 р. № 690 «Про затвердження Порядку проведення клінічних випробувань лікарських засобів та експертизи матеріалів клінічних випробувань і Типового положення про комісії з питань етики».

⁷ Конвенції про захист прав і гідності людини щодо застосування біології та медицини // *Збірка договорів Ради Європи*. – К. : Парламентське видавництво, 2000.

⁸ *Кундієв Ю. І.* Біоетика – веління часу / Ю. І. Кундієв // *Антологія біоетики*. – Л. : БАК, 2003.

⁹ *Вітте П. Н.* К вопросу о правовых основах биоэтики / П. Н. Вітте // *Збірник тез доповідей Першого українського конгресу з медичного права і соціальної політики*, 14–15 квітня 2007 р. – К., 2007.

¹⁰ *Чацін М. О.* Організація і розвиток системи етичної експертизи в Україні / М. О. Чацін // *Організація та проведення етичних експертиз біомедичних досліджень*. – К. : Сфера, 2006. – 119 с.

¹¹ *Пустовіт С. В.* Деякі методологічні підходи до етичного регулювання медичних досліджень / С. В. Пустовіт // *Організація та проведення етичної експертизи біомедичних досліджень* / За заг. ред. С. В. Пустовіт, В. Л. Кулініченка. – К. : Сфера, 2006. – 120 с.

Резюме

Кашканова Н. Г. Діяльність біоетичних комітетів: аспекти інтеграції України в європейський науковий простір.

Стаття присвячена питанням адаптації законодавства України до законодавства ЄС у сфері біомедичних досліджень відповідно до Угоди про асоціацію між Україною та ЄС. Автором розглядаються питання розробки та змісту Закону України «Про біомедичні дослідження за участю людини».

Ключові слова: права людини, біомедичні дослідження, біоетика, етичні комітети.

Резюме

Кашканова Н. Г. Деятельность биоэтических комитетов: аспекты интеграции Украины в европейское научное пространство.

Статья посвящена вопросам адаптации законодательства Украины к законодательству ЕС в сфере биомедицинских исследований в соответствии с Соглашением об ассоциации между Украиной и ЕС. Автором рассматриваются вопросы разработки и содержания Закона Украины «О биомедицинских исследованиях на человеке».

Ключевые слова: права человека, биомедицинские исследования, биоэтика, этические комитеты.

Summary

Kashkanova N. Activity of Bioethics committees: Aspects of Integration of into European scientific space.

The article is sanctified to the questions of adaptation of legislation of to the legislation of EC in the field of biomedical researches in accordance with Agreement about an association between and EC. An author is examine the questions of development and maintenance of Law «On biomedical researches involving human subjects».

Key words: Human Rights, biomedical researches, bioethics, ethic committees.

УДК 3.34.347

Н. М. ОКСАНЮК

Наталія Миколаївна Оксанюк, здобувач Хмельницького університету управління та права

КЛАСИФІКАЦІЯ ПРИНЦИПІВ СПАДКУВАННЯ

Принципи спадкового права – це конструкція, навколо якої формуються його норми та інститути, початок права відповідного історичного типу, оскільки в них відбивається його конкретна сутність. Як зазначає Л. С. Явич, за принципами права вивіряють, наскільки конкретний нормативний акт законний, справді є формою вираження права. Найчастіше принципи права слугують відправними ідеями законодавчої діяльності, беручи участь у регулюванні поведінки побічно, втілюючись в більш конкретних юридичних нормах, але в ряді випадків вони здатні безпосередньо регулювати суспільні відносини. Тому принципи права треба неодмінно досліджувати в їх системі¹.

Системна властивість, крім предмета та методу правового регулювання, характерна й такій правовій категорії, як принципи права, що стосовно цивільного права виступають систематизуючими ознаками на рівні галузі в цілому та на рівні основних інститутів цієї галузі. Тож принципи права, які є елементами системи права, самі утворюють певну систему.

На жаль, питання про класифікацію принципів спадкування не отримали належного місця в юридичній доктрині. Основна увага науковців була зосереджена на дослідженні спадкового права та окремих його принципів, які в силу зміни суспільно-економічних формацій динамічно змінювали свій зміст, що суттєво ускладнило можливість формування системи таких принципів. Крім того, питання класифікації принципів не могло бути вирішено конструктивно, допоки не було сформовано системи принципів цивільного права, до предмета регулювання якого входять спадкові правовідносини.

Що стосується класифікації цивільно-правових принципів, то донедавна ця фундаментальна проблематика залишалась поза належною увагою юридичної спільноти: більшість вітчизняних науковців досліджували окремі принципи цивільного права не систематизуючи їх, а розробки дореволюційного та радянського періоду втратили свою актуальність в силу зміни суспільно-економічної формації.

Ті чи інші аспекти принципів спадкування, а також їх системи були предметом наукової уваги багатьох вітчизняних і зарубіжних правознавців дореволюційного, радянського і сучасного періодів. Це, зокрема, О. В. Басай, О. В. Дзера, Н. С. Кузнецова, М. Ю. Борщевський, Ю. О. Заїка, Л. І. Корчевська, І. А. Бірюкова, К. Б. Ярошенко, А. М. Ковальчук, Н. М. Павлюк та інші.

Звичайно, не усі ці принципи цивільного права можуть мати місце у спадковому праві. Так, принципи неприпустимості свавільного втручання у сферу особистого життя людини; судового захисту цивільного права та інтересу; недопустимості односторонньої відмови від зобов'язання; належного виконання зобов'язання. Таким чином, певною мірою для спадкового права можуть мати значення такі цивільно-правові принципи, як принципи: вільного волевиявлення та диспозитивності та пов'язаний із ним принцип свободи договору; справедливості, добросовісності та розумності; юридичної рівності; неприпустимості позбавлення права власності; здійснення цивільних прав відповідно до моральних засад суспільства.

Саме із зазначених принципів виводяться підгалузеві та інституційні принципи спадкування.

Не вдаючись в дискусію щодо того, що не всі запропоновані радянськими цивілістами положення підставно ними віднесено до принципів спадкування, слід констатувати об'єктивну неактуальність частини з них, що зумовлено зміною суспільно-економічної формації та переходом України від командно-адміністративної до ринкової системи.

Утім і серед сучасних цивілістів відсутня єдність в розумінні питання щодо складу та змісту як принципів спадкування загалом, так і принципів спадкового права зокрема.

Так, О. Ю. Заїка до принципів спадкового права відносить наступні положення:

1) свобода волевиявлення спадкодавця і спадкоємців. Тестаментоздатний спадкодавець в будь-який час має можливість скласти заповіт на все майно чи його певну частку, змінити заповіт чи скасувати взагалі. Принцип свободи волевиявлення спадкодавця знайшов своє закріплення у ст.ст. 1234–1237, 1240, 1242–1244,

1246, 1254, 1302, 1308 ЦК України. Спадкоємцю, в свою чергу, надано право прийняти спадщину або відмовитися від неї;

2) універсальність спадкового правонаступництва закріплений у ст. ст. 1218–1219 ЦК України, в яких визначається, що спадкоємці набувають усіх прав та обов'язків, які належали спадкодавцеві на момент відкриття спадщини і не припинилися внаслідок його смерті. Особливості спадкування окремих видів майна (право на одержання сум заробітної плати, пенсії, стипендії, аліментів, інших соціальних виплат, які належали спадкодавцеві) визначені в ст. 1227 ЦК та окремими підзаконними актами, наприклад, відповідною інструкцією МВС України, яка визначає порядок спадкування мисливської зброї, спеціальних засобів тощо. Спадщина не приймається за частками. Єдиним винятком з цього правила є можливість спадкоємця відмовитися від обов'язків правонаступника за договором довічного утримання (ст. 757 ЦК);

3) черговість закликання до спадщини при спадкуванні за законом. Суть цього принципу, який знайшов своє закріплення у ст. 1258 ЦК, полягає в тому, що кожна наступна черга спадкоємців за законом набуває право на спадщину лише у випадку відсутності спадкоємців попередньої черги, усунення їх від права на спадкування, неприйняття ними спадщини або відмови від її прийняття. Із цього загального правила виняток може зробити лише суд у випадку, передбаченому ч. 2 ст. 1259 ЦК;

4) рівність спадкових часток при спадкуванні за законом. За загальним правилом спадкоємці однієї черги набувають право на спадщину в рівних частках. Це положення знайшло відображення у ст. 1267 ЦК. Виняток з цього правила має місце при спадкуванні спадкоємцями, які закликаються до спадкування за правом представлення;

5) державно-правовий захист непрацевдатних родичів і членів сім'ї заповідача².

А. Б. Булаєвський вважає, що сучасне спадкове право Російської Федерації сформоване і розвивається на основі наступних принципів:

- універсальності спадкового правонаступництва;
- свободи заповіту;
- свободи спадкування;
- охорони прав та інтересів близьких спадкодавцеві осіб у поєднанні з правами та інтересами інших осіб;
- найбільш повного забезпечення виконання волі спадкодавця³.

Принцип універсальності спадкового правонаступництва, на думку вченого, проявляється в тому, що спадщина безпосередньо переходить від спадкодавця до спадкоємців у незмінному вигляді, як єдине ціле і в один і той же момент. При цьому спадкоємці стають правонаступниками спадкодавця стосовно не тільки речей та майнових прав, але також і іншого майна, в тому числі й обов'язків спадкодавця.

На відміну від Ю. О. Заїки, що визначав принцип свободи волевиявлення спадкодавця та спадкоємців, Б. А. Булаєвський виділяє два принципи: свободи заповіту та свободи спадкування.

Принцип свободи заповіту, на думку Б. А. Булаєвського, виявляється в наданні будь-якому громадянину можливості розпорядитися своїм майном на випадок смерті в порядку, визначеному законом, або утриматися від подібного розпорядження. При цьому свобода заповіту передбачає можливість розпорядитися як усім, так і лише частиною належить громадянину майна (причому як наявного у нього, так і того, яке може з'явитися в майбутньому). Водночас свобода заповіту дає змогу громадянину самостійно визначити коло своїх спадкоємців і належні їм частки у спадщині. Єдиним обмеженням свободи заповіту є правила про обов'язкову частку у спадщині, які слугують межею дії розглянутого принципу⁴.

Водночас принцип свободи спадкування реалізується у вигляді можливості для закликаних до спадкування спадкоємців самостійно вирішувати питання про прийняття спадщини та відмову від неї. При цьому в разі закликання до спадкоємства одночасно за кількома підставами спадкоємець може прийняти спадщину, що належить йому за однією з таких підстав, за декількома з них або за всіма підставами. На тих же засадах спадкоємець має право і відмовитися від спадщини, при цьому може вказати іншого спадкоємця, на користь якого він відмовляється⁵.

Б. А. Булаєвський не виділяє принципів черговості закликання до спадщини при спадкуванні за законом, рівності спадкових часток при спадкуванні за законом та державно-правового захисту непрацевдатних родичів і членів сім'ї заповідача. Водночас він виділяє два інших принципи спадкового права: охорони прав та інтересів близьких спадкодавцеві осіб у поєднанні з правами та інтересами інших осіб, а також принцип найбільш повного забезпечення виконання волі спадкодавця.

Принцип охорони прав та інтересів близьких спадкодавцеві осіб у поєднанні з правами та інтересами інших осіб знаходить своє вираження не тільки в забезпеченні інтересів необхідних спадкоємців (тобто спадкоємців, які мають право на обов'язкову частку у спадщині). Насамперед він проявляється у правилах про черговість закликання до спадкоємства, якими заповнюється невиражена воля спадкодавця. При цьому основна мета, згідно із законом, вбачається у майновому забезпеченні найбільш близьких спадкодавцеві осіб. Разом з тим охорона інтересів членів сім'ї спадкодавця та інших близьких йому осіб повинна співвідноситися з реальними можливостями спадкодавця, враховуючи права й інтереси його кредиторів та інших заінтересованих осіб (співвласників; осіб, які проживають у житлових приміщеннях, що належали спадкодавцеві та ін.). Дія розглянутого принципу (і насамперед у частині оптимального поєднання інтересів різних осіб) знаходить своє безпосереднє вираження при вирішенні питань розділу спадкового майна, відшкодування за рахунок спадкового майна необхідних витрат, вжиття заходів до охорони та управління спадковим майном, а також у багатьох інших ситуаціях⁶.

Принцип найбільш повного забезпечення виконання волі спадкодавця проявляється при виконанні заповідальних розпоряджень спадкодавця. При цьому слід враховувати не тільки очевидну, а й передбачувану волю спадкодавця, що визначається в процесі тлумачення заповіту⁷.

Р. Достдар вважає, що процес спадкування можливий лише за умови виконання таких основних принципів, як:

- принцип забезпечення права та інтересів обов'язкових спадкоємців з метою використання спадкового майна для забезпечення непрацездатних родичів і чоловіка (жінки) померлого;
- принцип сімейно-родинного характеру спадкування;
- принцип універсальності спадкового наступництва;
- принцип визнання права спадкування за законом предметів домашньої обстановки за належними спадкоємцями;
- принцип свободи заповіту;
- принцип рівності спадкових часток при спадкуванні за законом;
- принцип свободи вибору у спадкоємців, яких закликають до спадщини;
- принцип охорони основ правопорядку та моралі, інтересів спадкодавця, спадкоємців, інших фізичних чи юридичних осіб щодо спадкування;
- принцип охорони самої спадщини від будь-яких посягань;
- принцип матеріально-забезпечувального призначення спадкування⁸.

Як бачимо, Р. Достдар виділяє ряд специфічних принципів спадкування, зокрема названий ним принцип сімейно-родинного характеру спадкування враховує не тільки дійсну, а й припустиму волю спадкодавця і полягає у тому, що якщо спадкодавець не залишить заповіт, то закон встановлює коло спадкоємців і порядок спадкування з урахуванням припустимої волі законодавця – до спадкування закликають найближчих особи спадкодавця.

Суть іншого виділеного ним принципу – принципу матеріально-забезпечувального призначення спадкування полягає в тому, що перехід прав та обов'язків від спадкодавця до спадкоємців має на меті забезпечити задоволення матеріальних інтересів спадкоємців і кредиторів спадкодавця. І навіть те, що згідно із ст.1301 ЦК України спадкоємець, який прийняв спадщину, відповідає за борги спадкодавця, не ставить його в невідгідне становище, оскільки відповідно до цієї статті така відповідальність спадкоємця обмежується розміром дійсної вартості спадкового майна⁹.

Х. З. Піцик робить висновок, що класифікації принципами спадкового права це: 1) принцип розумності і справедливості; 2) вільне волевиявлення спадкодавця і спадкоємців; 3) універсальність спадкового правонаступництва; 4) принцип врахування дійсної та припустимої волі спадкодавця; 5) принцип охорони інтересів спадкодавця, спадкоємців, інших фізичних та юридичних осіб щодо спадкування; 6) принцип забезпечення прав та інтересів обов'язкових спадкоємців; 7) принцип охорони спадщини від будь-яких протиправних чи аморальних посягань¹⁰.

С. П. Грішаєв вважає, що спадкове право базується на поєднанні двох основних принципів: свободи спадкування й охорони інтересів сім'ї та обов'язкових спадкоємців. Ці принципи «пронизують» все спадкове право, на їх основі відбувається побудова норм зазначеного інституту¹¹.

Ю. К. Толстой називає принципами спадкового права як одного з відносно самостійних підрозділів галузі цивільного права та законодавства: принцип універсальності спадкового правонаступництва; принцип свободи заповіту; принцип забезпечення прав та інтересів необхідних спадкоємців; принцип врахування не тільки дійсної, а й припустимої волі спадкодавця; принцип свободи вибору у спадкоємців, покликаних до спадкування; принцип охорони основ правопорядку і моральності, інтересів спадкодавця, спадкоємців, інших фізичних та юридичних осіб у відносинах з успадкуванням; принцип охорони самої спадщини від чийби то не було протиправних або аморальних посягань¹².

О. В. Дзера пропонує наступний перелік принципів: принцип універсальності спадкового правонаступництва; свободи заповіту; забезпечення прав та інтересів спадкоємців; врахування не тільки дійсної, а й припустимої волі спадкодавця; свободи вибору у спадкоємців, які закликаються до спадщини; охорони основ правопорядку і моралі, інтересів спадкодавця, спадкоємців, інших фізичних та юридичних осіб щодо спадкування; охорони самої спадщини від будь-яких протиправних чи аморальних посягань; матеріально-забезпечувального призначення спадкування¹³.

Отже, ми бачимо, що науковці пропонують різноманітні переліки принципів спадкування: одні надають досить широкий спектр, а інші зводять цей перелік до мінімуму.

Таке розмаїття думок деякі науковці пояснюють недостатністю теоретичних розробок критеріїв віднесення правових норм до числа принципів спадкування, з одного боку, та недосконалістю спадкового законодавства, з іншого^{14, 15}. На нашу думку така ситуація зумовлена, з одного боку, специфікою відносин спадкування, їх динамічністю та тісним зв'язком з пануючою в суспільстві ідеологією, а з іншого – недостатністю, а різницею в критеріях, що їх брали за основу дослідники.

Якщо узагальнити думки вказаних науковців-цивілістів, можна виділити такий список принципів спадкування:

1) *свободи заповіту*. Даний принцип виділяють усі науковці і, на нашу думку, він є основним у системі принципів підгалузі спадкового права, оскільки без точного врахування думки спадкодавця не можна взагалі говорити про спадкування як про перехід права власності на річ у зв'язку із смертю особи. Такий перехід

можна було б назвати « правонаступництво » саме у зв'язку із тим, що перехід права власності на річ здійснюється у порядку, в обсягах та тій особі, як це визначено у складеному заповіті, говорить про наявність відносин із спадкування, принципу свободи заповіту та інших принципів;

2) *свободи спадкування* (інші назви даного принципу: свободи вибору у спадкоємців, яких закликають до спадщини, свободи здійснення спадкових прав, надання спадкоємцю права на спадкування). Даний принцип певною мірою протиставляється принципу свободи заповіту, надаючи спадкоємцю можливість погодитись на спадкування або відмовитись від нього, а у випадку закликання одночасно за кількома підставами (за заповітом і за законом або в порядку спадкової трансмісії тощо) – прийняти спадщину на будь-якій з підстав на його розсуд, а, може, домовитись з іншими спадкоємцями про зміну розміру часток у спадщині тощо;

3) *універсальності спадкового правонаступництва*. Згідно з цим принципом спадщина безпосередньо переходить від спадкодавця до спадкоємців у незмінному вигляді, як єдине ціле і в один і той же момент, незалежно від того, у кого знаходяться якісь об'єкти спадщини і чи відомо про них спадкоємцю в момент прийняття спадку;

4) *забезпечення прав та інтересів обов'язкових спадкоємців*. Інші назви даного принципу, які мають місце в юридичній доктрині: охорони прав та інтересів близьких спадкодавцеві осіб у поєднанні з правами та інтересами інших осіб; державно-правового захисту непрацездатних родичів і членів сім'ї заповідача; забезпечення права та інтересів обов'язкових спадкоємців з метою використання спадкового майна для забезпечення непрацездатних родичів і чоловіка (жінки) померлого;

5) *охорони самої спадщини від протиправних посягань* (інша назва: принцип охорони спадщини від будь-яких протиправних чи аморальних посягань) втілюється у закріпленні законом можливості вжиття заходів щодо збереження спадкового майна і виводиться із змісту ст.ст. 1283–1285 ЦК України;

6) *черговості закликання до спадщини при спадкуванні за законом*. Суть цього принципу, який виходить із змісту норм ст.ст. 1258, 1259, 1261–1265 ЦК України, полягає в тому, що до спадкування закликаються не всі особи, пов'язані родинними чи іншими юридичними зв'язками зі спадкодавцем, а групи таких осіб в порядку черговості, визначеної законом. При цьому кожна наступна черга спадкоємців за законом набуває право на спадщину лише у випадку відсутності спадкоємців попередньої черги, усунення їх від права на спадкування, неприйняття ними спадщини або відмови від її прийняття. Виняток з цього правила має місце при спадкуванні спадкоємцями, які закликаються до спадкування за правом представлення (ст. 1266 ЦК України);

7) *рівності спадкових часток при спадкуванні за законом* (інша назва принципу: принцип рівності спадкоємців за законом) поширює свій вплив тільки на відносини спадкування за законом і передбачає, що у випадку спадкування за законом спадкоємці однієї черги набувають право на спадщину в рівних частках. Це положення знайшло відображення у ст.ст. 1226, 1267, 1278 ЦК України. Виняток з цього правила має місце при спадкуванні спадкоємцями, які закликаються до спадкування за правом представлення (ст. 1266 ЦК України).

Із перелічених вище принципів слід віднести до категорії підгалузевих принципи свободи заповіту, свободи спадкування (свободи здійснення спадкових прав), універсальності спадкового правонаступництва та охорони спадщини від протиправних посягань, оскільки вони обумовлюють розвиток і функціонування усього спадкового права, визначають його специфіку як підгалузі цивільного права.

Інші принципи: забезпечення прав та інтересів обов'язкових спадкоємців, черговості закликання до спадщини при спадкуванні за законом, рівності спадкових часток при спадкуванні за законом, на нашу думку, слід віднести до інституційних, зважаючи на те, що вони характеризують цивільно-правовий інститут спадкування.

На підставі викладеного вище можна зробити висновок, що принципи спадкування класифікуються на загально-цивільні (галузеві), які поширюють свою дію на всі цивільні правовідносини, в тому числі й на спадкові; принципи спадкового права (підгалузеві), які поширюють свою дію виключно на сферу спадкування; інституційні принципи спадкового права, предметом регулятивного впливу яких виступають окремі види спадкових правовідносин чи окремі інститути спадкового права, в тому числі інституційні принципи спадкування.

Аналіз чинного законодавства України, з огляду на визначений в ході дослідження перелік ознаки принципів права, дав змогу визначити наступний перелік принципів спадкування в цивільному праві України:

1. *Загально-цивільні (принципи цивільного права)*: принцип юридичної рівності (ст.ст. 1267, 1278 ЦК); принцип вільного волевиявлення чи диспозитивності; справедливості, добросовісності та розумності; неприпустимість позбавлення права власності, крім випадків, встановлених Конституцією України та законом тощо.

2. *Принципи спадкового права (підгалузеві)*: принцип свободи заповіту (ст.ст. 1228, 1234–1237, 1240, 1242–1244, 1246, 1286 ЦК України); принцип свободи спадкування (здійснення спадкових справ) (ст.ст. 1223, 1245, 1268, 1271, 1273, 1278, 1279, 1286, 1296 ЦК); принцип універсального спадкового правонаступництва (ст.ст. 1218–1219 ЦК); принцип охорони спадщини від протиправних посягань (ст.ст. 1283, 1285 ЦК).

3. *Інституційні принципи спадкування*: принцип черговості закликання до спадщини при спадкуванні за законом (ст.ст. 1258, 1259, 1261–1265 ЦК); принцип рівності спадкових часток при спадкуванні за законом (ст.ст. 1226, 1267, 1278 ЦК), пріоритету спадкування за заповітом (ст. 1223 ЦК України). принцип забезпечення прав та інтересів обов'язкових спадкоємців (ст.ст. 1241, 1260, 1276, 1279 ЦК).

- ¹ Явич Л. С. Общая теория права / Л. С. Явич. – Л. : Изд-во Ленинград, ун-та, 1976. – С. 150. Режим доступу: <http://www.kursach.com/biblio/0010014/306.htm>
- ² Цивільне право України. Загальна частина: Підручник / За ред. І. А. Бірюкова, Ю. О. Заїки. – К.: КНТ, 2006. – 480 с. – С. 343–344.
- ³ Наследственное право / Отв. ред. К. Б. Ярошенко. – М.: Волтерс Клувер, 2005. – 268 с. – С. 33.
- ⁴ Там само. – С. 33.
- ⁵ Там само. – С. 34.
- ⁶ Там само. – С. 34.
- ⁷ Там само. – С. 34–35.
- ⁸ Достдар Р. Принципи спадкового права // Підприємство господарство и право. – 2008. – № 112. – С. 6–8.
- ⁹ Там само.
- ¹⁰ Піцик Х. З. Права та обов'язки спадкоємця і спадкодавця при спадкуванні за законом: Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. – Івано-Франківськ, 2012. – С. 164.
- ¹¹ Гришаев С. П. Наследственное право [Электронный ресурс] / С. П. Гришаев. – [Б. м.] : Система Гарант, 2005. – Б. ц.
- ¹² Гражданское право: учеб.: в 3 т. Т. 3 – 4-е изд., перераб. и доп. / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2005. – 784 с. – С. 650.
- ¹³ Цивільне право України: Підручник: У 2-х кн. / За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. – К.: Юрінком Інтер, 2004. – Кн. 2. – 640 с. – С. 569–570.
- ¹⁴ Оформлення права на спадщину: навчально-методичний посібник. – Х.: Харків юридичний, 2010. – 660 с. – С. 8.
- ¹⁵ Заїка Ю. О. Становлення та розвиток спадкового права України: Дис. ... докт. юрид. наук: 12.00.03. – К., 2007. – 415 с. – С. 41.

Резюме

Оксанюк Н. М. Класифікація принципів спадкування.

У статті проаналізовано сутність принципів спадкування, їх взаємопов'язаність та класифікація. Визначено основні підходи до класифікації принципів та їх сутності. Конкретизовано їх поділ на загальні принципи, підгалузеві та інституційні.

Ключові слова: спадкування, класифікація, принципи, спадкування, спадкове право, види, інститути, підгалузь.

Резюме

Оксанюк Н. М. Классификация принципов наследования.

В статье проанализирована сущность принципов наследования, их взаимосвязь и классификация. Определены основные подходы к классификации принципов и их сущности. Конкретизированы их разделение на общие принципы, подотраслевые и институциональные.

Ключевые слова: наследование, классификация, принципы, наследование, наследственное право, виды, институты, подотрасль.

Summary

Oksanyuk N. Classification principles of inheritance.

In the article the essence of the principles of inheritance, their interconnectedness and classification. The basic approach to classification principles and their essence. Concretized their division into general principles, industries and institutional.

Key words: inheritance, classification, principles of succession, inheritance law, types, institutions, industries.

УДК 347.6

Н. М. СТАРІКОВА

Наталія Миколаївна Старікова, аспірантка Харківського національного університету внутрішніх справ

ДОПОМІЖНІ РЕПРОДУКТИВНІ ТЕХНОЛОГІЇ: ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВИЙ ВИМІР

За роки незалежності кількість українців скоротилася з 52 до 43 мільйонів людей. Чисельність наявного населення в Україні, за різними оцінками, на 1 серпня 2014 р. становила 42981,9 тис. осіб¹. За прогнозами ООН, населення України через 10 років скоротиться до 36–38 млн осіб, а через 50 років знизиться до 12 мільйонної позначки. Однак тенденція щодо депопуляції є не тільки українською проблемою – вона властива всім європейським країнам і є частиною об'єктивного процесу глобалізації².

За умов вимирання нації демографічна проблема стає об'єктом дослідження юристів. Наприклад, європейці переконані, що демографічні процеси обов'язково потребують регулювання з боку держави. Позицію нашої країни щодо даного питання можна проілюструвати на прикладі концепції демографічного розвитку України, розробленої відповідно до завдань Послання Президента України до Верховної Ради України «Про

внутрішнє і зовнішнє становище України у 2002 році», на виконання рекомендацій парламентських слухань «Демографічна криза в Україні: її причини та наслідки», схвалених Постановою Верховної Ради України від 05.06.2003 р. № 940-IV, та доручення Кабінету Міністрів України від 29.11.2003 р. № 69514. Науковці та громадськість з відповідальністю поставились до завдання держави і розробили концепцію³, розпорядженням Кабінету Міністрів України від 08.10.2004 р. № 724 ця концепція була схвалена, а Постановою Кабінету Міністрів України від 24.06.2006 р. № 879 була замінена на Стратегію демографічного розвитку в період до 2015 року. Стратегія, як і концепція, серед інших складових покращення демографічної ситуації в країні називає збереження й поліпшення здоров'я сімей, у тому числі репродуктивного, а також підвищення рівня культури репродуктивної поведінки як одного з головних факторів⁴. Бо проблема безпліддя в усьому світі має не тільки медичне, а й соціально-демографічне значення.

Як подолати безпліддя? Сьогодні наука пропонує використання допоміжних репродуктивних технологій, тобто таких технологій, що базуються на маніпуляціях з гаметами* поза організмом людини з метою запліднення та народження дитини. Уже майже 30 років, а якщо бути точним, то з 1987 р.⁵, ці технології застосовуються в Україні, проте достатнього законодавчого оформлення так і не отримали, на відміну від, скажімо, європейських країн. Саме лояльністю українського законодавства щодо репродуктивної медицини, пояснюється поширення зазначених технологій у нашій країні, адже більшість держав світу законодавчо обмежують використання біомедичних технологій, а також посередницьких послуг щодо них.

Подолання безпліддя стало можливим завдяки стрімкому розвитку біології, генетики та медицини, відкриттям, що були зроблені за останнє століття в галузі ембріології, цитології, молекулярної біології. Проте у цих досягнень є і зворотний бік: їх застосування змушує людство вирішувати низку морально-етичних та правових проблем, що постають унаслідок тих трансформацій, яких зазнає суспільство під впливом науково-технічного прогресу. Насамперед це стосується відповідальності, яка відповідно до Загальної декларації про геном людини та права людини покладена на наукових працівників взагалі та лікарів зокрема. Від останніх очікують вимогливості, обережності, чесності та неупередженості на всіх рівнях їх діяльності, починаючи з проведення наукових досліджень та завершуючи представленням і використанням їх результатів. Це безпосередньо стосується й осіб, що в державному та приватному секторах приймають політичні рішення щодо науки. Декларується, що держава повинна гарантувати дотримання прав людини і основних свобод, повагу людської гідності, а також охорону здоров'я людини⁶.

Історія допоміжних репродуктивних технологій, зокрема штучної інсемінації, розпочинається наприкінці XVIII ст., коли італієць Л. Спалацці (Lazaro Spalacci) штучно запліднив собаку. У 1790 р. шотландець Д. Хантер (John Hunter) здійснив внутрішньоматкову інсемінацію жінки. Проте початок широкомасштабних досліджень припадає на середину XX ст. Відтоді як у 1944 р. в США розпочалися перші спроби щодо запліднення яйцеклітин людини поза її організмом (*in vitro*), до отримання перших результатів пройшло 30 років. Австралійський гінеколог К. Вуд (Edwin Carlyle Wood), очоливши групу з екстракорпорального запліднення (ЕКЗ) університету Монаш (м. Мельбурн) у 1973 р., почав отримувати результати – перше вдале запліднення, перша дитина... Сьогодні його називають хрещеним батьком ЕКЗ⁷. А у 1997 р. британський ембріолог І. Уілмут (Ian Wilmut), професор Рослінського інституту (м. Единбург), ознайомив світ з результатом клонування вівці Доллі. Сьогодні ж генетики Південної Кореї пропонують багатим клієнтам клонувати їх домашніх улюбленців.

Проте не всі були в захваті від досягнень науки. Нетрадиційний підхід до подолання безпліддя не міг задовольнити насамперед церкву, бо з ним людина втрачала благоговіння перед таїнством і дивом зачаття людського життя. Народження дитини є Божим промислом, у якому бере участь людина, користуючись своїм божественним правом, яке визнається не лише релігійною спільнотою – його намагаються проголосити навіть п'ятим поколінням прав людини⁸. Зачаття нового життя є результатом об'єднання любові чоловіка та жінки, де присутня енергія думки, спрямована на появу дитини⁹. Натомість науковці, зазирнувши всередину процесу за допомогою технічних досягнень, позбавили людство відчуття дива при зародженні людини. Як наслідок, науковий і технологічний прогрес став поштовхом до перегляду традиційних цінностей, що, у свою чергу, породило не більш і не менш як світоглядну кризу, але до звичного протистояння церкви і науки цього разу додалася ще ціла низка етичних, моральних і, головне, правових проблем.

Як і все нове, репродуктивні технології просуваються тернистим шляхом на якому є і здобутки, і помилки та поразки. Відносно невисокий показник результативності допоміжної репродукції дозволив окремим правникам у різних країнах світу порушувати питання про доцільність широкого практичного застосування цих технологій, до того ж їх підтримав міжнародний феміністичний рух, представники якого вважають, що ми маємо справу з експериментами на жіночому організмі і навіть з технологічною агресією проти жінок. Особливо це стосується подолання чоловічої субфертильності за допомогою екстракорпорального запліднення, бо в цьому випадку йдеться про використання жіночого організму для відновлення чоловічого функціонала, замість того щоб безпосередньо лікувати чоловіка. Противники сучасних репродуктивних техноло-

* Гамети (від грец. gamete – дружина, gametes – чоловік) – статеві (репродуктивні) клітини тварин та рослин, що при злитті забезпечують розвиток нової особи і передачу спадкових ознак від батьків нащадкам. Гаметам притаманний одинарний (гаплоїдний) набір хромосом, що забезпечується складним процесом гаметогенезу. Дві гамети, що належать особам різної статі, зливаючись, при заплідненні утворюють зиготу, отримуючи в такий спосіб повний (зазвичай подвійний – диплоїдний) набір хромосом, що дає початок новому організму.

гій застерігають і від маніпулювання з природою людини, коли мова йде про обрання статі, гено- і фенотипічних ознак, «молекулярний кошмар», появу матерів похилого віку тощо¹⁰.

Насправді більшість звинувачень щодо репродуктивних технологій є емоційними, породженими страхом невідомого. З таким же успіхом можна заперечувати використання вогню, бо окрім тепла і світла, він може і знищувати. Тому, переконавшись у корисності новітніх технологій, треба передусім подбати про цивілізоване їх застосування. І саме право є тим запобіжником, який зможе вберегти людство від зловживань у цій сфері та дозволить ефективно використати потенційні можливості, бо породжені появою біомедичних технологій проблеми тісно пов'язані з правовими питаннями, що стосуються захисту та гарантій прав людини, а саме права на життя та забезпечення свободи вибору в питаннях приватного життя. Право людини на приватне життя, яке охоплює право мати сім'ю, потомство і в той же час не залежати від урядових інституцій, є фундаментальним правом визнаним Загальною декларацією прав людини¹¹. У третьому тисячолітті розпочався перехід до нової соціально-культурної парадигми, що тягне за собою розбудову нового праворозуміння, яке спирається на більш глибокі уявлення про саму людину та її права.

Наука стрімко рухається вперед і це є її властивістю – відкривати нове, проте як міжнародне право, так і національне законодавство окремих держав не встигають за біомедичними досягненнями. У 1997 р. ЮНЕСКО запропонувала міжнародній спільноті Загальну декларацію про людський геном і права людини, проте впливу на національне законодавство окремих держав вона не мала і не має. У цьому ж році в іспанському місті Ов'єдо була підписана Європейська конвенція про права людини і біомедицину¹². Саме цей міжнародно-правовий акт можна вважати першою спробою захистити людину від всіляких зловживань біомедичними технологіями. Проте конвенція ініціювалася з метою створити правове підґрунтя для багатьох європейських країн з різною історією, звичаями та традиціями, що обумовило надання національному законодавству майже необмежених можливостей – від широкого використання до повної заборони.

Яку ж позицію обрала Україна? Більшість правових питань так і не знайшли свого вирішення в чинному законодавстві. Чинні правові норми є фрагментарними, абстрактними і лише позначають наявність предмета правового регулювання. Так, стаття 281 Цивільного кодексу України на національному рівні розкриває в цивільному вимірі право людини на життя. Одним з аспектів цього права є можливість жінки або чоловіка, які мають відповідні медичні показання, звернутися до лікувальних програм допоміжних репродуктивних технологій згідно з порядком та умовами, встановленими законодавством. У свою чергу ст. 123 Сімейного кодексу України визначає походження дитини, народженої в результаті застосування допоміжних репродуктивних технологій. Проте найбільш давньою є стаття, присвячена допоміжним репродуктивним технологіям, що міститься в Основах законодавства України про охорону здоров'я і розглядає штучне запліднення та імплантацію ембріона. З'явившись у 1992 р., перша редакція вказаної статті, скоріше, продукувала питання, ніж надавала відповіді на них. За яких умов і хто може мати доступ до технологій допоміжної репродукції? Тільки жінка чи й чоловік теж? Лише жінки фертильного віку чи й старші? Тільки подружжя, що уклало шлюб, чи достатньо фактичних стосунків? Які права мають одностатеві пари? Як розуміти поняття «медичне показання»? Певною мірою це можна пояснити тим, що і світова юриспруденція теж перебувала в теоретичному та практичному пошуку¹³. На жаль, і чинна редакція цієї статті не дає відповіді на перелічені питання. До цього слід додати й майже відсутність теоретичних досліджень щодо правових проблем, пов'язаних з біомедициною в галузі подолання безпліддя¹⁴. Бракувало й усталених правових позицій з принципових питань.

У цьому стані невизначеності законодавець вирішив доручити урегулювати дані питання на відомчому рівні, а саме залучити Міністерство охорони здоров'я України. У лютому 1997 р. Міністерство своїм наказом затвердило Умови та порядок застосування штучного запліднення та імплантації ембріона (ембріонів) та методів їх проведення¹⁵, які, спираючись на ст. 48 Основ законодавства України про охорону здоров'я, визначили поняття штучного запліднення, висвітливши два його методи – інсемінацію жінок спермою та метод екстракорпорального запліднення. У 2008 р., вже спираючись на статті нових Цивільного та Сімейного кодексів, які, на відміну від Основ, використовували термін «допоміжні репродуктивні технології», Міністерство охорони здоров'я затвердило інструкцію про порядок застосування цих технологій¹⁶. Сьогодні МОЗ України як центральний орган виконавчої влади, що забезпечує формування державної політики у сфері охорони здоров'я, пропонує українцям Порядок застосування допоміжних репродуктивних технологій в Україні¹⁷, який, як і його попередні редакції, ґрунтується на тих самих трьох статтях законодавства.

Отже, виникає ситуація, коли при майже незмінних нормах чинного законодавства наявна динаміка розвитку підзаконного нормативного акта, який виступає основним регулятором щодо застосування допоміжних репродуктивних технологій та намагається відповісти на всі питання і, більш того, обумовити алгоритм використання біомедичних технологій.

Як уже зазначалося, ЦК України розглядає допоміжну репродукцію в контексті права людини на життя – права, яке є найважливішим соціальним благом, невід'ємним від сукупності прав і свобод людини і громадянина, бо всі інші права в разі смерті людини втрачають своє значення. Також треба враховувати і зв'язок цього права з національною безпекою та умовами існування власне держави. Отже, у сукупності право на життя є важливим інструментально-інституційним явищем політико-правової реальності.

Саме значущістю життя можна пояснити ту кількість питань, яка постає перед законодавцем і правозастосовною практикою щодо правового змісту та критеріїв еталона функціонування життя, а саме початку і кінця життя людини, механізму охорони і захисту різних аспектів існування особистості. Ані наука, ані чинне законодавство України не дають відповіді на питання щодо норми функціонування життя. І цивільно-правова

доктрина, і власне законодавство уникають прямої відповіді. А втім, враховуючи неоднозначне ставлення різних верств населення і релігійних конфесій у цілому до права на життя, і особливо до нових методів долання безпліддя, необхідно докласти зусиль щодо визначення в цивільному праві змісту та критеріїв функціонування життя людини від його початку і до кінця. Сучасний рівень розвитку біомедичних технологій та їх вплив на суспільні відносини не дозволяє задовольнитися існуючою нормативною базою, а отже, існує нагальна потреба в розробленні і законодавчому врегулюванні діяльності в галузі допоміжних репродуктивних технологій.

¹ Соціально-економічне становище України за січень–серпень 2014 року [Електронний ресурс] : Повідомлення Державної служби статистики України. – Режим доступу: http://www.ukrstat.gov.ua/druk/soc_ek/2014/publ_08_2014_u.html

² State of the World's Cities 2012/2013 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://mirror.unhabitat.org/pmss/listItemDetails.aspx?publicationID=3387>

³ Концепція демографічного розвитку України на 2005–2015 рр. – К. : Консультант, 2004.

⁴ Про затвердження Стратегії демографічного розвитку в період до 2015 року [Електронний ресурс]: Постанова Кабінету Міністрів України від 24.06.2006 № 879. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/879-2006-p>

⁵ Про затвердження Умов та порядку застосування штучного запліднення та імплантації ембріона (ембріонів) та методів їх проведення [Електронний ресурс]: наказ Міністерства охорони здоров'я України від 04.02.1997 р. № 24. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/z0058-97>

⁶ Всеобщая декларация о геноме человека и правах человека от 11.11.1997 г. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_575

⁷ Див.: Сайт Monash University [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.monash.edu.au>

⁸ *Ивентьев С. И.* Четвёртое и пятое поколение прав человека / С. И. Ивентьев // Гуманитарные науки : сб. науч. тр. Ч. II. – Караганда : Изд. КарГУ, 2010. – С. 47–49.

⁹ *Лазарев С. Н.* Человек будущего. Воспитание родителей. Ответы на вопросы / С. Н. Лазарев. – СПб. : ООО «Глобус», 2009. – С. 97.

¹⁰ *Пересада О. А.* Вспомогательные репродуктивные технологии: этические и юридические проблемы / О. А. Пересада, А. В. Лебедев // Медицинские новости. – 2005. – № 6. – С. 5–11.

¹¹ Загальна декларація прав людини : прийнята і проголошена резолюцією 217 А (III) від 10 грудня 1948 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_015

¹² Конвенція про захист прав та гідності людини у зв'язку з використанням досягнень біології та медицини: Конвенція про права людини та біомедицину, Ов'єдо, 4 квітня 1997 року № ETS/164 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_334

¹³ Див.: *Хазова О. А.* Правовые аспекты применения вспомогательных репродуктивных технологий в России / О. А. Хазова // Современное медицинское право в России и за рубежом : сб. науч. тр. / отв. ред. Дубовик О. Л., Пивоварова Ю. С. – М. : Изд-во ИНИОН РАН, 2003. – С. 200.

¹⁴ Див.: *Головащук А. П.* Допоміжні репродуктивні технології як спосіб реалізації права на материнство / А. П. Головащук // Верховенство права, законність та права людини: Міжнародна науково-практична конференція, м. Київ, 28–29 червня 2012. – К. : Центр правових наукових досліджень, 2012. – С. 32; *Головащук А. П.* Правове регулювання допоміжних репродуктивних технологій / А. П. Головащук // Часопис Київського університету права. – 2013. – № 2. – С. 189–191; *Наші сусіди більш активно цікавляться цією проблематикою, див.: Стрижаків А. Н.* Избранные лекции по акушерству и гинекологии / А. Н. Стрижаків, А. И. Давыдов, Л. Д. Белоцерковцева. – Ростов н/Д : Феникс, 2000. – 512 с.; *Романовский Г. Б.* Право на суррогатное материнство как правотворческая ошибка семейного законодательства РФ / Г. Б. Романовский // Правотворческие ошибки: понятие, виды, практика и техника устранения в постсоветских государствах : материалы Междунар. научно-практ. круглого стола (29–30 мая 2008 г.). – М. : Проспект, 2009. – С. 890–903; *Самойлова В. В.* Семейно-правовые аспекты реализации репродуктивных прав при применении вспомогательных репродуктивных технологий : монография / В. В. Самойлова. – М. : МЭСИ, 2012. – 159 с.; *Шибина А.* Реализация права на материнский (семейный) капитал лицами, воспользовавшимися вспомогательными репродуктивными технологиями / Шибина А. // Законность. – 2012. – № 2. – С. 47–50; *Павлова Ю. В.* Современный правовой режим реализации репродуктивного права человека на применение вспомогательных репродуктивных технологий / Ю. В. Павлова // Медицинское право. – 2013. – № 6 (52). – С. 27–32; *Афанасьев С. Ф.* Процессуальный правовой аспект возбуждения и рассмотрения судами дел о применении вспомогательных репродуктивных технологий / С. Ф. Афанасьев // Право. Законодательство. Личность. – Саратов: Изд-во ГОУ ВПО «Саратовская государственная академия права», – 2013. – № 1 (16). – С. 7–12.

¹⁵ Про затвердження Умов та порядку застосування штучного запліднення та імплантації ембріона (ембріонів) та методів їх проведення [Електронний ресурс]: наказ Міністерства охорони здоров'я України від 04.02.1997 р. № 24. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/z0058-97>

¹⁶ Про затвердження Інструкції про порядок застосування допоміжних репродуктивних технологій [Електронний ресурс]: наказ Міністерства охорони здоров'я України від 23.12.2008 р. № 771. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/z0263-09>

¹⁷ Про затвердження Порядку застосування допоміжних репродуктивних технологій в Україні [Електронний ресурс]: наказ Міністерства охорони здоров'я України від 09.09.2013 р. № 787. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/z1697-13>

Резюме

Старікова Н. М. Допоміжні репродуктивні технології: цивільно-правовий вимір.

У контексті демографічної ситуації, що склалася в Україні, у статті аналізується стан правового регулювання нових медичних репродуктивних технологій. Розглядається ступінь дослідження цієї проблеми і стан нормативно-правової бази. Окреслюється коло питань, що потребують законодавчого врегулювання.

Ключові слова: допоміжні репродуктивні технології, біотехнології, гендер, демографія запліднення *in vitro*.

Резюме

Старикова Н. Н. Вспомогательные репродуктивные технологии: гражданско-правовой контекст.

В контексте демографической ситуации, сложившейся в Украине, в статье анализируется состояние правового регулирования новых медицинских репродуктивных технологий. Рассматривается степень исследования данной проблемы и состояние нормативно-правовой базы. Очерчивается круг вопросов, требующих законодательного урегулирования.

Ключевые слова: вспомогательные репродуктивные технологии, биотехнологии, гендер, демография, оплодотворение *in vitro*.

Summary

Starikova N. Assisted Reproductive Technology: civil-law context.

In the context of Ukrainian demographic situation, the article examines the state of legal regulation of new medical reproductive technologies. The problem of infertility in the whole world has not only medical but also socio-demographic coloring. One of the factors to improve the demographic situation in the country is to maintain both reproductive and general health of families, to raise the cultural level of reproductive behavior.

Key words: assisted reproductive technology, biotechnologies, gender, demography, fertilization *in vitro*.

УДК 340.1; 343.1

Т. С. ХОРОША

Тетяна Сергіївна Хороша, аспірантка Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України

РЕАЛІЗАЦІЯ КОНВЕНЦІЙ РАДИ ЄВРОПИ З ПИТАНЬ СПАДКУВАННЯ В ПРАВОВІЙ СИСТЕМІ УКРАЇНИ

Однією з найважливіших гарантій права приватної власності є спадкування, яке, у свою чергу, забезпечує високий рівень культури приватного права і демонструє тим самим особливості тієї чи іншої правової системи в сучасному світі.

Звідси в багатьох сучасних конституціях визнання права приватної власності супроводжує, як невід'ємний елемент, визнання права спадкування. Регулювання спадкування нормами національного матеріального права забезпечується багатьма історично сформованими правовими інститутами, які від країни до країни відрізняються ступенем детальності регулювання, конкретним складом інститутів і деякими іншими параметрами.

Високий рівень мобільності сучасної людини ставить перед національними правопорядками завдання вибору найбільш адекватних способів регулювання спадкування в тих випадках, коли фактичний склад відносин з спадкоємства ускладнюється іноземним елементом. Велика розмаїтість підходів до визначення права, що підлягає застосуванню до спадкування з іноземним елементом, що вже саме по собі викликає численні колізії і проблеми, є одним з ключових аргументів, що визначають актуальність дослідження конкретних моделей регулювання спадкування з іноземним елементом і пошуку передумов універсальних перевірених практикою способів визначення застосовуваного права, що регулює спадкові відносини.

При цьому сильний стримуючий вплив на процес уніфікації підходів у сфері спадкування з іноземним елементом справляють різні фактори, як то консерватизм спадкового права, політичні мотиви, відмінності в змісті і складі інститутів, що регулюють спадкові відносини¹.

При цьому підвищення мобільності сучасної людини завдяки розвитку можливостей переміщення з однієї країни в іншу визначає вектор розвитку або прогресивної зміни національних особливостей регулювання спадкування з іноземним елементом в напрямку уніфікації міжнародних стандартів у цій галузі.

У даний час продовжується інтеграція України в світову спільноту, зростає обсяг транскордонного переміщення капіталу, інтенсивно здійснюється міждержавне переміщення осіб, що припускає збільшення приватно-правових відносин за участю іноземного елемента.

Кількість спадкових справ за участю іноземців збільшується. Це підтверджує судова, нотаріальна та адвокатська практика.

Правовий механізм Європейського союзу є унікальним явищем, дослідженню якого присвячена велика кількість наукових робіт. У цілому ж вивченню різних правових аспектів діяльності Ради Європи приділяли увагу такі відомі вітчизняні та закордонні вчені, як Ф. Албанезе, М. Баймурагов, Ф. Бенуа-Ромер, Дж.-Л. Бурбан, М. Буроменський, В. Буткевич, О. Задорожній, О. Зайчук, Л. Ентін, П.-Х. Імбер, А. Капустин, Г. Клебес, І. Лукашук, Л. Луць, В. Мармазов, Я. Маленовські, Т. Маркерт, В. Мицик, С. Тускоз, Е. Хаас, Т. Хартлі, Б. Халлер, Е. Харремос, Д. Хюбер, С. Шевчук, П. Шідер, У. Швіммер та ін.

Аналіз дисертаційних праць, які було захищено протягом попередніх десяти років в Україні та Росії, також свідчить про те, що дослідники віддавали перевагу вивченню тільки окремих спеціальних питань,

пов'язаних із діяльністю Ради Європи, а саме: ролі Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод (К. Андріанов, 2003 р.², О. Климович, 2010 р.³); діяльності Європейського суду з прав людини (В. Капустинський, 2006 р.⁴); захисту права власності (А. Яковлев, 2009 р.⁵); виконанню зобов'язань України перед Радою Європи (М. Анісімова, 2001 р.⁶); приватно-правовим конвенціям Ради Європи (С. Теуш, 2003 р.⁷) тощо.

Та варто зауважити, що найбільш відомі праці вчених у цій царині направлені перш за все на Європейську конвенцію про захист прав людини та основних свобод та практику Європейського суду з прав людини. У свою чергу, Конвенції Ради Європи щодо регулювання міжнародного спадкування вивчені фрагментарно.

Рада Європи – одна з найбільш впливових регіональних міжнародних політичних організацій. 5 травня 1949 р. Бельгія, Данія, Ірландія, Італія, Люксембург, Нідерланди, Норвегія, Великобританія, Франція і Швеція підписали Статут Ради Європи, в якому проголосили мету побудувати єдину Європу, засновану на принципах свободи, демократії, захисту прав людини і верховенства закону.

Рада Європи за час свого існування напрацювала величезну законодавчу базу – більш ніж 200 договорів, що регулюють найрізноманітніші аспекти світової політики. Унікальність Ради Європи полягає в існуванні контрольних механізмів над виконанням положень конвенцій, центральним з яких є Європейський суд з прав людини в Страсбурзі, який діє на субсидіарній основі і забезпечує реальне дотримання положень Європейської конвенції про захист прав людини і основних свобод 1950 року.

Важливою особливістю інституту захисту прав людини в Раді Європи є наявність дієвого механізму реалізації розроблених стандартів. Центральною ланкою цього механізму, безсумнівно, є Європейська конвенція про захист прав людини і основних свобод 1950 р., на підставі якої створено Європейський Суд з прав людини, і Протоколи до неї.

Особливу цінність представляє право Суду розглядати індивідуальні скарги громадян на порушення їх прав і свобод в рамках держави. Крім того, Конвенція і Протоколи до неї містять широкий перелік громадянських, політичних, економічних і соціальних прав та свобод, який служить стимулом для держав-членів Ради Європи закріпити гарантії цих прав у національному законодавстві. Підписання та ратифікація Європейської конвенції є обов'язковими для приєднання до Ради Європи.

Виконання європейських стандартів – це активна діяльність держави, спрямована на реформування законодавства для приведення його у відповідність з європейськими стандартами, що містяться або в конвенціях або в рекомендаційних актах органів Ради Європи, способами, закріпленими в законодавчих імплементаційних механізмах.

Використання європейських стандартів – форма, застосовна для реалізації стандартів, закріплених в конвенції, так і в документах органів Ради Європи, що вимагає активної правотворчої та правозастосовчої діяльності відповідних органів держав. Відмінність виконання від використання, на думку А. Б. Венгерова, з яким можна погодитися, полягає в тому, що перша форма означає виконання зобов'язань, тоді як друга – право законотворчих і судових органів відповідно використовувати європейські стандарти при розробці законодавства або посилатися на них при розгляді справ⁸.

Конституцією України (п. 32 ст. 85⁹) визначено, що Верховна Рада України надає згоду на обов'язковість міжнародних договорів України. І відповідно до ст. 9 Закону України «Про міжнародні договори України» Конвенції Ради Європи підлягають ратифікації.

Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод була підписана 4 листопада 1950 р. в м. Римі та ратифікована Верховною Радою України 17 липня 1997 р. з деяким застереженнями¹⁰. У Конвенції та Протоколах до неї держави-члени Ради Європи домовились забезпечити для свого населення громадянські та політичні права і свободи, проте прав щодо спадкування там не передбачено.

Згідно з Першим протоколом¹¹ (підписаним 20.03.1952 р.), який Україна ратифікувала 17 липня 1997 р.¹², кожна фізична або юридична особа має право мирно володіти своїм майном (ст. 1). Варто зазначити, що право власності відноситься до основних прав, охоронюваних сучасним демократичним правопорядком. Гарантії реалізації цього права передбачені не тільки в національному законодавстві кожної окремої держави, а й на загальноєвропейському рівні.

Враховуючи, що метою Ради Європи є діяльність у сфері забезпечення гарантій людської гідності, ствердження таких фундаментальних цінностей, як демократія, права людини (в тому числі й майнові права) і верховенство права, побудови толерантного та культурного суспільства, доцільно б було додати у вищевказану конвенцію норми про право людини на успадкування майна та складання заповітів.

Варто зазначити, що Україна ратифікувала Європейську конвенцію про усиновлення дітей (переглянуто)¹³, вчинену 27 листопада 2008 р. у м. Страсбурзі, яка набрала чинності в Україні 1 вересня 2011 р. із застереженням до підпункту «а (ii)» п. 1 ст. 7: «Україна відповідно до п. 1 ст. 27 Конвенції залишає за собою право не дозволяти усиновлювати дитину двом особам різної статі, які перебувають у зареєстрованому партнерстві».

Для України запровадження цієї Конвенції вирішило питання щодо:

– запровадження сучасних правових стандартів у сфері усиновлення;

– забезпечення врахування інтересів дитини при її усиновленні;

– узгодження чинного законодавства України із законодавством держав-членів Ради Європи у сфері усиновлення;

– дотримання Україною європейських стандартів з метою захисту і забезпечення прав дитини, зокрема, коли йдеться про забезпечення права на сім'ю дитини, позбавленої батьківського піклування.

Проте умови спадкування усиновленими дітьми після свого усиновлювача в новій редакції конвенції прямо не встановлено.

Хоча в попередній версії в п. 5 ст. 10 Європейської конвенції про усиновлення дітей (відкриту для підписання 24 квітня 1967 р.) вказується, що коли йдеться про спадкоємство, у випадках, якщо законодавство надає народженій у дійсному шлюбі дитині право одержувати спадщину від батька чи матері, усиновлена дитина при вирішенні таких питань прирівнюється до дітей усиновителя.

У новій переглянутій Європейській конвенції про усиновлення дітей від 27 листопада 2008 р., у ст. 11 вказано, що внаслідок усиновлення дитина стає повноправним членом сім'ї усиновлювача (усиновлювачів) і має стосовно усиновлювача (усиновлювачів) та його або їхньої сім'ї такі самі права й обов'язки, як і діти усиновлювача (усиновлювачів), батьківство яких встановлено законом.

Тобто можна розуміти, що в цьому випадку усиновлена дитина при вирішенні питань спадкоємства прирівнюється до дітей усиновителя.

Крім вищенаведених Конвенцій, в Україні ратифіковано¹⁴ Європейську конвенцію про правовий статус дітей, народжених поза шлюбом¹⁵, вчинену 15 жовтня 1975 р. в м. Страсбурзі. Відповідно до ст. 9 Конвенції, дитина, народжена поза шлюбом, має таке саме право на успадкування майна своїх батька й матері, а також члена сім'ї та родича з боку батька або матері, як і дитина, народжена в шлюбі.

Доцільно встановити схожу норму в ст. 1261 «Перша черга спадкоємців за законом» Цивільного кодексу України. Така норма спрямована на покращення правового статусу дітей, народжених поза шлюбом, шляхом зменшення правових і соціальних відмінностей у правовому статусі цих дітей та дітей, народжених у законному шлюбі.

Це сприятиме імплементації норм і стандартів Ради Європи у сфері забезпечення прав дітей (в тому числі на успадкування майна) та підвищенню іміджу нашої держави на міжнародній арені як країни, яка забезпечує ефективне дотримання та здійснення прав дітей.

У спадкових правовідносинах наявність реєстру заповітів дає можливість відстежити будь-який заповіт і розпорядження на випадок смерті заповідача і забезпечити їх виконання. За фактом незнайдений заповіт визнається неіснуючим. Рада Європи, маючи на увазі переваги системи реєстрації заповітів і будучи переконана в тому, що така система полегшить пошук заповітів, складених за кордоном, прийняла Базельську конвенцію про створення системи реєстрації заповітів 16 травня 1972 р., яка для України набрала чинності 31 грудня 2010 р.¹⁶

Конвенція встановила у відносинах між державами-учасниками універсальний режим реєстрації заповітів і принцип обміну інформацією про них.

Конвенція передбачає створення в кожній Договірній державі реєстру, що дозволяє заповідачеві зареєструвати свій заповіт не тільки в державі його проживання, а й в інших країнах-учасницях і уникнути ситуації, коли про заповіт не буде відомо в іншій державі, наприклад, за місцем знаходження спадкового майна.

Конвенція містить основоположний принцип пошуку заповітів. Він полягає в тому, що кожна країна-учасниця самостійно веде свій національний реєстр заповітів, а міжнародний пошук відбувається шляхом обміну запитами та відповідями між національними уповноваженими органами, без відкриття доступу до національних реєстрів.

У кожній державі-учасниці призначається орган, компетентний після смерті заповідача передавати іншим державам інформацію про записи в національному реєстрі заповітів, а також приймати запити від органів, призначених в інших державах.

Як правило, це орган національного нотаріату або міністерства юстиції. Така заснована на національних реєстрах система обміну інформацією полегшує регулювання міжнародного спадкування за заповітом.

Базельська конвенція передбачає конфіденційність існування заповіту протягом періоду життя заповідача.

Тому ні зміст заповіту, ні його існування не повинно розкриватися до смерті заповідача. Забезпечення даної конфіденційності закріплено в перших двох абзацах ст. 8 Базельської конвенції, які передбачають наступне:

- реєстрація є конфіденційною протягом періоду життя заповідача;
- після смерті заповідача будь-яка особа може отримати інформацію, зазначену у ст. 7, по пред'явленні виписки із свідоцтва про смерть або будь-якого іншого прийнятого доказу смерті¹⁷.

Практично всі реєстри європейських країн відповідають першому із зазначених принципів, навіть якщо держава, в якій знаходиться реєстр, не підписала та/або не ратифікувала Базельську конвенцію. Вісімнадцять реєстрів вимагають пред'явлення свідоцтва про смерть, щоб особа могла отримати інформацію з реєстру. Однак порядок ведення реєстрів, за яким надання свідоцтва про смерть не вимагається, передбачає, що до таких реєстрів теж не звертатимуться до смерті заповідача.

У цих випадках сама організація процедури оформлення спадщини, як правило, вимагає втручання суду, що дозволяє упевнитися, що заповідач дійсно помер, перш ніж здійснювати пошук в реєстрі. Наприклад, в Австрії до реєстру має право звертатися тільки нотаріус, який діє у ролі «судового комісара». У даному контексті свідоцтво про смерть не є необхідним, оскільки смерть заповідача встановлена судом.

Конвенцію ратифікували 12 європейських держав. Першими в 1970-ті роки це зробили Франція, Бельгія, Нідерланди, Туреччина і Кіпр, в 1980-ті до них приєдналися Італія, Іспанія, Португалія та Люксембург, і вже в 2000-ті – пострадянські держави: Естонія, Литва, Україна. До держав, які підписали конвенцію без ратифікації, належать Німеччина, Данія і Великобританія.

В Україні спочатку нотаріатом був сформований і наповнений відомостями про заповіти національний реєстр, згодом він набув офіційного статусу шляхом прийняття національного закону про реєстр заповітів та ратифікації Базельської конвенції.

Стосовно застосування Конвенції в Україні у фахівців виникають питання.

Деякі вчені вважають, що Конвенція не передбачає державну реєстрацію спадкових договорів, а тільки заповітів. З такою точкою зору слід не погодитись, оскільки в ст. 11 Конвенції вказано, що кожна Договірною Державою має право на умовах, визначених нею, поширити систему реєстрації заповітів, передбачену цією Конвенцією, на будь-який інший заповіт, не зазначений у ст. 4, чи будь-який інший акт, який стосується переходу прав на майно в порядку спадкування.

Крім того, в законодавстві України існують інші вимоги до форми заповіту. Так, згідно зі статтею 1247 Цивільного кодексу України заповіт складається у письмовій формі, із зазначенням місця та часу його складення; заповіт має бути особисто підписаний заповідачем; якщо особа не може особисто підписати заповіт, він підписується в її присутності іншою особою відповідно до частини четвертої ст. 207 цього Кодексу; заповіт має бути посвідчений нотаріусом або іншими посадовими, службовими особами, визначеними у ст.ст. 1251–1252 Цивільного Кодексу України; заповіти підлягають державній реєстрації у Спадковому реєстрі.

Таким чином, власноручно складені на території України заповіти, але не посвідчені у визначеному законодавством України порядку, не мають юридичної сили. Проте мають юридичну силу власноручно складені заповіти на території Договірних Держав, передані на зберігання нотаріусу (або державному органу чи будь-якій особі, які за законом цієї Держави мають право приймати їх на зберігання) та зареєстровані на території відповідної Договірної Держави.

Отже, в статтю 1247 Цивільного кодексу України та частину першу статті 40 Закону України «Про нотаріат» необхідно внести певні доповнення стосовно форми заповіту, складеного на території Договірних Держав згідно з вимогами Конвенції про запровадження системи реєстрації заповітів. Це дозволить створити необхідні умови для виконання в Україні положень Конвенції про дію системи реєстрації заповітів; – дозволить узгодити Цивільний кодекс України та Закон України «Про нотаріат»¹⁸ із положеннями Конвенції про запровадження системи реєстрації заповітів; – сприятиме удосконаленню існуючого порядку здійснення обліку заповітів та спадкових справ.

Більш того, Конвенція не впливає на положення, які в кожній Договірній Державі стосуються дійсності заповітів й інших актів, зазначених у цій Конвенції (ст. 10 Конвенції).

Вивчаючи інші норми, передбачені Європейською конвенцією про здійснення прав дітей, Конвенцією про юрисдикцію, право, що застосовується, визнання, виконання та співробітництво щодо батьківської відповідальності та заходів захисту дітей, Конвенцією про визнання і виконання рішень стосовно зобов'язань про утримання, Конвенцією про контакт з дітьми, Європейською конвенцією про визнання та виконання рішень стосовно опіки над дітьми та про поновлення опіки над дітьми, іншими Європейськими конвенціями (повний перелік договорів Ради Європи був взятий на офіційному сайті¹⁹ офісу Ради Європи в Україні), можна дійти висновку про відсутність в цих Конвенціях норм, які регулюють спадкові відносини.

Врахування найбільш важливих теоретичних та практичних результатів, одержаних в ході дослідження реалізації конвенцій Ради Європи з питань спадкування в правовій системі України, дозволяє сформулювати наступні пропозиції, спрямовані на вдосконалення чинного законодавства:

I. До Цивільного кодексу України, прийнятого Верховною Радою України у третьому читанні:

1. У статтю 1247 внести доповнення щодо форми заповіту та додати пункт 5 наступного змісту: «Згідно із вимогами Конвенції про запровадження системи реєстрації заповітів мають юридичну силу в Україні власноручно складені заповіти на території Договірних Держав, передані на зберігання нотаріусу (або державному органу чи будь-якій особі, які за законом цієї Держави мають право приймати їх на зберігання) та зареєстровані на території відповідної Договірної Держави».

2. Доповнити статтю 1261 Цивільного кодексу України пунктом 2 наступного змісту: «Відповідно до Європейської конвенції про правовий статус дітей, народжених поза шлюбом – дитина, народжена поза шлюбом, має таке саме право на успадкування майна своїх батька й матері, а також члена сім'ї та родича з боку батька або матері, як і дитина, народжена в шлюбі».

II. До Закону України «Про нотаріат»: внести доповнення до частини першої статті 40 пунктом 7 наступного змісту: «Згідно з вимогами Конвенції про запровадження системи реєстрації заповітів до нотаріально посвідчених заповітів (крім секретних) прирівнюються в Україні – власноручно складені заповіти на території Договірних Держав, передані на зберігання нотаріусу (або державному органу чи будь-якій особі, які за законом цієї Держави мають право приймати їх на зберігання) та зареєстровані на території відповідної Договірної Держави».

¹ *Самілюв Г. А.* Современные законодательные и доктринальные проблемы коллизионного регулирования наследственного правопреемства, осложненного иностранным элементом : автореферат дисс. ... канд. юрид. наук. Специальность 12.00.03 – гражданское право ; предпринимательское право ; семейное право ; международное частное право / Г. А. Самілюв ; науч. рук. О. В. Протопопова. – М., 2012. – 24 с.

² *Андріанов К. В.* Роль контрольного механізму Конвенції про захист прав і основних свобод людини в процесі реалізації її норм : Автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.11 / К. В. Андріанов; Київ. нац. ун-т ім. Тараса Шевченка. – К., 2003. – 18 с.

³ Климович Р. В. Конвенція про захист прав людини та основних свобод як складова внутрішнього права та особливості її застосування національними судами держав-членів Ради Європи [Рукопись] : автореф. дис. ... канд. юрид. наук [спец.] 12.00.11 «Міжнародне право» / О. В. Климович ; Інститут міжнародних відносин КНУ ім. Тараса Шевченка. – К., 2010. – 20 с.

⁴ Капустинський В. А. Вплив діяльності Європейського суду з прав людини на формування національних правозахисних систем і дотримання державами стандартів захисту прав людини [Текст] : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.11 / Капустинський Віктор Анатолійович ; Інститут законодавства Верховної Ради України. – К., 2006. – 20 с.

⁵ Яковлев А. А. Міжнародно-правове співробітництво у захисті права власності в системі Ради Європи [Текст] : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.11 / Яковлев Андрій Анатолійович ; Національна юридична академія України ім. Ярослава Мудрого. – Х., 2009. – 20 с.

⁶ Анісімова М. Ф. Зобов'язання України щодо прав людини у зв'язку зі вступом до Ради Європи : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.11 [Електронний ресурс] / М. Ф. Анісімова ; Київ. нац. ун-т ім. Тараса Шевченка. – К., 2001. – 16 с.

⁷ Теуш С. К. Приватноправові конвенції Ради Європи : Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / С. К. Теуш; Київ. нац. ун-т ім. Тараса Шевченка. – К., 2003. – 23 с.

⁸ Венгеров А. Б. Теория государства и права. 3-е изд. / А. Б. Венгеров. – М.: Юриспруденция, 2000. – 528 с.

⁹ Конституція України від 28.06.1996 № 254к/96-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – С. 141.

¹⁰ Закон України «Про ратифікацію Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, Першого протоколу та протоколів N 2, 4, 7 та 11 до Конвенції» від 17.07.1997р. № 475/97-ВР.

¹¹ Протокол до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод від 20.03.1952, № ETS N 009 // Практика Європейського суду з прав людини. Рішення. Коментарі, 2006, 00, № 2.

¹² Закон України «Про ратифікацію Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, Першого протоколу та протоколів N 2, 4, 7 та 11 до Конвенції» від 17.07.1997р. № 475/97-ВР // Відомості Верховної Ради України, 1997, № 40, ст. 263.

¹³ Закон України «Про ратифікацію Європейської конвенції про усиновлення дітей (переглянутої)» від 15.02.2011 № 3017-VI // Відомості Верховної Ради України, 2011, № 35 (02.09.2011), ст. 346.

¹⁴ Закон України «Про ратифікацію Європейської конвенції про правовий статус дітей, народжених поза шлюбом» від 14.01.2009, № 862-VI // Відомості Верховної Ради України, 2009, № 27 (03.07.2009), ст. 348.

¹⁵ Європейська конвенція про правовий статус дітей, народжених поза шлюбом від 15.10.1975 р. № ETS N 085 // Офіційний вісник України, 2009, № 51 (17.07.2009), ст. 1780.

¹⁶ Закон України «Про ратифікацію Конвенції про запровадження системи реєстрації заповітів» від 10 липня 2010 року № 2490-VI // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2011, № 1, ст. 2.

¹⁷ Конвенція про запровадження системи реєстрації заповітів від 16.05.1972 // Офіційний вісник України. – 2010. – № 101.

¹⁸ Про нотаріат: Закон України від 02.09.1993 № 3425-XII // Відомості Верховної Ради України. – 1993. – №3 9. – Ст. 383.

¹⁹ Офіс Ради Європи в Україні [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://coe.kiev.ua/docs/index.html>

Резюме

Хороша Т. С. Реалізація конвенцій Ради Європи з питань спадкування в правовій системі України.

У статті проаналізовано актуальні проблеми правової природи змісту та процесу впровадження в правову систему України конвенцій Ради Європи у сфері спадкування. Встановлені основні механізми реалізації положень конвенцій Ради Європи у галузі спадкування в Україні. Внесено низку пропозицій щодо уніфікації положень Конвенцій Ради Європи та національного законодавства України.

Ключові слова: спадкування, конвенції Ради Європи, уніфікація, реалізація, реєстрація заповітів, право на спадкування.

Резюме

Хороша Т. С. Реализация конвенций Совета Европы по вопросам наследования в правовой системе Украины.

В статье проанализированы актуальные проблемы правовой природы содержания и процесса внедрения в правовую систему Украины конвенций Совета Европы в сфере наследования. Установлены основные механизмы реализации положений конвенций Совета Европы в области наследования в Украине. Внесен ряд предложений по унификации положений Конвенций Совета Европы и национального законодательства Украины.

Ключевые слова: наследование, конвенции Совета Европы, унификация, реализация, регистрация завещаний, право на наследование.

Summary

Khorosha T. Implementation Council of Europe conventions on succession in the legal system of Ukraine.

The paper analyzes current problems of the legal nature of the content and the implementation process in the legal system of Ukraine of the Council of Europe conventions in the field of inheritance. The basic mechanisms for the implementation of the Council of Europe conventions in the field of inheritance in Ukraine are set. A number of proposals to harmonize the provisions of the Convention of the Council of Europe and the national legislation of Ukraine are made.

Key words: inheritance, the Council of Europe conventions, unification, implementation, registration of wills, the right to inheritance.

УДК 347.77

Ю. Л. БОШИЦЬКИЙ

Юрій Ладиславович Бошицький, професор, завідувач кафедри інтелектуальної власності та інноваційних технологій, ректор Київського університету права НАН України

ШЛЯХИ МОДЕРНІЗАЦІЇ ТА ОПТИМІЗАЦІЇ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ В УКРАЇНІ

Розбудова України, враховуючи сучасні реалії економічних, соціальних та військових викликів, неможлива без концентрації зусиль щодо пошуку шляхів розвитку та модернізації вітчизняної економіки. Такий розвиток, як правило, все більше спирається на створення і впровадження в господарській та соціальній інфраструктурі різнопланових об'єктів інтелектуальної власності, охорону і захист прав вчених, інженерів, винахідників. Досвід країн із розвинутою економікою підтверджує, що інтелектуальна діяльність, новаторство та креативність технічних рішень здебільшого визначають стратегію і тактику стрімкого й комплексного розвитку держави, її високий технічний рівень виробництва, інтеграцію наукової, технологічно складової промисловості.

Організація дієвої системи правозастосування в процесі створення та використання об'єктів інтелектуальної власності прямо впливає на розбудову національних науково-технологічних та науково-технічних сфер життя держави, підвищення їх інвестиційного іміджу, запровадження сприятливого інноваційного клімату. Тому збереження, зміцнення і розвиток інтелектуального потенціалу нашої держави віднесено до пріоритетних інтересів України.

Нині важливим є пошук шляхів створення ефективної інноваційної системи, яка спроможна забезпечити технологічну модернізацію національної економіки, підвищити її конкурентоспроможність на основі передових технологій. Необхідно удосконалити ринок прав на результати інтелектуальної діяльності, державну систему правової охорони інтелектуальної власності та перетворити науковий потенціал країни на дієвий ресурс економічного зростання. Визнання інтелектуальної діяльності такою, яка забезпечує успішний розвиток усіх інших форм суспільно корисної діяльності, зумовлює необхідність зосередити державні можливості (творчий потенціал, матеріальні ресурси, кошти тощо) на всебічному розвитку інтелектуальної діяльності.

Охорона прав інтелектуальної власності має забезпечити сучасні вимоги, бути демократичною, легкодоступною та прозорою. Так, наприклад, спрямовані на охорону промислової власності закони повинні ефективно забезпечувати моральні та економічні права авторів на результати інтелектуальної діяльності, стимулювати творчу активність людей, відповідно до державних інтересів, застосувати її результати, а також заохочувати чесну торгівлю. Розвиток державної системи правової охорони інтелектуальної власності України повинен передбачати створення умов для покращання інвестиційного клімату України та підтримки підприємництва; підвищення рівня свідомості й правової культури українського суспільства у сфері інтелектуальної власності; створення умов для реалізації конституційних прав громадян на доступність освіти у сфері інтелектуальної власності, трансферу технологій та інноваційної діяльності. Тому саме розробка фундаментальних принципів системи інтелектуальної власності є одним із нагальних завдань вітчизняної правової науки.

У правовій площині проявляється багатогранність певних методів і принципів правового регулювання, забезпечення балансу приватних та публічних інтересів як одного з основних завдань права на сучасному етапі. Сфера інтелектуальної власності в цьому аспекті є надзвичайно актуальною, оскільки притаманна їй творча діяльність характеризується інтеграцією приватних та публічних інтересів. А як відомо, метод цивільно-правового регулювання охоплює як диспозитивні, так і імперативні засоби впливу на учасників цивільних відносин на засадах юридичної рівності сторін, справедливості та добросовісності.

Сьогодні більшість порушень прав інтелектуальної власності мають економічний характер, у їх основі лежить монополізм цього права. Тільки монополіст-правоволоділець має абсолютні права на конкретний

об'єкт інтелектуальної власності та на його використання, має можливість монополювати завищені ціни не лише на об'єкт інтелектуальної власності, а й на товар, у якому втілено такий об'єкт. Порухники прав інтелектуальної власності, здійснюючи продаж контрафактних товарів, намагаються отримати більші прибутки внаслідок проведення демпінгової цінової політики. Так, зменшуючи ціну на контрафактну продукцію і збільшуючи обсяги виробництва, вони можуть отримувати додаткові доходи, в той час як правласники такої можливості не мають. Саме тому заходи цивільної, адміністративної і кримінальної юридичної відповідальності не можуть дати позитивних наслідків без урахування дії економічних законів. Тому інтелектуальна власність може виступати не тільки двигуном, а й певним гальмом для суспільного розвитку. Підтвердженням цього є те, що інтелектуальна власність, починаючи з продуктів харчування, ліків, технічних засобів і закінчуючи моделями міжнародного розвитку та комунікаційною структурою Інтернету впливає на розвиток суспільства. А права інтелектуальної власності не є кінцевими по суті, вони повинні тільки забезпечити децентралізовану систему інновацій у науці та культурі. Тому законодавство у сфері інтелектуальної власності має комплексний характер. Регулюючи режим того чи іншого об'єкта інтелектуальної власності, воно, як правило, включає положення цивільного, фінансового, адміністративного, конституційного, процесуального законодавства тощо. У свою чергу, право інтелектуальної власності загалом в цілому і кожен із його об'єктів зокрема мають той чи інший зв'язок з різними галузями права, здійснюючи одне на одне певний взаємний вплив.

Законодавство України в сфері інтелектуальної власності створювалося в умовах її незалежності, майже з чистого аркуша, тому воно не позбавлене окремих істотних недоліків, прогалин, суперечливих положень, деякі норми не узгоджені між собою тощо. Існуючі проблеми права інтелектуальної власності потребують адекватного вивчення та аналізу. Так, слід більш чітко визначити актуальність, зміст, види та місце інтелектуальної власності в системі цивільного права України; склад об'єктів та суб'єктів права інтелектуальної власності за чинним законодавством України, які підлягають цивільно-правовій охороні. Також більш глибокого дослідження заслуговують і цивільно-правові форми охорони права інтелектуальної власності, зокрема особисті немайнові і майнові права; реалізація особистих немайнових і майнових прав суб'єктів інтелектуальної власності. Потребує науково-теоретичного аналізу й система захисту права інтелектуальної власності за чинним законодавством України. Аналізуючи проблеми правотворення в системі охорони інтелектуальної власності на основі результатів дослідження проблем правової охорони особистих немайнових і майнових прав, правового режиму об'єктів інтелектуальної власності та правового статусу суб'єктів інтелектуальної власності, можна виявити недоліки та прогалини в системі цивільно-правової охорони особистих немайнових і майнових прав суб'єктів інтелектуальної власності, дати їм відповідну оцінку, визначити їх причини і розробити належні пропозиції й рекомендації, спрямовані на усунення виявлених недоліків та підвищення цивільно-правової охорони інтелектуальної власності.

Оптимізація правового регулювання інтелектуальної власності, створення умов для впровадження результатів наукових розробок в економіку повинно стати пріоритетом держави. Наша країна представлена відносно розвиненою промисловістю, в тому числі й такими наукомісткими галузями, як космічна техніка, ракетно- і літакобудування, суднобудування, виробництво синтетичних матеріалів та нанотехнологій. Ми маємо потужну біотехнологічну школу, успішно розвивається такі галузі, як репродуктивна та рекреаційна медицина, генна інженерія й фармація. Вітчизняні наукові розробки являють собою інтерес для світової спільноти, а українські вчені користуються попитом та світовим визнанням.

Криза в Україні, незаінтересованість і відсутність можливостей у використанні об'єктів інтелектуальної власності призвели до зменшення фінансування вітчизняної науки, до зниження комерційного інтересу щодо проведення фундаментальних наукових досліджень, оскільки ставить науковий результат вченого у пряму залежність від обсягів фінансування. Активізація творчої інтелектуальної діяльності людини в Україні сьогодні вимагає, серед іншого, економічних чинників, переосмислення ставлення до винахідницької діяльності, формування у суспільній свідомості її престижності.

Конституція України гарантує кожній людині охорону результатів її інтелектуальної діяльності, спираючись на європейську правову традицію, закріплюючи такі права серед конституційних¹. Так, у ст. 41 Конституції України передбачено право кожного володіти, користуватися і розпоряджатися результатами своєї інтелектуальної та творчої діяльності, ст. 54 Конституції України громадянам гарантується свобода літературної, художньої, наукової творчості та захист інтелектуальної власності. Держава забезпечує, через право та систему мотивацій, заінтересованість у стимулюванні винахідництва. Наприклад, стимулювання винахідників, здійснюване державними підприємствами, знаходить своє вираження у формі оптимізації необхідних умов для винахідницького процесу та подальшої комерціалізації його результатів. Підприємство здійснює комплекс заходів, які, з одного боку, забезпечують умови для винахідницької діяльності, пошук високоефективних технічних рішень, обмін досвідом винахідницької діяльності, проведення патентно-ліцензійної роботи, з іншого, – використовує кошти, які підвищують особисту заінтересованість винахідників в активізації винахідницького пошуку шляхом реалізації заходів морального і матеріального стимулювання творчості.

Винахідник повинен впевнено почувати себе на міжнародному ринку об'єктів інтелектуальної власності, оскільки Україна є членом низки міжнародних договорів, які визначають світові принципи охорони інтелектуальної власності, а також є державою-членом Всесвітньої організації інтелектуальної власності (далі – ВОІВ). Зі вступом України до СОТ сформувалася належна законодавча база в сфері правової охоро-

ни інтелектуальної власності. Відповідно до ст. 16 Марракеської угоди про створення Всесвітньої організації торгівлі кожна потенційна країна-учасниця повинна забезпечити відповідність своєї законодавчої бази зобов'язанням, передбаченим угодами СОТ. Саме з цією метою українським парламентом було прийнято понад 60 законодавчих актів, левова частка яких регулює відносини у сфері інтелектуальної власності. Сучасний стан законодавства України у сфері інтелектуальної власності отримав високу оцінку Міжнародного Бюро ВОІВ².

Економічне, політичне, культурне співіснування європейських держав передбачає врахування міжнародних стандартів у галузі інтелектуальної власності, які світова цивілізація створювала століттями, але надзвичайна активізація яких спостерігається в останні десятиліття. Згадані стандарти передбачають певні правила поведінки в аспекті міжнародної торгівлі, захисту прав та інтересів авторів, як первинних суб'єктів інтелектуальної власності, та власників охоронних документів в галузі інтелектуальної власності. Принципи та основні положення цих правил встановлені насамперед пакетом договорів СОТ, зокрема Угодою про торгівельні аспекти прав інтелектуальної власності (Угода ТРІПС) та директивами Ради ЄС.

Забезпечення ефективного комплексного правового регулювання інтелектуальної власності вимагає часу, а також глибшого осмислення значення інтелектуальної власності в житті нашої країни, концептуально нового ставлення до стимулювання творчості наших співвітчизників. Тому завдання державних діячів, вчених та фахівців-практиків полягає у чіткому визначенні напрямів нормативного забезпечення цього процесу на перспективу, в окресленні конкретних завдань з метою створення максимально сприятливих умов для творчості й ефективного впровадження її результатів у народне господарство для поліпшення соціально-економічного та культурного життя нації.

Законодавство у будь-якій сфері суспільних відносин не може бути досконалим, оскільки цивілізаційний поступ є стрімким і сучасна наука ламає усталені стереотипи та уявлення. Людство рухається до нових досягнень, вбираючи все те, що придатне для досягнення поставлених цілей, і відкидаючи все те, що гальмує цей об'єктивний процес. Тому торкаючись прогалин, недоліків, суперечливих положень в чинному національному законодавстві чи його невідповідностей міжнародним стандартам у галузі інтелектуальної власності, нам слід виходити із національних реалій, спираючись на світовий досвід. Існування в Україні фундаментальних досліджень у сфері біології та медицини поставило низку нагальних питань перед юридичною наукою, зокрема: питання правової охорони результатів біомедичних досліджень; права людини в сфері генної інженерії; визначення правового статусу людського ембріона та проведення наукових досліджень стовбурових клітин; права людини і етико-правові проблеми клонування тощо.

До надзвичайно важливих, але не цілком розв'язаних спеціальних питань, належить проблема правового режиму службових винаходів. Ця сфера є надзвичайно важливою для будь-якої держави з позиції забезпечення її суверенітету та недоторканності стратегічного інтелектуального капіталу. Визначення правового режиму винаходів та інших об'єктів промислової власності, що створюються за сприяння роботодавця, сьогодні є конче важливим. Необхідний новий ринковий підхід і осмислення висхідних положень, потрібен також пошук компромісу, в результаті якого мають справедливо враховуватися інтереси винахідника, роботодавця та держави. Такою сферою є інноваційна політика держави.

Пріоритетним завданням України в сфері управління інтелектуальною власністю є комерціалізації її об'єктів у результаті інноваційної діяльності, яка регулюється Законом України «Про інноваційну діяльність»³. Інноваційна діяльність має на меті впровадження досягнень науково-технічного прогресу у виробництво і соціальну сферу, що включає: випуск та розповсюдження принципово нових видів техніки і технології, прогресивні міжгалузеві структурні зрушення, реалізацію довгострокових науково-технічних програм з великими строками окупності витрат; фінансування фундаментальних досліджень для здійснення якісних змін у стані продуктивних сил; розробку і впровадження нової, ресурсозберігаючої технології, призначеної для поліпшення соціального й екологічного становища. Держава сприяє інноваційній діяльності технологічних парків у формі державної фінансової підтримки та цільового фінансування їх проектів. Для реалізації проектів технологічних парків їх учасникам та спільним підприємствам, що виконують їхні проекти, державою надаються відповідні пільги.

Головною метою державного регулювання інноваційної діяльності та проведення державної інноваційної політики повинно бути створення соціально-економічних, організаційних і правових умов для ефективного відтворення, розвитку й використання науково-технічного потенціалу країни, забезпечення впровадження сучасних екологічно чистих, безпечних, енерго- та ресурсозберігаючих технологій, виробництва та реалізації нових видів конкурентоспроможної продукції.

Державне регулювання інноваційної діяльності в Україні здійснюється шляхом визначення і підтримки пріоритетних напрямів інноваційної діяльності державного, галузевого, регіонального і місцевого рівнів. Стратегічні пріоритетні напрями інноваційної діяльності повинні формуватися спеціально уповноваженим центральним органом виконавчої влади у сфері інноваційної діяльності із залученням Національної та галузевих академій наук України на основі ґрунтовних прогнозно-аналітичних досліджень тенденцій світового науково-технологічного розвитку, результатів реалізації пріоритетних напрямів розвитку науки і техніки України, зіставлення їх із реальними потребами економіки України, можливостями та станом інноваційного потенціалу країни.

Кабінет Міністрів України повинен проводити експертизу розроблених Міністерством освіти і науки стратегічних пріоритетних напрямів інноваційної діяльності. Стратегічні пріоритетні напрями інноваційної

діяльності та відповідні обґрунтування подаються Кабінетом Міністрів України до Верховної Ради України. Середньострокові пріоритетні напрями інноваційної діяльності загальнодержавного рівня формуються спеціально уповноваженим центральним органом виконавчої влади у сфері інноваційної діяльності в рамках стратегічних пріоритетних напрямів інноваційної діяльності і подаються Кабінетом Міністрів України до Верховної Ради України на затвердження разом із стратегічними пріоритетними напрямами інноваційної діяльності. Кожні три-п'ять років середньострокові пріоритетні напрями інноваційної діяльності загальнодержавного рівня уточнюються спеціально уповноваженим центральним органом виконавчої влади у сфері інноваційної діяльності на основі системного експертного аналізу даних моніторингу інноваційної діяльності, пропозицій та техніко-економічних обґрунтувань центральних органів виконавчої влади галузей, виконавчих органів місцевого самоврядування, Національної та галузевих академій наук України, громадських наукових і науково-технічних організацій.

Стосовно проблем вдосконалення законодавства в сфері інтелектуальної діяльності, то слід наголосити на необхідності постійного реагування на відповідний науковий поступ, оскільки нормативний масив законодавства в сфері інтелектуальної власності повинен не лише відповідати вимогам сьогодення, але й спиратися на відповідну наукову доктрину, що дає змогу робити таке регулювання прогностичним.

У цьому контексті питання правотворення в сфері оптимізації інтелектуального розвитку країни, удосконалення управління системою інтелектуальної власності потребує постійної уваги з боку держави. Враховуючи зазначене вище, на наш погляд, вбачається за доцільне розглянути пріоритетні напрями правотворення в сфері інтелектуальної власності країни. Насамперед необхідне удосконалення нормативно-правової бази інтелектуальної власності та механізмів захисту прав у цій сфері. Потреба правотворення у даному напрямі пов'язана з реформуванням управління інтелектуальною власністю, що викликана необхідністю адаптації національного законодавства до законодавства Європейського Союзу. У цьому контексті слід законодавство з питань інтелектуальної власності привести у відповідність до Цивільного кодексу України, в тому числі й у відповідність з усталеними міжнародними нормами у сфері інтелектуальної власності. Потребує приведення у відповідність актів національного законодавства між собою та із загальним законодавством України та забезпечення лібералізації, спрощення, прискорення, максимальної зручності для заявників процедур набуття прав на об'єкти інтелектуальної власності. Також доцільним є законодавче посилення відповідальності за порушення прав інтелектуальної власності, вдосконалення правового регулювання економічних аспектів права інтелектуальної власності, в тому числі системи сплати зборів і мита за дії, пов'язані з охороною прав на об'єкти інтелектуальної власності, вдосконаленням правового регулювання механізмів економічного стимулювання творчості тощо.

Важливим є удосконалення процедур захисту прав авторів та володільців виключних прав інтелектуальної власності. Правотворення в цьому напрямі потребує забезпечення ефективного державного контролю й координації дій правоохоронних і контролюючих органів щодо боротьби з порушеннями прав інтелектуальної власності. Європейський досвід та удосконалення судової реформи потребує створення спеціалізованого патентного суду для розгляду справ, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності, а також запровадження альтернативних способів вирішення спорів, розробки єдиної методики проведення судових експертиз у справах щодо визнання недійсними охоронних документів на об'єкти інтелектуальної власності, розробки методики визначення збитків у справах про порушення прав інтелектуальної власності.

Далі, необхідним є удосконалення чинного законодавства у сфері авторського права і суміжних прав в частині сприяння легальному бізнесу з метою детінізації цього ринку послуг; легалізації програмного забезпечення, яке використовується в органах виконавчої влади, та запровадження відкритого доступу до Державних реєстрів зареєстрованих об'єктів авторського права через мережу Інтернет.

Надзвичайно важливою залишається також необхідність підготовки спеціалістів, що займаються питаннями інтелектуальної власності, та поширення знань, рівня культури й освіти у зазначеній сфері.

Специфіка правотворення у формуванні правової культури з питань інтелектуальної власності повинна спиратися на всі верстви населення комплексно. У цій площині важлива роль належить сучасним телекомунікаційним засобам, які могли б забезпечити публічні інформаційні акції щодо роз'яснення негативних наслідків неправомірного використання об'єктів права інтелектуальної власності. Особливої уваги потребують заходи з підготовки наукових кадрів у сфері інтелектуальної власності, запровадження різних форм і методів перепідготовки й підвищення кваліфікації різних соціальних категорій – патентних повірених, керівників підприємств, установ та організацій, працівників органів державної влади, місцевого самоврядування, які в силу службових обов'язків причетні до сфери управління інтелектуальною власністю. Це і пропаганда знань у сфері інтелектуальної власності з метою охоплення навчанням різних категорій населення, насамперед шкільної молоді, і удосконалення нормативно-правової бази діяльності патентних повірених, підвищення кваліфікації суддів, які розглядають справи з інтелектуальної власності тощо.

Слід зауважити, що поява принципово нових та ефективніших технічних засобів гостро ставить питання відповідності освіти умовам сучасного суспільства, вимогам науково-технічного прогресу. Тому необхідно більш активно створювати при університетах центри наукових досліджень з проблем права інтелектуальної власності, посилити роботу над дослідженням широкого кола проблем у сфері інтелектуальної власності з використанням зарубіжного досвіду, мотивувати роботу над підготовкою монографій та підручників з права інтелектуальної власності. Безумовно, потрібно створити умови мотивації наукового інтересу до питання розвитку відносин інтелектуальної власності серед викладачів в університеті.

Важливо враховувати ту обставину, що європейська освіта знаходить шляхи вирішення аналогічної ситуації у себе шляхом впровадження програм технологічної освіти. Наша країна не зможе стати всебічно розвинутою гуманітарною державою, якщо не буде готувати своє підрастаюче покоління до майбутньої творчої праці. Відповідно, і вітчизняна освіта вимагає докорінної переорієнтації на підготовку особистості до майбутньої діяльності. Необхідна принципово нова система навчання творчості у базових навчальних закладах, вивчення психології творчості, а також підготовка викладачів, науково-технічне забезпечення для навчання творчості. Молодь слід готувати до майбутньої творчої діяльності, починаючи зі школярів, учнів професійно-технічних училищ і студентів вищих технічних закладів.

Ще один важливий напрям оптимізації поваги та авторитету до інтелектуальної власності – це активізація міжнародної політики з метою підвищення міжнародного іміджу нашої держави та її впливу на міжнародні процеси у сфері інтелектуальної власності. Правотворення в цій сфері матиме сенс у відстоюванні національних інтересів у рамках участі у керівних органах Всесвітньої організації інтелектуальної власності, участі у міжнародних проєктах, спрямованих на розвиток малих і середніх підприємств у сфері інтелектуальної власності.

Незважаючи на те, що в Україні існує система охорони прав інтелектуальної власності, яка відповідає міжнародним стандартам, необхідно вирішувати на законодавчому рівні питання наближення до законодавства Євросоюзу в сфері охорони промислової власності, а саме: у сфері попередження порушень прав винахідників непрямого використання винаходів, ліцензування, перехресного ліцензування, запровадження податкових пільг не тільки для винахідників, а й для підприємців, що будуть використовувати винахід.

Оптимізація правотворення у сфері інтелектуальної власності в Україні ефективно сприятиме розвитку наукового та інтелектуального потенціалу української нації, здійсненню економічного прориву в умовах світової економічної кризи, виходу до сфери виробництва високих інноваційних технологій, що дасть змогу увійти до числа економічно розвинутих держав. Удосконалення законодавства в сфері інтелектуальної власності через правотворення, усунення певних прогалин у праві сприятиме запобіганню порушенням права, зміцнить економічну сферу впливу при міжнародному співробітництві, надасть можливість нашій країні впевненіше розвиватись у сфері інноваційної діяльності. У цілому зазначені вище чинники сприятимуть посиленню не тільки правової охорони інтелектуальної власності, розвитку ринкових відносин, а й також, значною мірою, процвітанню нашої країни.

Крім необхідності правової охорони об'єктів інтелектуальної власності важливим питанням залишається покращення економічних показників від впровадження результатів інтелектуальної власності у виробництво. У сучасних економічних та суспільних відносинах, у процесі виробництва матеріальних благ, все більшого значення набуває впровадження інноваційних засобів виробництва, його удосконалення із застосуванням новітніх технологій.

Завдяки цьому процесу об'єкти інтелектуальної власності будуть набувати все більшого економічного значення, що зробить можливим експорт української продукції на світові ринки. Цей процес привертає увагу до об'єктів інтелектуальної власності не просто як до нематеріальних благ, а як до об'єктів, що мають ціннісний зміст, високу майнову вартість. Необхідно ширше використовувати можливості технопарків, досягти їх вузької спеціалізації і при цьому розширити перелік регіонів, де вони відкриті. Необхідно розвивати інноваційну політику держави, сприяти розвитку технопарків, що впливатиме на збільшення обсягів податкових відрахувань у бюджеті різних рівнів. Важливо інвестувати державні кошти на науково-дослідні й науково-конструкторські роботи в технопарках із сучасних та актуальних для країни та бізнесу тем. Досвід деяких українських технопарків, почавши «практично з нуля», створили інноваційну продукцію на десятки млн грн та тисячі робочих місць.

Сьогодні багато говориться про необхідність створення технопарків, які могли би не лише створювати оригінальну продукцію, а й виробляти її і самостійно продавати. Податок із прибутку, що утворюється в результаті випуску інноваційної продукції, не перераховується до бюджету, а зараховується на спецрахунки виконавців проєктів і йде виключно на інноваційну діяльність. Уряд повинен фінансувати наукові проєкти, які можуть втілитися у реальну конкурентоспроможну продукцію. Відомо, що дослідницьке обладнання має оновлюватися кожні сім років, а деяке – кожні два-три роки. Сьогодні одна з пріоритетних тем – нанотехнології. Але потрібне обладнання, щоб цю одну мільярдну частинку сантиметру побачити.

Основні напрями, в тому числі й економічно ефективні, знаходяться на стику наук: від генної інженерії до виробництва готових приладів, від субстанцій для фармацевтичних препаратів до імунобіологічних, від теорії дендримерів до пошуків нових люмінесцентних зондів для діагностики людини, від механізмів мутації молекул ДНК до одномолекулярної спектроскопії.

Нині максимум 3–4 % всього обсягу виробництва реального сектора економіки створюють високотехнологічні галузі економіки. Це неприпустимо мало. І не більш як 4–5 % від усіх інвестиційних коштів вкладається у високі технології.

Потрібно мати єдиний погляд на те, як потрібно змінювати структуру української економіки, на фундаменті яких наук потрібно будувати промислове майбутнє України. А це, по-перше, новітні біотехнології, які належать до мікрорівня. По-друге, це інформаційні технології: від м'якого (програмного) продукту до телекомунікаційних систем. Зрозуміло, що не маючи власної вітчизняної мікроелектроніки, ми не зможемо виготовити жодного пристрою для спеціального зв'язку. На жаль, сьогодні Україна не має свого чіпа хоча б на рівні півторамікронної технології. Третій поривний напрям – це новітнє матеріалознавство, що сьогодні

дедалі менше належить до традиційних металів і сплавів, яке важливе для реформування наймогутнішої української галузі – це органічні матеріали, низькорозмірні, функціональні й навіть так звані розумні матеріали. На цих напрямках базується все: космічна техніка, літакобудування, енергомашинобудування і все що завгодно – ізолятори, якість матеріалів, системи управління.

Заслугує більш дієвої підтримки з боку держави ідея інтернет-інкубаторів. На жаль, ця ідея ще не знайшла належного розвитку в Україні. Відсутність повноцінного механізму фондової біржі залишає інтернет-інкубаторам лише два шляхи повернення інвестицій: чекати прибутку самої компанії або продати її великому інвестору. При цьому виникає наступна проблема, пов'язана із захистом прав інтелектуальної власності: компаніям-генераторам ідей важко захистити своє ноу-хау від незаконного і багаторазового використання їхніми інтернет-інкубаторами.

З точки зору чинного законодавства найбільш надійним способом захисту прав є патентування ноу-хау. Однак ця процедура вимагає великих фінансових, трудових і часових витрат, які часто виявляються не під силу підприємстві або новій компанії. Крім того, мінусом цього підходу є моральне старіння ідеї, що особливо актуально для ринку високих технологій.

Бізнес-інкубатори можуть існувати в двох видах: діяти як самостійні організації або ж виступати як самостійні організації або в якості ядра технопарків. У першому випадку бізнес-інкубатори створюються, як правило, для підтримки нетехнологічного підприємництва та фірм простих технологій. У другому – інкубатори, що знаходяться у складі технопарку, орієнтовані на роботу в галузях високих технологій, підтримку малих інноваційних підприємств, малого інноваційного підприємництва в науково-технічній сфері.

Провідні світові виробники витрачають величезні кошти на інноваційні продукти та технології. Наприклад, компанія Motorola інвестує щорічно мільярди на розвиток та дослідження, Ericsson витрачає на подібні цілі 15 % річного обороту, що становить близько \$ 3 млрд. Проте вкладення коштів в інноваційні впровадження може бути не завжди виправданим. Криза на ринку телекомунікацій 2000–2001 рр. – яскравий цьому приклад. Повіривши прогнозам аналітиків про захмарні доходи від підключення стільникового зв'язку третього покоління (3G), європейські оператори виклали величезні суми за ліцензії. Однак незабаром стало зрозуміло, що мережі третього покоління розвиваються повільніше, ніж передбачалося. Компанії, чие майбутнє нещодавно здавалося цілком безхмарним, такі гіганти, як France Telecom і Deutsche Telecom, – зазнали найбільших в історії збитків.

Сьогодні потрібно широко використовувати можливості й академічної науки. Необхідно, щоб влада посилила свою роль в інституціоналізації академічної науки; слід формувати взаємодію і взаєморозуміння між наукою і владою. Недооцінена сьогодні роль науки в забезпеченні влади інформацією для управління соціально-економічним процесом в суспільстві; недостатній державний вплив на процеси інституційної трансформації сучасної науки; мала динаміка відносин у системі «влада – наука – виробництво». Час висуває нові функції академічної науки і академії як об'єднань учених в суспільстві, що базується на знаннях.

Потрібно враховувати можливості академічної науки, яка впливає на розвиток суспільства. Економічна політика, як і всі інші галузі, не розвиватиметься без відповідних норм права. На жаль, не всі з норм зараз працюють. Поліпшити цей негативний стан зможе посилення владного відомчого контролю за законністю. Наскільки наука впливає на владу? Наскільки обов'язковим для влади є те, що рекомендує наука при плануванні? Ці питання ще не вивчено як слід. Наукову експертизу не завжди беруть до уваги, що обертається командно-адміністративним стилем. Не зайвим було б запрошувати науковців на засідання Верховної Ради України, де обговорюються та приймаються закони. Адже інколи поправки депутатів зводять нанівець роботу науковців над законопроектами.

Сьогодні конче важливо, щоб наукові знання перетворилися на основний ресурс економічного розвитку, академічна наука набула все більшого значення для держави. Сучасна структура національних академій наук зорієнтована на виконання переважно фундаментальних наукових досліджень, без яких неможливо уявити перспективи науково-технологічного й соціального розвитку будь-якої держави. Тому саме держава повинна турбуватися про фінансову та матеріально-технічну підтримку національних академій, що створює міцний фундамент для перетворення фундаментальних знань на прикладні розробки, які й визначають конкурентоспроможність економіки. При цьому необхідно прагнути до партнерських стосунків між наукою і владою.

У цих умовах розв'язання завдань щодо створення нових об'єктів інтелектуальної власності, їх впровадження в економіку України та належна правова охорона можлива з урахуванням передового досвіду провідних європейських країн та США, використання інтеграції науки з виробництвом, а виробництва – з освітою, міжнародним співробітництвом тощо. І зазначені напрями слід поглиблювати й активно розвивати – комплексно і системно.

¹ Конституція України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : www.rada.gov.ua

² Міжнародне бюро ВОІВ відзначає високий фаховий та технічний рівень українського закладу експертизи на об'єкти промислової власності : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://sips.gov.ua/ua/wipo_visit.html

³ Про інноваційну діяльність : Закон України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : www.rada.gov.ua

Резюме

Бошицький Ю. Л. Шляхи модернізації та оптимізації правового регулювання інтелектуальної власності в Україні.

У статті розглядаються питання модернізації та оптимізації правового регулювання інтелектуальної власності в Україні на сучасному етапі її розвитку. Автор розглядає питання організації дієвої системи правозастосування в процесі створення та використання об'єктів інтелектуальної власності, аналізує питання розбудови національних науково-технологічних та науково-технічних сфер життя держави, підвищення їх інвестиційного іміджу, пропонує запровадження сприятливих інноваційних кліматів, аналізує та пропонує більш широке використання позитивного зарубіжного досвіду в сфері модернізації інтелектуальної власності в науці та економіці.

Ключові слова: інтелектуальна власність, технопарки, інноваційна економіка, захист прав інтелектуальної власності, новації.

Резюме

Бошицкий Ю. Л. Пути модернизации и оптимизации правового регулирования интеллектуальной собственности в Украине.

В статье рассматриваются вопросы модернизации и оптимизации правового регулирования интеллектуальной собственности в Украине на современном этапе ее развития. Автор рассматривает вопросы организации эффективной системы правоприменения в процессе создания и использования объектов интеллектуальной собственности, анализирует вопросы развития национальных научно-технологических и научно-технических сфер жизни государства, повышения их инвестиционного имиджа, предлагает введение благоприятных инновационных климатов, анализирует и предлагает более широкое использование положительного зарубежного опыта в сфере модернизации интеллектуальной собственности в науке и экономике.

Ключевые слова: интеллектуальная собственность, технопарки, инновационная экономика, защита прав интеллектуальной собственности, новации.

Summary

Boshytskyi Y. The ways of modernization and optimization for intellectual property legal regulation in Ukraine.

The article presents the topic on modernization and optimization of intellectual property legal regulation in the modern stage of its development. The author considers the questions on organizing the efficient system of law enforcement in the course of creating and using intellectual property, on developing national scientific, technological and technical spheres of the state activity and improving their investment image, as well as suggests implementing the favourable investment climates and a wider using the positive foreign experience in the sphere of intellectual property modernization in science and economy.

Key words: intellectual property, industrial parks, innovation economy, intellectual property protection, innovations.

УДК 347.77

Р. Б. ШИШКА

Роман Богданович Шишка, професор, доктор юридичних наук, професор Київського університету права НАН України

ПЛАГІАТ ТА ЙОГО ПРОЯВИ І НЕБЕЗПЕКИ

Актуальність проблематики більш чим очевидна і зумовлена тими загрозами, які наразі являють собою плагіати не тільки з огляду на порушення прав авторів, а й для мистецтва, літератури і, особливо, національної науки та вищої школи. У загальному контексті вони призводять до псевдотворчості, псевдонауковості та збіднення інтелектуального потенціалу держави. Виграють від того лише плагіатори, для яких це – один із засобів возвеличитися, зайняти «місце під сонцем» і потурати таким же плагіаторам. Зокрема, при видимості зростання кількісних показників у науці і вищій освіті якісний її аспект невпинно знижується, а людська складова інтелектуального потенціалу девальвується.

Плагіат наразі став настільки поширеним у літературі, мистецтві та особливо у науці й освіті, що є національною і не тільки національною проблемою. Як плагіат чи з елементами плагіату виконано чимало рукописів дисертацій з суспільних і навіть із природничих наук. Від плагіату не рятує ні сучасна експертиза цих робіт, ні опонування, ні електронна система виявлення плагіатів, ні гнівні звернення провідних науковців (свого часу – В. С. Зеленецький і автор), ні навіть зростання такої категорії справ у судовій практиці. Єдиний державний реєстр судових рішень на 2014 р. містить понад 150 справ про плагіат. Більш того, навіть визначено правила протидії виявленню плагіатів та розвиваються послуги із успішного проходження системи їх виявлення.

Навіть рукопис дисертації В. В. Путіна, як було доказано російській та світовій науковій громадськості, – плагіат. Не обійшла ця проблема і український науком, де почалося із «перелицьовування» дисертацій, здебільшого російських науковців, інколи один в один, а потім компіляції їх рукописів із декількох дисерта-

цій за схожою чи суміжною проблематикою. Досить поширеним є плагіат у навчальній літературі для вищої школи. Відомі приклади плагіату підручників «Теорія держави та права», який підготовлено проф. О. Ф. Скакун, «Нотаріат» проф. Л. К. Радзівєвської та проф. С. Я. Фурси і доц. Є. І. Фурси, комплексу навчальних та методичних матеріалів кафедри цивільного права Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Не обійшлося без плагіату посібника із підприємницького права за редакцією автора цих рядків та посібника «Цивільне право у схемах». Цей перелік можна продовжувати.

Попри очевидність проблематика плагіату в Україні на рівні аналізу та моделювання механізму протидії не розроблялась, а окремі публікації навчального (О. А. Підпригора, В. М. Коссаєв, Г. М. Андрощук, останнім часом – К. В. Катеренчук та інші) та констатуючого спрямування не наблизили ні до проявів плагіату, ні до удосконалення механізму їх подолання. Досить цікаві напрацювання під егідою проф. О. І. Харитонової та представників її кафедри.

Як вказується у Вікіпедії (популярній інтернет-енциклопедії: <http://www.wikipedia.org/>), спеціальних досліджень плагіату та його проявів проведено не дуже багато. При тому більшість з них спрямовані на подолання плагіатизму у вищих навчальних закладах (далі – ВНЗ), на намаганнях студентів скористатися сучасними технологіями та інфраструктурами навчального сервісу при підготовці письмових робіт. Проте з огляду на п. в ст. 50 Закону України «Про авторське право і суміжні права»¹ такі роботи за формальними вимогами не можуть вважатися плагіатом: немає ознаки опублікування роботи під своїм іменем, а надання роботи на рецензію викладачу не може ним вважатися, як і оприлюдненням письмової роботи (контрольної, курсової, дипломної).

Тож метою статті є не тільки репрезентація авторського підходу до проблеми плагіату, а й відмежування його від інших контрафактів та розробка пропозицій із протидії таким видам порушень.

Об'єктом дослідження є правовідносини, які виникають внаслідок оприлюднення плагіату, а предметом – положення актів чинного законодавства у сфері авторського права, прояви плагіату, примирна та судово-практика.

Семантично плагіат тлумачиться як навмисна крадіжка авторства на чужий твір літератури, науки, мистецтва, винахід чи раціоналізаторську пропозицію повністю чи частково. Тож плагіат є навмисним присвоєнням авторства на чужий твір науки чи мистецтва, у тому числі чужих ідей чи винаходів. У звуженому тлумаченні плагіат є оприлюдненням повністю чи в частині чужого твору (ідей, результатів дослідження) під своїм іменем та відтворення у своїй роботі текстів інших авторів. Уже на постановочному рівні проявляється загальний та спеціальний прояви проблематики плагіату.

Прояви проблеми плагіату на практиці досить різноманітні, зокрема:

1) поширення плагіату в наукових роботах та роботах навчального спрямування. Наукове «крадіство» та наукове «заробітчанство» проводиться майже відкрито. Чого варті оголошення про підготовку дисертаційних робіт в Києві та в інших наукових і навчальних центрах України. Відомі спеціальні лабораторії, які переймаються підготовкою рукописів дисертаційних робіт. Більшість із них, у кращому разі, є компіляцією, а зазвичай – плагіатом. Принаймні, за формальними ознаками їх пишуть одні, а виходять під іменами інших. Такі плагіати є договірними і стосовно них спорів майже не виникає чи вони не доводяться до суду, але «рука» і стиль дійсного автора вбачаються;

2) плагіати функціональні, які вчиняються за інерцією для поглиблення чи акцентування проблеми, що розробляється іншим автором, та аргументації її вирішення. Науковий керівник надає учню не тільки поради, інколи формує ідеї та положення новизни, вичитує його роботи, а інколи вписує у їх рукописи зауваження і власні висновки чи міркування (цілі абзаци). Це пояснюється тим, що він також відповідає за рівень роботи. Принаймні, так робили вчителі автора професори Ч. Н. Азімов та О. А. Пушкін, тому слідує автор. Але ніколи жодним чином ніхто з них не претендував на авторство того, що віддане учню. Більш того, правити учня та його надихати – обов'язок вчителя.

Є зворотній бік медалі. Коли після захисту дисертаційної роботи вона у трохи зміненому виді опубліковується уже за авторством дисертанта та наукового керівника. Тим фактично визнається, що захищена робота не мала ознаки самостійності і захищеного плагіат. Чи керівник або інша особа намагається таким чином «засвітитися» як автор. Безумовно, співавторство учня та учителя – добра ознака формування наукової школи, але у такому випадку воно повинне бути роздільне, і такі монографічні роботи допустимі за умови, що робота доповнена новими підрозділами, висновками та науковими результатами, які виключно належать учителю і стосуються проблематики роботи.

Останнім часом у формуванні елементів новизни беруть участь рецензенти, які наполягають на їх баченні й інколи не рахуються із позицією дисертанта та його наукового керівника, керівник наукового підрозділу, у якому виконується робота, рецензенти у спеціалізованій вченій раді, вчений секретар спеціалізованої вченої ради та навіть опоненти, які перш ніж надати згоду на опонування знайомляться із її рукописом та радять внести певні корективи. Тож доки робота, особливо яка виконана у не досить відомих наукових підрозділах, дійде до захисту, із нею відбуваються певні метаморфози, які не завжди їй на користь та відображають рівень автора як здобувача наукового ступеня. Наукова коректура виправдана до стадії публічного обговорення, а у подальшому вона шкодить єдності творчого задуму і призводить до дисгармонії доказів та наукових результатів. Така практика, на наш погляд, себе не виправдовує.

Така ж ситуація із науковими статтями та тезами. Наукові статті та тези починаючих науковців публікуються лише за наявності рецензії наукового керівника про їх відповідність встановленим вимогам та

допустимість до опублікування. У процесі обговорення цих кваліфікаційних робіт молодий науковець отримує поради, у тому числі від колег, рукописи піддаються науковим правкам, іноді досить суттєвим. Не завжди у таких випадках заявляються претензії на співавторство. Проте наразі у видавництвах на перший план висувуються самоокупність та заробітчанство, особливо на виданнях, які входять у наукометричні дані. Публікують все, що подають і за що автори платять, без проведення експертиз та обговорення. Тому досить часто вказівка на використані статті не збігається із їх змістом, вказані сторінки проставлені навмання, зміст публікації посібниковий тощо.

На такій же основі проводиться і наукове редагування спільних навчальних видань. У кожного співавтора свій стиль, своя ерудиція, свою позиція та бачення сутності й змісту, різний рівень ставлення до взятого на себе зобов'язання. Практика показує, що навіть при стандартизованих вимогах до тексту наукових робіт їх не дотримуються. Науковий редактор об'єктивно вимушений перероблювати рукописи частин єдиної роботи і надавати їй теоретичної єдності, з огляду на свою ерудицію розширювати емпіричну базу, загальну авторську концепцію. Відповідно, йому доводиться доопрацьовувати надані рукописи, дописувати відсутні і необхідні частини, інколи навіть не висувуючи претензій на співавторство. Це тим більше, що наразі пропозиції щодо опублікування наукових робіт перевищують продуктивність авторів та здатність оплачувати свої роботи;

3) особливо тривожним є ринок навчальних робіт – від контрольної до магістерської. Останні є плагіатами, які «зліплені» із кандидатських дисертацій чи відомих за проблематикою робіт, зокрема дисертаційних. Користь від таких робіт лише для тих, хто створив банки даних і торгує ними в електронній чи іншій формі направо й наліво. Протидії такій діяльності ніякої, а шкода для інтелектуалізації суспільства та знецінення «диплома» про вищу освіту лише зростає. Хіба що прискіпливий науково-педагогічний працівник заверне таку роботу як позбавлену самостійності, але він наразиться на низку негативів в оцінці його діяльності. Проте це боротьба із наслідками, а не самим явищем і особами, які займаються протиправною діяльністю. Тут ми виходимо із того, що студенти повинні самостійно опановувати навчальні дисципліни, у тому числі виконувати передбачені навчальним планом письмові роботи. Несамостійний реферат – перший крок до подальшого плагіатизму. Біда в тому, що тим продукується інтелектуальна убогість. І деякі магістранти, як свідчить практика, не мають елементарних навичок проведення дослідної роботи, аналізу емпіричного матеріалу, здатності робити узагальнення та виважені висновки і пропозиції;

4) не обійшлося і без певних перекосів. Зокрема, збіг текстів робіт, у яких цитуються положення нормативних актів, за формальними ознаками визнається плагіатом. Такі факти механічної оцінки наукових робіт із правничої проблематики все частіші. Проте згідно з п. 1 ч. 1 ст. 434 ЦК України² акти органів державної влади та органів місцевого самоврядування (закони, укази, постанови, рішення тощо), а також їх офіційні переклади нормативні, не є об'єктами авторського права і на них, відповідно, не поширюється авторське право. Отже, тексти нормативних актів, цитування рішень судів та інших органів державної влади не можуть вважатися плагіатом. Тож звинувачення у таких випадках у плагіаті є безпідставними, що слід зважати в системах «Антиплагіат»;

5) складно за формальними ознаками поширити плагіат на твори, які перестали охоронятися авторським правом, або спливли строки їх правової охорони. Проте інколи спрацьовує правило: «Все нове – добре забуте старе». Принаймні, за формальними ознаками неможливо кваліфікувати плагіат як порушення авторського права, що передбачене ст. 50 Закону України «Про авторське право і суміжні права». Для формалізації такого порушення слід у вказаному законі встановити, що правова охорона від плагіату діє безстроково. До речі, це слід провести і у міжнародних конвенціях у сфері охорони авторського права. Таке правило видається обґрунтованим і справедливим. Принаймні, основне у плагіаті – опублікування чужого твору під своїм іменем чи видача його за свій. Оскільки йдеться про твір, то під ознаку плагіату підпадає весь твір та його частини, зокрема цитати із таких творів;

6) поміщення чужих творів у мережі Інтернет. До речі, монографія автора цих рядків була протиправно поміщена на понад 15 сайтах, а звернення у прокуратуру здебільшого залишились без відповідей, чи висланих відповідей, які не дійшли до адресата. Формально володільці сайтів популяризують поміщені без дозволу чужі твори, а фактично «обкрадають» авторів у можливостях комерціалізувати їх твори. Вони отримують прибуток за рахунок відвідування сайтів та «зависання» в них, а також за рахунок розміщення на них реклами. Явище доволі нове і складне за встановлення порушення. Принаймні, встановити його види правопорушень (контрафактів), які передбачені у вказаній вище ст. 50 зазначеного закону, досить складно без спеціальних експертиз та висновків фахівців. Значно б полегшилась така кваліфікація доповненням цієї статті новим видом порушення – поміщення в електронних носіях та мережі Інтернет творів без дозволу автора чи володільця майнових прав;

7) багато проблем із роботами, які публікує «творча молодь». Можна із впевненістю стверджувати, що більше половини таких робіт – це ті або ж плагіат чи компіляція, або популістика чи кон'юнктурщина. Введення правил про те, що дипломи із відзнакою про закінчення ВНЗ видаються лише тим студентам, які мають опубліковані роботи та взяли участь у науково-практичних конференціях, обернулося спекуляціями. Більшість таких опублікованих робіт не варті паперу, на якому вони опубліковані. Тому не дарма вони ігноруються науковцями і не вводяться в науковий апарат;

8) ще один прояв – так зване «наукове сміття» – опубліковані роботи, які мають лише формальні чи формальну ознаку – опублікування чи поміщення останнім часом в електронних носіях та електронних видан-

нях. Здебільшого це стосується тез виступів чи повідомлень на наукових форумах. Зокрема, чи можуть тези, як короткий виклад проявів проблеми чи завдань та шляхів їх вирішення, містити посилання на інших науковців? Однозначно – ні. Проте зустрічаються тези не критичного спрямування, у яких на три сторінки тексту (вказівка проблеми та її проявів, опис рішень, пропозиції) – по десять та більше посилань? Авторам таких тез слід хоча б заощадити папір та поберігти довкілля.

Я вже не актуалізую проблему спільних тез: у тезах на одну сторінку – чотири співавтори? Хто з них приніс елемент якоїсь новизни, якщо він ще є, встановити досить складно. Принаймні, такі публікації у кращому випадку є публіцистичними, популяризаційними і заради показника науковості. Особливо прикро, коли серед науковців співавторів вказуються керівники наукових установ, що само по собі є показовим і нагальною проблемою.

Публіцистика шкодить науці і, по суті, є «переливанням із пустого у порожнє». Такі публікації навряд чи прикрашають науковий авторитет їх авторів. Ми солідаризуємося із тим, що наука та публіцистика – різні сфери творчості і вони не сумісні. Чи не тому значна кількість осіб, які отримали науковий ступінь, у подальшому не мають не те що нових і гідних уваги наукових робіт, а взагалі будь-яких. Найприкріше те, деякі з них навіть отримують академічні звання. Вчений ступінь для державних службовців став майже обов'язковим їх атрибутом, проте наукова віддача від них сумнівна.

Статус вченого слід постійно підтверджувати: випускати нові цікаві у постановочному та результативному плані роботи, готувати науковців, випускати монографії, де дійсно є елементи новизни. Науково-педагогічні працівники повинні готувати цікаві навчально-методичні розробки. Проте досить дивним видається, коли підготовкою навчальної літератури займаються представники академічних установ, та ще звітують про виконання такої роботи. У них, що: немає більш вагомих наукових проблем для вирішення, чи роботи, які підготовлені науково-педагогічними працівниками, не витримують наукової критики? Вважаємо, що ні перше, ні друге.

У п. 6 ст. 50 Закону України «Про авторське право і суміжні права» плагіат визнано лише оприлюдненням (опублікуванням), повністю або частково, чужого твору під іменем особи, яка не є автором цього твору. Порівняння обох визначень свідчить, що друге є звуженим. Плагіат може бути і у інших сферах, на які не поширюється авторське право, зокрема в математиці та інших фундаментальних наукових дисциплінах.

Здебільшого плагіат проявляється дійсно як оприлюднення чужого твору під своїм ім'ям (повний плагіат), запозичення частини (фрагментів) чужого чи чужих творів, а також чужих ідей без вказівки джерела запозичення (часковий плагіат чи компіляційний плагіат). Основною чи формальною ознакою плагіату є присвоєння чужого авторства у виді оприлюднення (опублікування). Таке порівняння є не досить коректним, оскільки термін «оприлюднення» є більш широким щодо звуженого терміна «опублікування». Так, використання чужого твору усно є не завжди плагіатом. У більшості лекторів є лекційні курси. Тоді можна було б визнати плагіатом, що, з огляду на інститут вільного використання для навчання та практику становлення викладачів як лекторів, було б поспішним та не виваженим. Принаймні, на класичній кафедрі є тексти лекцій, які підготовлені викладачами, і у разі необхідності вони використовуються викладачем, який підміняє відсутнього.

Тож більш правильним буде звизити плагіат до опублікування та іншого використання як свого, зокрема у кваліфікаційних наукових роботах. Принаймні, рукописи дисертацій³ не публікуються, а передаються опонентам, у Вчену спеціалізовану раду, у наукову бібліотеку установи, у якій діє така рада, та в наукову бібліотеку імені Вернадського. Вважаємо їх анахронізмом за домінування електронних носіїв наукової інформації: складно обробляти, аналізувати, зберігати, обслуговувати по-старинці читачів, захарашувати приміщення, переводити ліс на папір, шкодити здоров'ю від архівної пилюки.

З огляду на зазначене, у спеціальних нормативних актах, що стосуються атестації наукових кадрів, слід уточнити, що рукопис дисертації, який виконано повністю або частково на основі чужого твору без вказівки імені особи, яка не є його чи їх автором, – це плагіат. Так чи інакше, плагіат пов'язаний із присвоєнням особою чужого авторства у передбачених законом випадках.

Термін «чужий твір» охоплює всі випадки визнання його об'єктом авторського права, зокрема у разі опублікування під власним іменем, під псевдонімом чи анонімно. Тут діє презумпція авторства, і автором визнається особа, яка вказана як автор, або особа, яка не вказана, але є можливість таку особу встановити. З огляду на зазначене, не визнається плагіат на твори, які не охороняються авторським правом.

Порушення презумпції авторства кваліфікується як присвоєння авторства на чужий твір. Слід зважати, що у країнах ЄС та США напрацьоване більш широке тлумачення плагіату в науці. Так, популярний інтернет-ресурс про плагіат сайт TurnItIn (<http://www.turnitin.com>) наводить визначення терміна «плагіат» у словнику Merriam-Webster. За ним плагіатом є: 1) крадіжка ідей чи слів іншої людини і видача їх за власні; 2) використання результатів праці іншої людини без вказівки джерела запозичення; 3) крадіжка літературного твору; 4) представлення уже існуючої (відомої) ідеї (чи продукту) як нових і оригінальних. Таким чином, окрім основної ознаки присвоєння є ряд варіативних ознак, які наведені вище, і залежать від способу використання певного об'єкта, який охороняється законом.

При встановленні плагіату досить проблемним є цитування, зокрема його доречність, особливо якщо воно «перечитується». Значна частина цитат, які наводяться у науковій літературі, не є оригіналом, а запозичені як плагіат із інших творів. При тому порушення правил цитування очевидні. Зазвичай цитування доречне тоді, коли простежується генеза становлення ідеї чи якогось рішення, вказуються заперечення існуючим позиціям, висловлюється власна контральтернатива, або загалом коли необхідно навести позицію іншого автора.

Проте нерідко зустрічається випадки, коли в текстах робіт є «перечитування» положень актів законодавства. Тут проявляється невігластво плагіатора, і ми вважаємо, що «перечитування» положень актів законодавства повинно кваліфікуватися як некомпетентний плагіат.

На наше переконання, цитувати слід лише на тих авторів, які уперше ввели у науковий обіг певне поняття, теоретичне положення чи пропозицію. Інші солідарні з цим позиції у науковій праці до уваги не беруться. Вони лише доречні при репрезентації наукових шкіл та у лекціях. Такий підхід сприяє чистоті наукового апарату, коректності та запобігає «засміченню» наукових творів інформацією, яка не стосується вирішуваних проблеми чи завдання.

Якщо вже йдеться про коректність, то слід зважати на вимоги ст. 28 ЦК України щодо імені автора (прізвище, ім'я і по батькові). Проте більшість дисертацій та інших робіт, у тому числі з цивільного права, ігнорують ці вимоги. Тож коректність вимагає вказівки значимої у ракурсі використання цитати інформації про автора (вчене чи спеціальне (академік) звання, посада (завідуючий кафедрою)) при першому згадуванні. У подальшому повторювання не варто, якщо автор не змінив свого статусу, доцентом займав одну позицію, а професором її уточнив чи взагалі відмовився.

Щодо цитат, то тут також передбачено ряд правил, нехтування якими може призвести до визнання їх використання частковим плагіатом. Щодо правил цитування, то слід зважати на наступне: 1) якщо висловлювання (фраза) наводиться дослівно, то її слід помістити у лапки; 2) не варто перекладати фразу самовільно державною мовою, оскільки відповідно до п. 3 ст. 441 ЦК України це кваліфікується як використання твору, яке на рівні презумпції здійснюється із дозволу автора; 3) якщо цитується великий уривок із твору, то лапки не потрібні, а натомість виділяється дрібним шрифтом окремий параграф, який друкується у виносках, або з відступом як абзац; 4) для акцентування уваги на основних і ключових положеннях цитати допускаються пропуски слів, які зазначаються крапками, та навіть зміна окремих слів і формулювань, які поміщаються у квадратні дужки; 5) висхідний текст (посилання) можна змінити чи перефразувати із зміною структури речення; 6) не припустимо перекривання висловленого автором рецепієнтом чи приписування йому того, чого він не писав/чи та говорив; 7) при вільному викладенні запозиченої позиції автора лапки не ставляться, але посилання на джерело запозичення є обов'язковим із зазначенням роботи та сторінки/сторінок.

Відповідно, цитати, які не відповідають встановленим вимогам (п.1, 3, 5 наведеного вище) є плагіатом. Випадки плагіату поділено на дві групи: 1) запозичення без вказівки його джерела, зокрема «примарний автор», коли автор видає роботу іншого автора за свою без зміни її змісту. Це проявляється у виді запозичень творів із Інтернет, або підготовки твору на замовлення. У другому випадку зазвичай тільки втаємничені особи знають про такий плагіат, а спори стосовно нього практично відсутні: і замовник, і виконавець можуть багато втратити. Тому ні той, ні інший не заінтересовані у розголосі такого виду договірному плагіату.

Зустрічається плагіат «фотокопія» – копіювання значної частини тексту (але не весь текст) із одного джерела без внесення у нього змін. Такий плагіат ще називають «нахабним», він зустрічається здебільшого у роботах навчального спрямування. Зокрема, один із плагіаторів зробив елеронні копії видань кафедри цивільного права Київського національного університету імені Тараса Шевченка і поширював їх серед студентів. За зверненням авторів до ректорату, плагіатор полишився своєї посади у ВНЗ, що їх задовольнило і у суд вони звертатися не стали.

«Компілятивний плагіат» – копіювання з декількох джерел без зміни текстів, але наповнення їх перехідними власними фразами. Значна частина дисертаційних досліджень, а особливо наукових тез студентів, страждають саме таким недоліком. Його різновидом є «замаскований плагіат», коли залишається смисл тексту джерела, але оригінальний запозичений текст змінюється на близький за смислом. Встановити його можна лише на підставі літературознавчої експертизи. Ще більш витонченим і таким, який складно піддається встановленню, є «перефразований плагіат», за якого запозичення із різних джерел практично повністю перефразуються і навіть виконуються у одному стилі, зокрема літературним редактором. Його ще йменують «працею ліні», оскільки затрачені на це час та кошти пропорційні затратам на підготовку власної роботи.

Інколи автор при підготовці нових робіт приймає за основу свої більш ранні твори. Зокрема, при підготовці навчальних видань розкриття поняття «цивільне право» збігається із розкриттям поняття «інвестиційне право». Проте у класичному розумінні таке використання не може визнаватися плагіатом. У всякої творчої особи є певні заготовки, які вона може використати при нагоді чи в разі надходження замовлення.

Певну особливість мають плагіати на музичні твори, особливо коли в музику вкладається інший текст. Такий прийом зазвичай використовують менеджери із розважальних послуг (тамади), при бенефісах, пародіях тощо. Тут, з одного боку, є плагіат, а з другого, – можливі й інші порушення. Здебільшого вони передбачають отримання винагороди – безпосередньо за такий виступ, або опосередковано – через рекламу.

До другої групи плагіатів належать роботи із нібито вказівкою джерела запозичення за схемою: «забу-те посилання» і «дезінформатор». Вони пов'язані із неправильним чи помилковим оформленням посилань на джерело. Зокрема, йдеться про ідеальне перефразування у разі, коли дослівна цитата не взята у лапки та ще перекладена іншою мовою. Тим створюється враження, що плагіатор оригінально інтерпретує запозичене чи навіть корпус-теоретичне положення. Проте ні першого, ні другого немає, а є той же плагіат, перекладений іншою мовою без згоди автора⁴. Такий недолік зустрічається у 80 відсотках рукописів національних дисертаційних досліджень та наукових статей. У зв'язку із наведеним бажано у Вимогах до фахових наукових статей та до рукописів дисертацій спеціально вказати, що не допускається переклад запозичень державною чи іншою мовою без дозволу автора безпосередньо у текстах кваліфікаційних робіт.

Є плагиатний компілятизм та перекирчення, коли автор правильно наводить запозичені цитати, а інші перефразують. Тим справляється помилкове враження, що така робота чи її частина є авторським аналізом цитованих положень. Він супроводжується надмірним цитуванням, але вони не супроводжуються конструктивним солідаризмом чи критикою запозичень, і у результаті полишені оригінальних результатів дослідження. Тим, по суті, йдеться про переливання із пустого у порожнє. Зовнішньо такий плагиат є з'ясуванням існуючих позицій, але не закінчується новими знаннями, висновками та пропозиціями.

Гіршим варіантом є часове та територіальне викривлення, коли класикам приписується прозорливість і те що їх конструкції, які розроблені двісті, сто років тому назад, охоплювали й нинішній стан. Зокрема, якщо у римському праві не були розвинуті транспортні відносини чи відносини інтелектуальної власності, то нащо про водити з'ясування їх відправних положень у римському приватному праві?

Плагиат має свої ознаки, які можна поділити на основні та варіативні: до перших належить формальна ознака використання чужого витвору під власним іменем, зокрема його оприлюднення, що, зазвичай із суб'єктивної сторони, є навмисним та усвідомленим. До других – відсутність посилання на першоджерело та вказівки на автора, якщо він відомий, створення твору компілятивно та з певним перефразуванням.

До варіативних ознак також відносять мета плагиату, яка може бути різною: виконання кваліфікаційної роботи, демонстрація своєї творчості та її результативності, отримання наукових ступенів та звань, репрезентація своєї обізнаності тощо. До варіативних ознак також належить порушення правил цитування.

Таким чином, плагиат має низку загальних та інституційних проявів і не тільки у авторському праві, залежить від фактичних обставин, мети та способу запозичень чужого витвору, порядку й способах зазначення такого запозичення. Диференціація порушень, які підпадають під ознаки плагиату, сприятиме визначенню виду та міри покарання.

¹ Про внесення змін до Закону України «Про авторське право і суміжні права» Верховна Рада України; Закон від 11.07.2001 № 2627-III Про авторське право і суміжні права : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2627-14>

² Цивільний кодекс України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : zakon2.rada.gov.ua

³ Наразі вимоги до рукописів дисертацій стали анахронізмом. Не зрозуміло, чому їх слід оформляти у гробухи як сто років тому назад? Сучасні поліграфічні можливості надають можливість випустити їх обмеженим тиражем у книжному форматі, популяризувати і зекономити на витратах на зберігання і бібліотечне обслуговування. Давно настав час змінити вимоги до них і тим поберегти ліс.

⁴ Зазвичай йдеться про переклади українською мовою, у чому вбачається нетактовність та неповага до автора та його праці і порушення правил про вільне використання об'єктів авторського права. Намагатися бути більшим українцем, ніж основоположник української класичної літератури Т. Г. Шевченко, який писав і російською, і українською мовою, не варто.

Резюме

Шишка Р. Б. Плагиат та його прояви і небезпеки.

У статті розглядається проблематика плагиату та його проявів у науці та навчанні. Автор звертає увагу на негативні прояви плагиату, пропонує вирішення деяких спірних ситуацій з їх класифікації, а також пропозиції із вдосконалення положень чинного законодавства. Запропоновано розмежовувати певні види плагиату, що може стати у пригоді для моделювання санкцій за їх учинення.

Ключові слова: плагиат, авторське право, компіляція, популізм, навчальні роботи, правопорушення.

Резюме

Шишка Р. Б. Плагиат, его проявления и опасность.

В статье рассматривается проблематика плагиата и его проявлений в науке и образовании. Автор обращает внимание на негативные проявления плагиата, предлагает решения некоторых спорных ситуаций и их классификации, а также вносит предложения по совершенствованию положений действующего законодательства. Предложено разграничение отдельных видов плагиата, что может быть использовано при моделировании санкций за их совершение.

Ключевые слова: плагиат, авторское право, компиляция, популизм, учебные работы, правонарушения.

Summary

Shyshka R. Plagiarism, its manifestations and hazards.

In the paper the problems of plagiarism and its manifestations in science and education. The author draws attention to the negative effects of plagiarism, offers solutions to some disputes with their classification, as well as suggestions to improve the current legislation. Proposed to distinguish between certain types of plagiarism, which can be useful for modeling sanctions for their perpetration.

Key words: Plagiarism, Copyright, compilation, populism, training of offenses.

Г. О. АНДРОЩУК

Геннадій Олександрович Андрощук, кандидат економічних наук, доцент, завідувач лабораторії НДІ інтелектуальної власності НАПрН України

ЗАКОН ПРО АВТОРСЬКЕ ПРАВО КАНАДИ: МОДЕРНІЗАЦІЯ І ЕКОНОМІЧНІ НАСЛІДКИ

*Мудрий законодавець починає не з видання законів,
а з вивчення їх придатності для даного суспільства.
Ж. Ж. Руссо*

Законодавство Канади у сфері авторського права є досить специфічним і характерним саме для цієї країни, оскільки його становлення пов'язане з історичним розвитком Канади, її віковою історією. Так, канадський Закон про авторське право не сприйняв поширений термін «суміжні права». Тому права, визнані їм стосовно як творів, так і виконань, звукозаписів, сигналів повідомлень, іменуються в законодавчому тексті однаково – «авторські» (хоча особи, які створюють ці об'єкти, «авторами» при цьому не називаються). Таку законодавчу позицію фахівці пов'язують з конституційним принципом розмежування законодавчої компетенції між федеральним центром і провінціями¹.

Тривалий час авторське право Канади перебувало під подвійним впливом:

– *по-перше*, впливом європейського авторського права, що пояснюється історичним конституційним зв'язком Канади з Британською Кораною;

– *по-друге*, впливом авторського права США, зважаючи на їх територіальне сусідство з Канадою.

З урахуванням цього можна говорити про існування двох концепцій у сфері авторського права, одна школа – європейська, яка сприймає авторське право як результат природного права: якщо письменник чи художник створив свій твір, то через авторське право він отримує на нього абсолютну власність. Ця концепція покладена в основу авторського права всіх європейських країн, що беруть участь у Бернській конвенції про охорону літературних і художніх творів 1886 року. Простий факт написання книги дає її автору усі права на її відтворення. Інша ж школа, представником якої є США, припускає, що права на твір є привілеєм, який має бути зареєстрованим, якщо автор бажає ним скористатися. У США не визнаються авторські права, якщо вони не зареєстровані.

Канадське законодавство про авторське право кардинально не оновлювалося з моменту внесення до нього останніх поправок у 1997 році. У січні 2012 р. проект змін до Закону про авторське право Канади (Copyright Modernization Act), нарешті, став законом². Тим самим завершився п'ятнадцятирічний процес виконання зобов'язань Канади, що підписала Інтернет-договори ВОІВ (Договір ВОІВ про авторське право і Договір ВОІВ про виконання та фонограми). Зміна авторсько-правового законодавства розтягнулася на кілька років, оскільки користувачі заперечували проти обмеження доступу до творів, а правовласники вважали захист своїх прав недостатнім. Із прийняттям Закону, здавалось, було досягнуто балансу інтересів сторін.

Авторське право на фотографії. Згідно з попереднім законом власником авторського права на фотографію був власник негативу або оригінальної копії фотографії, і це не обов'язково був фотограф. У випадку з фотографіями, виконаними на замовлення, власником авторського права був замовник. У новому законі приналежність авторського права на фотографії визначається за тими ж правилами, як і для інших робіт: воно автоматично належить автору, тобто фотографу, якщо тільки фотографії не були зроблені в рамках виконання службових обов'язків. Замовник фотографій, за новим законом, володіє правом використовувати фотографії в особистих цілях без дозволу фотографа.

Нові права. Власники авторських прав отримують нове право на розповсюдження своїх робіт в матеріальній формі, тобто у формі жорстких копій. Вони мають виключне право контролювати перший продаж або передачу власності на матеріальну копію. Після їх згоди на передачу роботи це право вичерпується.

Виконавці тепер мають моральні (немайнові) права на виконання. Це дає їм можливість перешкоджати зміні виконань або використанню їх разом з продуктами й послугами, яке могло б завдати шкоди честі чи репутації виконавця (право на цілісність). Виконавець також отримує право на супроводження виконання своїм ім'ям або псевдонімом (право на ім'я).

Виконавці й виробники звукозапису додатково отримують право робити запис або виконання доступними он-лайн, включаючи сервіс на вимогу, а також право на розповсюдження шляхом першого продажу або шляхом передачі права власності на запис на фізичному носії³.

Чесна поведінка і порушення авторських прав. Використання охоронюваних робіт з освітньою метою, для пародій і сатири в рамках чесною поведінки тепер не розглядається як порушення авторських прав, поряд з використанням для досліджень, особистого навчання, критики або огляду.

Нові цілі використання в рамках чесної поведінки не знайшли визначення в новому законі. Передбачається, що пародія і сатира будуть тлумачитися відповідно до їх дефініцій у словниках. Допускаються інтерпретації, прийняті в судах США.

Навчання включає в себе як приватний, так і публічний сектор, але не народну освіту в цілому.

Новий закон передбачає кілька нових вилучень із авторських прав, що стосуються користувачів. Це, зокрема, вилучення для некомерційних творів, створених користувачем. Не є порушенням використання окремою особою або членами її сім'ї загальнодоступних робіт для створення нового твору в некомерційних цілях, якщо виконуються наступні умови: використано законну копію оригінального твору; вказано джерело; ситуація на ринку оригінального твору не постраждає.

Також не є порушенням запис радіо- чи телепередач окремою особою для подальшого перегляду, якщо:

– передача була прийнята законним шляхом; записуючи її, користувач не порушував цифровий код; було зроблено тільки одну копію; копія використовувалася тільки для особистих цілей і не передавалася кому-небудь ще;

– копія зберігалася так довго, наскільки це було потрібно для перегляду (прослуховування) в більш зручний час.

Це вилучення, пов'язане зі зсувом у часі, не застосовується для послуг програмування на вимогу.

Не є порушенням виготовлення окремою особою резервної копії твору, що охороняється, при виконанні таких умов: оригінальна копія, з якої було зроблено резервну копію, належала на законних підставах даній людині або була їй ліцензована; при отриманні резервної копії не порушено цифровий код; копія була використана тільки для особистого перегляду.

Резервна копія має бути знищена, якщо особа, яка її зробила, перестала володіти (в тому числі на правах ліцензії) оригінальною копією.

Новий закон передбачає обмежені вилучення з авторських прав, що дозволяють окремій особі робити копії охоронюваних робіт для криптографічних досліджень, оцінки вразливості комп'ютерної системи або мережі, ліквідації пролому в системі безпеки або коли отримання копій є суттєвою частиною виробничого процесу. Організаціям мовлення також дозволяється робити недовговічні записи передач для полегшення їх подальшого мовлення за умови, що записи знищуються протягом 30 днів.

Вводяться обмежені вилучення для людей з порушенням сприйняття і для некомерційних організацій, в яких працюють люди, які погано сприймають друкований текст⁴.

Бібліотеки, музеї, архіви. Кілька комплексних вилучень було додано новим законом для спрощення використання он-лайн охоронюваних матеріалів освітніми установами, публічними бібліотеками, музеями та архівами.

Так, освітні установи отримали право репродукувати роботу в будь-якому форматі й показувати її безплатно, використовувати новини й коментарі (без їх спотворення), транслювати в режимі он-лайн законодавчо визначені уроки (що інакше це становило б порушення авторських прав) для зарахованих студентів.

Публічні бібліотеки, музеї та архіви отримали більше прав для виготовлення та розповсюдження цифрових копій охоронюваних робіт для спеціальних цілей, за умови обмеженого їх використання та без порушення цифрових кодів⁵.

Нові підстави для судового позову. Надання послуг, що сприяють порушенню авторських прав. Правопорушенням визнається надання послуг через цифрову мережу, якщо ці послуги створюють можливість для порушення. Далі наводиться неповний перелік питань, відповіді на які повинен отримати суд при визначенні порушення:

Чи пропонувалися послуги з метою створення умов для порушення?

Чи були інші істотні галузі використання послуг?

Чи знав провайдер послуг про порушення?

Чи міг він обмежити порушення?

Чи отримував провайдер вигоду від порушення?

Це спрямовано проти крупних торрент-сайтів, які полегшують вчинення масштабних комерційних порушень, таких як Pirate Bay, Isohunt⁶.

Обхід технічних засобів захисту. Незаконно обходити засоби технічного захисту охоронюваних робіт з метою отримання доступу до роботи, пропонувати послуги по обходу таких засобів, виробляти, розповсюджувати, продавати технології, пристрої та деталі для їх обходу.

Правовласники можуть розраховувати на ті ж засоби захисту права при порушенні положення про обхід технічних засобів, які застосовуються у разі порушення авторських прав, включаючи судову заборону, компенсацію збитку і виплату незаконно отриманого прибутку.

Існують деякі вилучення з положення про заборону обходу технічних засобів, пов'язані, наприклад, з питаннями громадської безпеки, необхідністю правозастосування, зворотного інжинірингу для забезпечення сумісності програмного забезпечення, надання доступу до робіт особам з обмеженими можливостями тощо⁷.

Видалення інформації, що стосується управління правами. Забороняється свідомо видаляти або спотворювати інформацію про управління правами, яка супроводжує охоронювану роботу. Така інформація містить характеристику роботи, в ній зазначаються автор, виконавець, умови використання. Порушення має місце, якщо особа, яка видаляла або змінювала інформацію, знала, що її дії сприяють або приховують порушення або негативно впливають на право власника роботи на винагороду. Порушенням є продаж, здача в

оренду, поширення, повідомлення публіці засобами телекомунікації копій охоронюваних робіт, якщо особа, яка вчиняє такі дії, знала, що інформація про управління правами була видалена або спотворена. У випадках видалення або спотворення інформації про управління правами правовласники можуть розраховувати на ті ж засоби захисту права, що й у разі обходу технічних засобів захисту.

Статутні збитки. Згідно зі старим законом статутні збитки варіювалися в діапазоні від 500 дол. до 20 тис. дол. за кожну порушену роботу. Новий закон зменшує розмір збитків для некомерційних порушень: вони змінюються в діапазоні від 100 до 5 тис. дол. для всіх порушень, розглянутих в одному процесі⁸. Це є достатнім засобом захисту права, коли порушення скоюють окремі особами, які скачують музику за допомогою пірингових мереж для особистого використання.

Судам дозволяється зменшувати розмір статутних збитків, якщо вони не адекватні порушенню.

Сервіс-провайдери. Сервіс-провайдери, які діють в цифровій мережі лише як пасивні посередники, що передають контент, або забезпечують хостинг або кешування тільки для підвищення ефективності, звільняються від відповідальності.

Провайдери, які здійснюють веб-хостинг, не відповідають за зберігання робіт, що порушують права – за винятком тих випадків, коли вони знали про те, що суд визнав матеріали, які зберігаються, такими, що порушують авторські права.

Новий закон встановлює процедуру письмових попереджень сервіс-провайдерів та пошукових служб. Правовласник повідомляє провайдера або пошукову службу про Інтернет-адресу, за якою розміщується матеріал, що порушує права, в листі, складеному за відповідною формою. Провайдер або пошуковик повинен переслати це повідомлення передплатнику, якому належить адреса. Якщо вони цього не роблять, їм доведеться сплатити статутні збитки в розмірі 5–10 тис. доларів.

Встановлення нових тарифів на використання музичних творів. У Канаді вже встановлено нові тарифи на використання музичних творів на різних заходах. Рішення прийнято національною Радою з авторських прав⁹. Таке законодавче рішення сприйняте композиторами, авторами текстів і виконавцями музики з цілком зрозумілим ентузіазмом. Встановлені Copyright Board of Canada (Рада з авторських прав Канади) тарифи не дуже високі. Збори авторської винагороди авторам стосуються і весіль, днів народжень, ювілеїв та інших заходів. Залежно від графіка роботи, наприклад, на караоке-бари накладається щорічний «тягар» виплати авторської винагороди в розмірі від 86 до 124 доларів.

До нинішнього часу збір роялті за виконання музичних творів в ефірі (радіо і телебаченні) й при живому виконанні на концертах вже проводився. Права на збір, акумулювання та розподіл між авторами, виконавцями та фонограмними компаніями отриманих відрахувань делеговані Товариству композиторів, авторів і видавців музичної продукції Канади (SOCAN).

Рада з авторських прав Канади, оцінивши ситуацію, прийняла рішення, що цього недостатньо. «Музичні записи – життєво необхідна частина будь-якого розважального заходу» – цитата з офіційного повідомлення Ради, що вийшло в зв'язку з новими тарифами авторської винагороди. Тобто, за будь-яке задоволення треба платити, і платити стануть організатори заходу. Весільне гуляння при 100 особах запрошених обійдеться в 9,25 дол.; верхня планка – 39,33 доларів. Якщо йдеться про святковий парад, то кожна машина або прикрашена платформа, що бере участь в ньому, якщо з її вікон звучить музика, коштуватиме організатору 4,39 доларів. Для таких заходів встановлено і нижній поріг загального збору – не менше 32,55 доларів за день¹⁰.

Про те, чи включати суми за використання фонограм у загальний рахунок замовника або виділяти його в окремий платіж, повинні дбати власники закладів, де проводиться свято, тобто – організатори.

Посилення відповідальності. Законом передбачено суттєве посилення штрафів на незаконне використання авторських матеріалів – за кожне зафіксоване порушення передбачено штраф від 500 дол. до 20 000 дол. у разі використання з комерційною метою, а сума компенсації збитку за порушення прав при приватному використанні варіюється від 100 дол. до 5000 доларів¹¹.

Передбачається, що Закон про авторське право Канади має переглядатися кожні п'ять років.

Нещодавно віце-президент Європейської Комісії Неллі Крус виступила з доповіддю на міжнародній конференції в Інституті інформаційного права IViR (Нідерланди). Доповідь, представлена під девізом «Єдиний ринок плаче за реформами у сфері авторського права», стосувалась першорядних завдань європейських законотворців у сфері регулювання авторських і суміжних прав¹². Ось деякі витяги з неї.

«Європі необхідна реформа в сфері прав інтелектуальної власності, аналогічна модернізації законів Канади та Японії», АЛЕ: Канада в даному відношенні – далеко не самий вдалий приклад, адже пом'якшення правил використання охоронюваного авторським правом контенту в системі освіти в 2012 році викликало жорстку критику канадських правовласників і призвело до таких наслідків:

– у перший рік після реформи законодавства про авторське право в Канаді (2013 р.) продажі на первинному ринку освітньої літератури для молодшої та середньої школи скоротилися на 11 %;

– прямі збитки авторів і видавців у результаті законодавчих змін становили 15,5 млн доларів, а неминуче скорочення річних доходів, що генеруються організаціями колективного управління правами при вторинному використанні творів, до 2016 року досягне 28 млн доларів, які не отримають автори;

– правові реформи Канади у сфері авторського права призвели до істотних збитків видавництва Oxford University Press Canada, яке в лютому 2014 р. було змушене закрити відділ видавництва словників та звільнити із займаних посад частину співробітників;

– реформи відгукнулися колосальними збитками в сегменті літератури для молодших і середніх шкіл: наприклад, продажі видавництва McGraw Hill Ryerson в цьому сегменті в 2013 р. скоротилися на 27 %;

– понад 1/3 авторів-членів Access Copyright (однієї з канадських організацій з колективного управління правами) заявили про свій намір відмовитися від створення освітньої літератури, оскільки у зв'язку з реформами навчальні заклади отримали можливість безоплатного доступу до авторських творів, використання яких спершу підлягало сплаті винагороди;

– у результаті правових змін видавництво Broadview publishing house повідомило про 70 % падіння продажів антологій віршів, оскільки викладачі з 2012 р. мають право використовувати фрагменти авторських творів без ліцензії та виплати авторської винагороди.

На думку віце-президента Європейської Комісії, через розширення переліку винятків з авторського права «небо в Канаді не обрушилося», однак чи варто брати приклад з держави, де реформи призвели до щорічного зниження прибутку творчої економіки більш ніж на 20 млн доларів¹³?

Віце-президент вважає, що немінуча реформа в сфері авторського права повинна: забезпечити транс-кордонний доступ до контенту в режимі он-лайн; ввести збалансовані винятки, які б приносили користь науковим діячам, вчителям, зберігачам культурної спадщини, творцям і споживачам контенту; бути настільки гнучкою, щоб знову не довелося переглядати закони через п'ять років.

Це дуже суттєві та показові підсумки дії нових і нібито прогресивних для всього світу обмежень та винятків з авторських прав. Але такі економічні наслідки необхідно передбачати і робити прогнозу оцінку при розробці законодавчих змін.

¹ Пронина О. Канадский опыт регулирования правоотношений по использованию объектов авторского права, принадлежащего отсутствующим лицам / О. Пронина // ИС. Авторское право и смежные права. – 2003. – № 4. – С. 69.

² Canada Copyright Modernization Act (S.C. 2012, с. 20, An Act to amend the Copyright Act) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=12812>

³ Там само.

⁴ Там само; *Jarvis-Tonus J.* At last, modernisation // MIP. – 2012. – № 222. – Р. 69–71.

⁵ Там само.

⁶ *Jarvis-Tonus J.* At last, modernisation // MIP. – 2012. – № 222. – Р. 69–71.

⁷ Canada Copyright Modernization Act (S.C. 2012, с. 20, An Act to amend the Copyright Act) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=12812> ; *Jarvis-Tonus J.* Вказана праця.

⁸ *Jarvis-Tonus J.* Вказана праця.

⁹ Публичная музыка стала платной : [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://www.copyright.ru/ru/news/main/2012/6/4/tarif_muzika/

¹⁰ Там само.

¹¹ Новый Закон Канады об авторских правах ослабил охрану и ужесточил ответственность : [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://www.copyright.ru/news/main/2012/11/23/avtorskoe_pravo/

¹² О вреде экспериментов с исключениями и ограничениями авторских прав : [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://www.copyright.ru/ru/news/main/2014/8/6/reforma_prava/

¹³ Там само.

Резюме

Андрощук Г. О. Закон про авторське право Канади: модернізація та економічні наслідки.

Розглянуто «удосконалений» закон Канади про авторське право (Copyright Modernization Act), його вплив на авторів і виконавців, розробників комп'ютерних ігор, провайдерів і користувачів контенту. Серед його нових особливостей зазначається розширення обмежень і винятків з авторських прав, впровадження технічних засобів захисту, введення відповідальності провайдерів за порушення авторських прав у мережі, розширення поняття «добросовісного використання», посилення штрафів на незаконне використання авторських матеріалів.

Робиться висновок про те, що розширення переліку винятків з авторського права призвело до щорічного зниження прибутку творчої економіки країни більш ніж на 20 млн доларів.

Ключові слова: авторське право, контент, провайдер, творча економіка, збитки.

Резюме

Андрощук Г. А. Закон об авторском праве Канады: модернизация и экономические последствия.

Рассмотрен «усовершенствованный» закон Канады об авторском праве (Copyright Modernization Act), его влияние на авторов и исполнителей, разработчиков компьютерных игр, провайдеров и пользователей контента. Среди его новых особенностей отмечается расширение ограничений и исключений из авторских прав, внедрение технических средств защиты, введение ответственности провайдеров за нарушения авторских прав в сети, расширение понятия «добросовестного использования», ужесточение штрафов на незаконное использование авторских материалов.

Делается вывод о том, что расширение перечня исключений из авторского права привело к ежегодному снижению прибыли творческой экономики страны более чем на 20 млн долларов.

Ключевые слова: авторское право, контент, провайдер, творческая экономика, убытки.

Summary

Androshchuk G. Copyright laws Canada: modernization and economic impact.

The author examines Canada's new Copyright Modernization Act and its effect on authors, performers, computer games developers, content providers and users. The novelties of the act include the expansion of limitations and exception from copyright, implementation of technical means of protection, introduction of liability for copyright infringement online, expansion of the bona fide use, hiking fines for illegal usage of copyrighted materials. He comes to the conclusion that the expansion of exemptions from copyright cut the profits of the nation's creative industry by more than EUR 20 mln.

Key words: copyright, content, provider, creative industry, losses.

УДК 347.7

С. П. МОСОВ

Сергій Петрович Мосов, доктор військових наук, професор, заступник директора ДІП «Український інститут промислової власності»

РОЛЬ УНІВЕРСИТЕТІВ У РОЗРОБЦІ НАЦІОНАЛЬНОЇ СТРАТЕГІЇ В СФЕРІ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ В УКРАЇНІ

Університети, знаходячись на передових позиціях у питаннях освітньої діяльності й науки, призначені для розвитку в студентів творчого мислення та формування в них здатності до інтелектуальної діяльності (рис. 1).

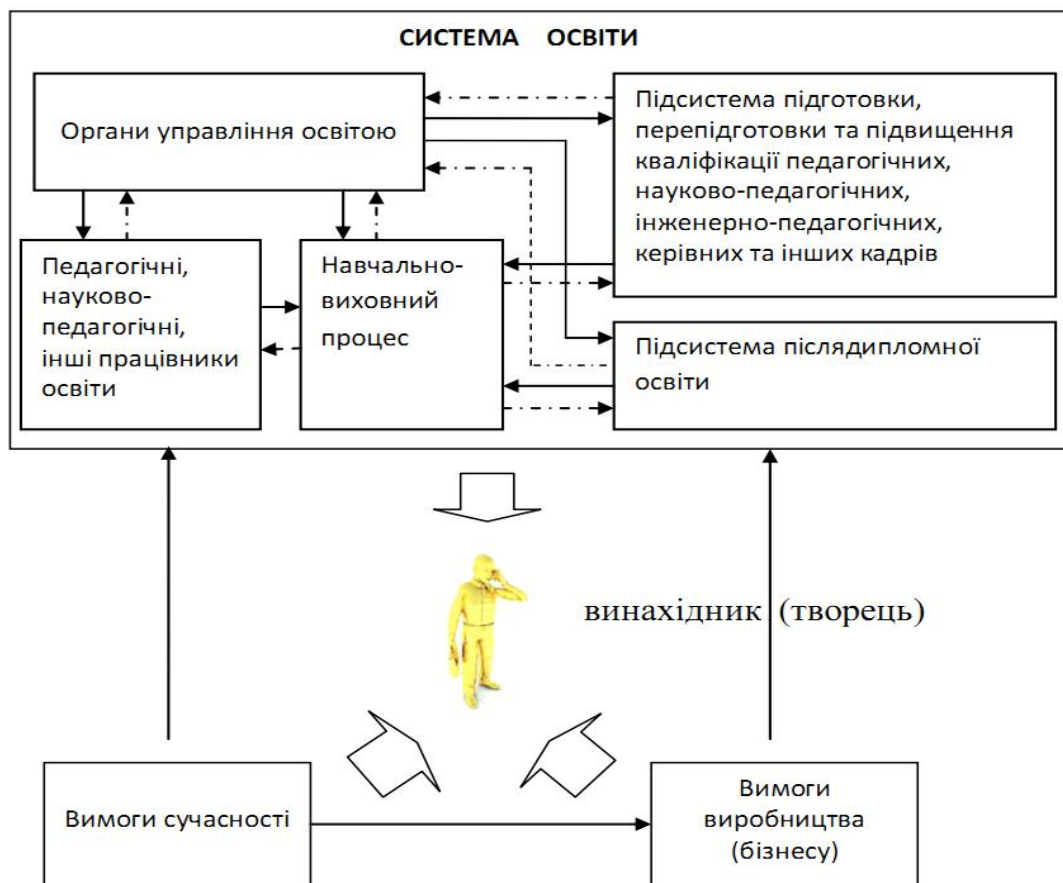


Рис. 1. Загальна схема формування людського капіталу

Указом Президента України від 25 червня 2013 р. № 344/2013 схвалена Національна стратегія розвитку освіти в Україні на період до 2021 року. Ключовим завданням освіти у XXI ст. визначено розвиток мислення, орієнтованого на майбутнє.

З урахуванням існуючих труднощів і ризиків метою Стратегії вважається підвищення доступності якісної, конкурентоспроможної освіти відповідно до вимог інноваційного сталого розвитку суспільства та економіки. При цьому звертається увага на те, що Стратегія повинна формуватися адекватно вимогам переходу до постіндустріальної цивілізації, що забезпечить сталий рух та розвиток України в першій чверті XXI століття.

Виходячи з положень Національної стратегії розвитку освіти в Україні на період до 2021 року, слід наголосити, що перехід до постіндустріальної цивілізації пов'язаний насамперед із оригінальним використанням знань та інших ресурсів. А для цього потрібне не абияке, а саме авторське, особисте креативне мислення.

З прийняттям нового Закону України «Про вищу освіту» від 1 липня 2014 р. № 1556-VII удосконалено парадигму вищої освіти в Україні. Одним із основних акцентів цього закону вважається створення умов для посилення співпраці державних органів і бізнесу з вищими навчальними закладами та поєднання освіти з наукою й виробництвом з метою підготовки конкурентоспроможного людського капіталу для високотехнологічного та інноваційного розвитку країни, самореалізації особистості, забезпечення потреб суспільства, ринку праці і держави у кваліфікованих фахівцях.

У постіндустріальному суспільстві традиційний процес праці має замінюватися творчістю. Здатність до творчості присутня, як показує досвід, не всім працівникам навіть за наявності у них достатнього рівня інтелекту. Крім особистої обдарованості, творчій людині слід мати ще декілька обов'язкових якостей. По-перше, здатність до творчої діяльності підкріплюється в сучасних умовах досить високим рівнем освіти. По-друге, у неї має бути сформована культура творчого мислення. По-третє, творча людина повинна мати відповідний багаж міжпрофесійних знань, умінь і навиків, які прямо не належать до її професійних обов'язків, тобто духовний, культурний та інтелектуальний потенціал. Саме такий запас знань і навиків, моральних та психологічних якостей, на думку провідних фахівців, дає можливість працівнику творити вільно, у повному сенсі цього слова.

Таким чином, завдяки схваленню Національної стратегії розвитку освіти в Україні та прийняттю Закону України «Про вищу освіту» зроблено якісно новий крок у справі модернізації національної освіти. Ми впевнені, що це позитивно вплине на створення умов для формування нової генерації винахідників і творців, а також конкурентоспроможних на світовому рівні інноваційних рішень і буде сприяти подальшому розвитку сфери інтелектуальної власності в Україні.

Актуальним нині для нашої країни є питання, яке безпосередньо пов'язане з розробкою Національної стратегії в сфері інтелектуальної власності в Україні (далі – Стратегія) і визначенням ролі університетів у процесі її розробки.

Державна служба інтелектуальної власності України займається питанням розробки зазначеної Стратегії у межах завдань, що покладені на неї, як на центральний орган виконавчої влади з реалізації державної політики в сфері інтелектуальної власності. Проект Стратегії розташований на її офіційному веб-порталі.

Як показує аналіз світового досвіду, сьогодні інтелектуальна власність уже перетворилася на один із звичайних важелів регулювання бізнесу, особливо в провідних країнах Європи, Японії та США. Вона впливає також на відношення компаній щодо розгляду питання про інвестиції в інноваційні проекти або диверсифікацію продукції, вирішення питання злиття компаній або їхнього поглинання, створення промислових об'єднань і спільних підприємств, а також проведення ліцензійної політики.

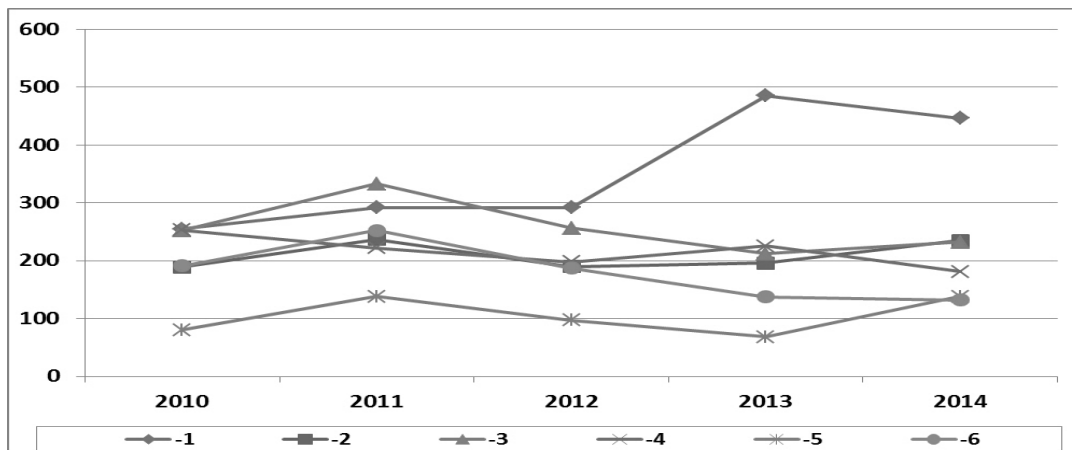
Таким чином, економіка, що раніше базувалася тільки на бетоні та залізі, під впливом змін у формуванні ринкових відносин на міжнародній арені поступово замінюється на економіку, засновану на ідеях і знаннях, у рамках якої інтелектуальна власність стає однією з домінуючих цінностей та надійним засобом у конкурентній боротьбі.

Важливість розробки зазначеної Стратегії зумовлена як необхідністю визначення перспектив подальшого розвитку державної системи правової охорони інтелектуальної власності, так і потребою забезпечення в Україні таких умов, за яких творчі працівники, новатори та бізнесмени могли б конкурувати і процвітати, створюючи матеріальні цінності та робочі місця, а громадяни добре розуміли б роль інтелектуальної власності в створенні суспільних благ. Саме на цьому концентрується увага і в рекомендаціях Всесвітньої організації інтелектуальної власності, які викладені у Керівництві з розробки стратегії в сфері інтелектуальної власності в країнах з перехідною економікою.

Перш ніж зазначити роль університетів у процесі розробки Національної стратегії в сфері інтелектуальної власності в Україні, необхідно мати чітке уявлення про поточну ситуацію, яка склалася з інтелектуальною власністю у вищих навчальних закладах України і передусім в університетах. Для цього проаналізуємо поточну статистику за дев'ять місяців 2014 року з урахуванням аналогічних даних попередніх років.

Як показує аналіз динаміки винахідницької активності, до складу ВНЗ (рис. 2), які подали протягом 2014 р. понад 150 заявок на винаходи і корисні моделі, потрапили: Національний університет харчових технологій (446 заявок); Національний технічний університет України «Київський політехнічний інститут» (235 заявок); Національний університет біоресурсів і природокористування України (232); Національний медичний університет імені О. О. Богомольця (181 заявка).

Східноукраїнський національний університет імені Володимира Даля (м. Луганськ), який останніх чотири роки знаходиться в трійці лідерів, подав 97 заявок, що обумовлено складною ситуацією у південно-східному регіоні нашої країни.



- 1 – Національний університет харчових технологій
- 2 – Національний технічний університет України «Київський політехнічний інститут»
- 3 – Національний університет біоресурсів і природокористування України
- 4 – Національний медичний університет імені О. О. Богомольця
- 5 – Національний аерокосмічний університет імені М. Є. Жуковського «Харківський авіаційний інститут»
- 6 – Вінницький національний технічний університет

Рис. 2. Динаміка винахідницької активності ВНЗ

До групи лідерів у різні роки потрапляли: Вінницький національний технічний університет (2010, 2011, 2012, 2014 рр.); Одеська національна академія харчових технологій (2011, 2012, 2014 рр.); Національний аерокосмічний університет імені М. Є. Жуковського «Харківський авіаційний інститут» (2011 і 2014 рр.) і Київський національний університет технологій та дизайну (2010, 2011 та 2012 рр.).

При цьому слід звернути увагу на те, що переважно університетами подаються заявки на корисні моделі і в значно меншому обсязі – на винаходи. Аналогічною є й динаміка реєстрації патентів на винаходи та корисні моделі.

Із названих університетів значну активність проявляють ще 26 вищих навчальних закладів. Усього за 2014 р. вищими навчальними закладами подано 4662 заявки на винаходи та корисні моделі.

Водночас патентна статистика свідчить (рис. 3), що підтримання чинності за напрямом «освіта» активно здійснюється протягом перших 4–5 років, що обумовлено в основному терміном проведення дисертаційних досліджень і виконання науково-дослідних робіт, у межах яких відбувається підготовка дисертацій, а не вимогами інноваційного процесу.

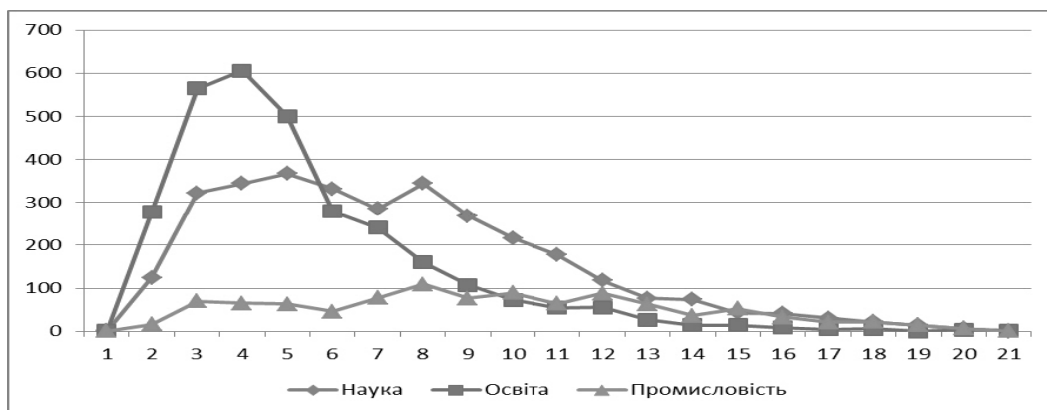


Рис. 3. Динаміка підтримання чинності патентів на винаходи

Такою є загальна картина стосовно університетів та інших вищих навчальних закладів щодо їх активності й місця у справі патентування результатів своїх творчих наробіток.

На фоні отриманої картини логічно постає питання про те, а яким є сучасний погляд на університет у площині інтелектуальної власності та можливі шляхи його трансформації до умов постіндустріального суспільства?

Сучасні дослідники соціально-економічного розвитку акцентують увагу на тому, що формування нової парадигми цивілізаційного розвитку, яка ґрунтується на використанні інтелекту та інновацій як стратегічних факторів соціально-економічного прогресу, потребує переосмислення низки фундаментальних теоретико-методологічних принципів і понять економічної науки. У такому контексті варта особливої уваги ідея трансформації університетів з явища соціокультурного на явище економічне. Якщо розвиток університетів в індустріальний період цивілізації відбувався за зміною класичної моделі на дослідницьку, то в постіндустріальному суспільстві дослідницька модель трансформується в інноваційну.

Прикладом цього є такі відомі університети США, як Каліфорнійський, Стенфордський, Колумбійський, Мічиганський, а також Масачусетський технологічний інститут. Ці навчальні заклади й аналогічні їм у СРСР, Європі та Японії, упродовж першої половини ХХ ст. перетворилися на головних суб'єктів генерування наукових і технічних знань, здійснюючи фундаментальні дослідження на замовлення уряду або прикладні дослідження – на замовлення промислових корпорацій. Їх головна функція полягала у створенні об'єктів інтелектуальної власності та трансляції генерованих знань в освітньому процесі.

В останній чверті ХХ ст. університети активізувалися вже як суб'єкти комерціалізації створених в їх стінах об'єктів інтелектуальної власності. Зокрема, доходи провідних університетів США від ліцензійної діяльності порівнюються з доходами від діяльності з надання освітніх послуг. На початку ХХІ ст. щорічно додатковий дохід від ліцензійної діяльності всіх американських університетів становив понад 700 млн дол., загалом же американська економіка отримала від реалізації біля 7,5 тис. нових університетських ліцензій понад 33 млрд дол. прибутку та майже 280 тис. робочих місць.

Хіба це не є наочним прикладом для українських університетів, які мають перейти від дослідницької до інноваційної моделі у своїй діяльності? Саме так! Саме такою має стати найближча перспектива українських університетів!

Завдяки активній діяльності щодо просування інтелектуальної власності з боку як урядових, так і громадських установ і організацій, в Україні все більше поглиблюється процес усвідомлення ролі інтелектуальної власності як цінного ресурсу та міцного механізму розвитку творчої активності й інновацій. Зростання рівня культури українського суспільства у сфері інтелектуальної власності в цілому вимагає, за прикладом розвинених країн світу, включення навчання з питань інтелектуальної власності в національну систему освіти на всіх її рівнях: доуніверситетського, професійно-технічного, університетського та постуніверситетського. Це, у свою чергу, вимагає більш активного залучення до цього процесу не тільки Міністерства освіти і науки України, а й безпосередньо самих університетів.

Національна стратегія в сфері інтелектуальної власності повинна мати за мету створення необхідних умов для розвитку й консолідації відповідно юридичної, інституціональної та соціальної бази для створення, правової охорони, управління і повного використання потенціалу інтелектуальної власності, які сприятимуть розвитку конкурентоспроможної економіки України, що має бути максимально заснована на знаннях та інноваціях. При цьому інтелектуальна власність має стати фундаментальним і міцним інструментом у створенні сприятливого середовища для інновацій, творчої активності та вільної конкуренції для економічного, соціального й культурного розвитку нашої держави.

Комплексний, багатоаспектний і багатofункціональний характер інтелектуальної власності, її присутність у всіх сферах економічного, наукового, культурного та соціального життя нашої країни обумовлює, з одного боку, необхідність застосування системного підходу як з юридичної, так і з інституціональної точок зору, а з іншого боку, правильне її використання надасть можливість досягти позитивних синергійних результатів у різних сферах і стимулювати творчу активність, інновації й економічне зростання України.

У такому контексті необхідно здійснити низку актуальних та адекватних заходів для прогресивного інтегрування інтелектуальної власності у всіх сферах економічної, наукової, культурної й соціальної діяльності України. При цьому загальними цілями мають стати:

1. Удосконалення шляхів і процедур реалізації державної політики у сфері інтелектуальної власності в інтересах формування сприятливих умов для активного переходу нашої країни до інноваційної моделі зростання економіки.
2. Стимулювання створення, надійного захисту та широкого використання інтелектуальної власності як ключового інструмента в інтересах інноваційного розвитку економіки держави.
3. Постійне вдосконалювання нормативної бази в сфері інтелектуальної власності, у тому числі шляхом її гармонізації із законодавством Європейського Союзу та міжнародними нормами права.
4. Розвиток і модернізація державної системи правової охорони інтелектуальної власності відповідно до умов євроінтеграції країни.
5. Зміцнення інституціонального потенціалу органів, наділених повноваженнями та відповідальністю щодо захисту та забезпечення дотримання прав інтелектуальної власності, розвиток ефективної інфраструктури з попередження та боротьби з явищами контрафакції й піратства.
6. Популяризація й поширення знань в українському суспільстві з питань інтелектуальної власності, інформування широкої громадськості про роль інтелектуальної власності та підвищення інтересу до захисту і дотримання прав інтелектуальної власності.
7. Розвиток міжнародного, регіонального і багатостороннього співробітництва в сфері інтелектуальної власності та інтегрування України в міжнародний і європейський інтелектуальний простір.

Виходячи із наведених цільових напрямів, можна перейти до визначення ролі університетів у розробці та подальшій реалізації Національної стратегії в сфері інтелектуальної власності в Україні.

Відповідно до з рекомендацій Всесвітньої організації інтелектуальної власності, що викладені у розділі VII Керівництва з розробки стратегії в сфері інтелектуальної власності у країнах з перехідною економікою під назвою «Кому необхідно діяти», університетський сектор і державні дослідницькі інститути повинні впливати на Стратегію таким чином, щоб забезпечити розподіл вигоди від передачі технології між усіма учасниками. Крім того, Стратегія повинна враховувати й передбачати важливу роль освіти та досліджень (у некомерційному змісті), які повинні діяти й далі заради загального добробуту країни.

Враховуючи наявний позитивний досвід провідних країни світу, що вже перейшли у стан постіндустриальної цивілізації, українські університети мають розв'язати низку наступних завдань:

- перейти від класичної дослідницької моделі до інноваційної моделі та перетворитися на один із головних генераторів знань та інновацій;
- спрямувати захист прав інтелектуальної власності на підтримку економічного застосування результатів дослідницької діяльності й отриманих знань на благо громадськості та для створення цінностей;
- розробити об'єктивні та ґрунтовні механізми оцінки наукових результатів, що отримуються в університетах, з метою виявлення результатів досліджень, які мають комерційний потенціал, вироблення стратегії захисту прав інтелектуальної власності, пошуку промислових партнерів і укладання з ними відповідних угод;
- створити необхідну базу для нарощування науково-дослідного потенціалу університетів і відповідних потужностей з використання прав інтелектуальної власності університетів;
- удосконалити освітній процес шляхом внесення в сферу освіти викладання знань з питань інтелектуальної власності зі змістом, що має бути адаптований до кожного рівня: доуніверситетський, університетський та постуніверситетський;
- покращити кваліфікацію університетських фахівців зі спеціальною підготовкою в сфері інтелектуальної власності;
- розвивати творчу активність молодого покоління шляхом стимулювання дослідницької та інноваційної діяльності студентів.

Підбиваючи підсумки, треба наголосити, що розробка та наступна реалізація положень Національної стратегії в сфері інтелектуальної власності є важливим кроком для України на шляху переходу до постіндустриальної цивілізації та успішної євроінтеграції. На цьому шляху університетам відводиться одна з головних ролей, тому що університет, як установа, стане центральним інститутом у майбутньому завдяки своїй ролі джерела нових знань та інновацій.

Більш того, уже сьогодні, не чекаючи ухвалення Стратегії, університет треба розглядати у контексті інноваційної моделі функціонування, де він є власником об'єктів інтелектуальної власності, реалізація яких може відбуватися шляхом створення університетськими випускниками компаній, що виступають головними продуцентами інновацій, маючи передусім економічні прояви, коли створюються види діяльності та інноваційна продукція і послуги, невідомі раніше ринку і самому суспільству. Відтак університет буде здатний розкрити нові горизонти соціально-економічного розвитку людства.

Резюме

Мосов С. П. Роль університетів у розробці Національної стратегії в сфері інтелектуальної власності в Україні.

У статті концептуально висвітлено роль і визначено завдання університетів у формуванні інтелектуального потенціалу нашої держави з урахуванням положень Національної стратегії розвитку освіти в Україні на період до 2021 року і Закону України «Про вищу освіту» щодо модернізації національної освіти. Проаналізовано поточну ситуацію, що склалася з інтелектуальною власністю у вищих навчальних закладах України і насамперед в університетах. Обґрунтовано завдання університетів у справі розробки Національної стратегії розвитку сфери інтелектуальної власності в Україні з урахуванням досвіду провідних країни світу.

Ключові слова: університет, інтелектуальна власність, стратегія.

Резюме

Мосов С. П. Роль университетов в разработке Национальной стратегии в сфере интеллектуальной собственности в Украине.

В статье концептуально освещена роль и определены задачи университетов в формировании интеллектуального потенциала нашего государства с учетом положений Национальной стратегии развития образования в Украине на период до 2021 года и Закона Украины «О высшем образовании» относительно модернизации национального образования. Проанализирована текущая ситуация, сложившаяся с интеллектуальной собственностью в высших учебных заведениях Украины и, в первую очередь, в университетах. Обоснованы задачи университетов в деле разработки Национальной стратегии развития сферы интеллектуальной собственности в Украине с учетом опыта ведущих стран мира.

Ключевые слова: университет, интеллектуальная собственность, стратегия.

Summary

Mosov S. The role of universities in developing the National Strategy on Intellectual Property in Ukraine.

This article conceptually investigates the role and determines the tasks of the universities in the formation of intellectual potential of our state with due regard to provisions of the National Strategy of Education Development in Ukraine for the period until 2021 and of the Law of Ukraine "On Higher Education" concerning modernization of the national education. The current situation of intellectual property in higher education establishments of Ukraine and, primarily, in universities is analyzed in this article. The tasks of universities in the development of the National Strategy on Intellectual Property in Ukraine are defined with regard to the experience of leading countries of the world.

Key words: university, intellectual property, strategy.

У. Б. АНДРУСІВ

Уляна Богданівна Андрусів, кандидат юридичних наук, доцент Львівського державного університету внутрішніх справ

ПРАВОВИЙ СТАТУС ОРГАНІЗАЦІЙ МОВЛЕННЯ

У цивілістичній науці суб'єктом права прийнято вважати особу (фізичну особу, організацію, інше соціальне утворення), що може бути носієм суб'єктивних цивільних прав та обов'язків та, відповідно, виступати учасником цивільних правовідносин. Серед кола цих учасників вагоме місце посідають суб'єкти права інтелектуальної власності. Легальне визначення окресленого терміна регламентоване ст. 421 Цивільного кодексу України. Так, суб'єктами права інтелектуальної власності є творець (творці) об'єкта права інтелектуальної власності (автор, виконавець, винахідник тощо) та інші особи, яким належать особисті немайнові та/або майнові права інтелектуальної власності відповідно до ЦКУ, іншого закону або договору. Зі змісту вказаної норми випливає, що дефініція терміна подана через зазначення окремих груп осіб, які визнаються творцями, та характеристики прав, якими вони наділені. При цьому «творцем» слід вважати особу, творчою працею якої створюється результат інтелектуальної, творчої діяльності. Помилковою, на нашу думку, є позиція фахівців, які вважають, що творцями об'єктів права інтелектуальної власності не можуть бути юридичні особи¹. Наочним прикладом юридичних осіб-творців є організації мовлення, які беззаперечно є творцями створюваного ними інформаційного контенту.

Виходячи з наведеного, дефініцію терміна «суб'єкт права інтелектуальної власності» можна сформулювати наступним чином: творець (фізична або юридична особа) об'єкта права інтелектуальної власності та інші особи, яким належать немайнові та майнові права у сфері інтелектуальної власності.

До сфери правового впливу права інтелектуальної власності належить діяльність, що здійснюють організації мовлення, потреба в охороні яких зумовлена значними фінансовими та організаційно-технічними затратами при створенні та розповсюдженні інформаційного контенту.

Зауважимо, що із практичної точки зору усіх носіїв виключних суміжних прав поділяють на дві групи – первинні та похідні².

Первинним суб'єктом є організація мовлення, власними зусиллями якої створено передачу. При визначенні такого суб'єкта підлягає застосуванню презумпція належності суб'єктивних прав телерадіоорганізації, найменування (позивні, логотип) якої зазначено під час трансляції програми.

Відзначимо, що серед цивілістів висловлювалась думка, що юридичні особи можуть бути лише похідними суб'єктами³. Сумнівною видається й висунута М. В. Гордоном концепція первісного авторського права юридичної особи, яке виникає у тих випадках, коли конкретні автори не можуть бути точно визначені⁴. Вважаємо, що така позиція є хибною, оскільки право суб'єкта є похідним, якщо воно раніше належало іншому суб'єктові, а організації мовлення у випадку створення власного інформаційного контенту не присвоюють чие-небудь авторство.

До другої групи належать правонаступники первинних суб'єктів, якими можуть бути особи, які набули майнових прав відповідно до договору у порядку, передбаченому главою 75 ЦК. При цьому утрудненим на практиці є виявлення усього ланцюга передачі прав на використання програм (передач) при неодноразовому правонаступництві та значною кількістю вторинних правоволодільців.

Виходячи з приписів ст. 1 Закону України «Про авторське право і суміжні права», термін «організація мовлення» поширюється на дві категорії суб'єктів: організації ефірного та кабельного мовлення. На наше глибоке переконання, наведене положення варто доповнити організаціями, що мовлять у глобальній мережі Інтернет та інших видах телекомунікаційних мереж у випадку розповсюдження ними власного інформаційного продукту.

У ролі цих суб'єктів можуть виступати особи, які мають офіційне місцезнаходження на території України та здійснюють трансляцію за допомогою передавачів, розташованих на території України.

Організацією ефірного мовлення слід вважати телерадіоорганізацію, що здійснює публічне сповіщення радіо- чи телевізійних передач і програм мовлення (як власного виробництва, так і виробництва інших організацій) шляхом передачі в ефір за допомогою радіохвиль (а також лазерних променів, гамма-променів тощо) у будь-якому частотному діапазоні (у тому числі й з використанням супутників). Організація кабельного мовлення – це телерадіоорганізація, що здійснює публічне сповіщення радіо- чи телевізійних передач і програм мовлення (як власного виробництва, так і виробництва інших організацій) шляхом передачі на віддалі сигналу за допомогою того чи іншого виду наземного, підземного чи підводного кабелю (провідникового, оптоволоконного чи іншого виду).

Відповідно до Закону України «Про телебачення і радіомовлення» телерадіоорганізацією є зареєстрована у встановленому законодавством порядку юридична особа, яка на підставі виданої Нацрадою ліцензії

на мовлення створює або комплектує та/чи пакує телерадіопрограми і/або передачі та розповсюджує їх за допомогою технічних засобів мовлення.

Закон України «Про телебачення і радіомовлення», на відміну від Цивільного кодексу та Закону України «Про авторське право і суміжні права», оперує терміном «телерадіоорганізація», який є синонімом терміна «організація мовлення». Окрім того, у вказаному нормативному акті згадується такий суб'єкт як мовник. При з'ясуванні сутності діяльності цього суб'єкта, вбачається, що він тлумачиться аналогічно до терміна «телерадіоорганізація», за винятком певних уточнень, які не містять суттєвого смислового навантаження. Тотожність цих категорій також впливає із дослідження самого тексту Закону: в одних статтях для позначення суб'єкта суміжних прав вживається термін «телерадіоорганізація», а в інших – «мовник». Для усунення різнотлумачень та з метою єдиного позначення суб'єкта інформаційної діяльності, який наділений виключними правами на програми (передачі), вбачаємо доцільним внести відповідні корективи у ст. 1 Закону України «Про телебачення і радіомовлення»: іменувати суб'єкта інформаційної діяльності як організація мовлення; замінити у тексті терміни «мовник», «телерадіоорганізація» на «організація мовлення» та вилучити відповідні визначення.

Із наведених нормативних дефініцій спробуємо виокремити основні ознаки, які характеризують організацію мовлення:

- досліджувані суб'єкти наділені статусом юридичної особи. На нашу думку, законодавець суттєво зву- жує коло осіб, які можуть здійснювати мовлення та відповідно визнаватися суб'єктами виключних прав на програму (передачу). При цьому варто пригадати приписи ст. 2 Європейської конвенції про транскордонне телебачення, у якій регламентовано, що телемовник – фізична чи юридична особа, яка несе редакційну від- повідальність за складання телевізійних програмних послуг, призначених для прийому, який здійснює гро- мадськість, і яка транслює їх сама, чи для якої їх передає третя сторона в повному обсязі й без змін⁵.

Як бачимо з наведеного визначення, на відміну від українського законодавства європейське право допускає, що телемовником може виступати не лише юридична, а й фізична особа. Зауважимо, що такої ж думки дотримуються деякі науковці⁶ та законодавці ближнього зарубіжжя⁷. Нам також імпонує ця позиція, тому вбачаємо доцільним у законодавчих положеннях розширити коло суб'єктів, які спроможні набувати виключних прав на програми (передачі), за рахунок фізичних осіб-підприємців;

- з положень ст. 1 Закону України «Про телебачення і радіомовлення» впливає, що організація мов- лення є суб'єктом інформаційної діяльності, якому притаманні риси аудіовізуального ЗМІ;

- окреслені суб'єкти суміжних прав повинні розповсюджувати телевізійні чи радіопрограми та переда- чі шляхом трансляції та ретрансляції. Особи, які лише створюють інформаційний продукт для подальшої трансляції мовником, до прикладу, студії-виробники, не розглядаються як організації мовлення;

- трансляції та ретрансляції мають бути спрямовані на приймання споживачами;

- організації мовлення повинні здійснювати публічне сповіщення програм, у тому числі власного виробництва. Організація, які лише ретранслюють «чужі» програми (провайдери програмної послуги) – виключні права не надаються;

- ознакою, яка не знайшла належного закріплення на законодавчому рівні є те, що організація мовлен- ня повинна брати на себе ініціативу і нести правову та редакційну відповідальність за створення, монтаж, зміст програм (передач), час їх виходу в ефір та правомірність трансляції. Варто зауважити, що на 22 сесії Постійного комітету з авторського права і суміжних прав ВОІВ, яка мала місце з 15 по 22 червня 2011 р., досягнуто згоди щодо обов'язковості включення до дефініції терміна «організація ефірного мовлення та організація кабельного мовлення» окресленої ознаки⁸. На наше глибоке переконання, цей критерій має знай- ти відображення у національному законодавстві, шляхом викладення ч. 6 ст. 6 Закону України «Про телеба- чення і радіомовлення» у новій редакції.

Зважаючи на викладене, вважаємо, що визначення, окреслене в ст. 1 Закону України «Про телебачення і радіомовлення», потребує доопрацювання, зокрема: організація мовлення – це суб'єкт господарювання (юридична особа або фізична особа-підприємець), який на підставі виданої Нацрадою ліцензії на мовлення створює (комплектую та/або пакує) програми (передачі) та розповсюджує їх у відкритому або кодованому вигляді відповідно до сітки мовлення або каталогу програм за допомогою технічних засобів мовлення шля- хом трансляції/ретрансляції для приймання їх споживачами.

Окрім того, варто звернути увагу на ту обставину, що законодавець при визначенні терміну «організа- ція ефірного мовлення» посилається на технологічні платформи дистрибуції мовного контенту, що, на наш погляд, є не зовсім правильно, оскільки з розвитком новітніх технологій, поряд з традиційними платформа- ми (супутниковими, кабельними, наземними частотами), трансляція може здійснюватись через мобільні пристрої, Інтернет, що безумовно не відобразилось у законодавстві. Тому вважаємо доцільним зайняти тех- нологічний нейтралітет, що позбавляє необхідності вказівки на платформи, за допомогою яких програми можуть бути доведені до загального відома. Закріплення у законодавстві технологічно нейтральних визна- чень забезпечить охорону не лише організаціям мовлення, які здійснюють мовлення за допомогою тради- ційних платформ та мереж, а й легальним суб'єктам інформаційної діяльності, які функціонують у рамках нових засобів комунікації або платформ. З огляду на це, посилення на способи розповсюдження слід вилу- чити із законодавчих положень.

Заснування телерадіоорганізації здійснюється за волевиявленням правомочної юридичної особи або громадянина України. Однак не всі суб'єкти господарювання можуть бути засновниками організацій мов-

лення. Обмеження у реалізації цього права торкається іноземних юридичних і фізичних осіб та апатридів. Однак, обмеження участі нерезидентів при заснуванні телекомпанії не позбавляє їх можливості безперешкодно ставати її співвласниками. Частина 3 ст. 12 Закону України «Про телебачення і радіомовлення» є відомою нормою та не врегульовує питання участі іноземних юридичних та фізичних осіб у статутному капіталі організації мовлення, що призводить до появи компаній із стовідсотковими іноземними інвестиціями.

Для усунення цієї правової колізії необхідно внести зміни до згаданої норми, чітко розмежувавши статус власників, засновників та учасників організацій мовлення, які є іноземними суб'єктами господарювання, та встановивши максимальний розмір їх частки у статутному капіталі (до прикладу, щонайбільше 50 %).

Порядок легалізації організації мовлення, як суб'єкта господарської діяльності, регламентований Законом України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців». У Законі України «Про телебачення і радіомовлення» зазначено, що телерадіоорганізації після отримання ліцензії на мовлення зобов'язані зареєструватись як суб'єкт інформаційної діяльності. Відомості про таку спеціальну реєстрацію вносяться до Державного реєстру телерадіоорганізацій України, що ведеється Нацрадою.

Станом на 31 грудня 2013 р. до Держреєстру внесено дані про 1636 телерадіоорганізацій та суб'єктів інформаційної діяльності, а саме: 1572 телерадіомовних організацій та провайдерів програмної послуги, 71 суб'єктів інформаційної діяльності⁹.

На наше глибоке переконання, реєстрація організацій мовлення та провайдерів програмної послуги, як суб'єктів інформаційної діяльності є недоцільною, оскільки створює зайві перешкоди для здійснення діяльності цими суб'єктами. Ці суб'єкти і так набувають спеціального статусу при здійсненні ними інформаційної діяльності. Щодо ведення реєстру, то відомості до нього можуть вноситись автоматично при видачі відповідної ліцензії.

Як впливає з диспозиції ст. 11 Закону України «Про телебачення і радіомовлення», структуру національного телерадіомовлення становлять: державні (НТК, НРК) та комунальні телерадіоорганізації (засновані органами місцевого самоврядування за участі територіальних громад), система Суспільного телебачення і радіомовлення України, приватні, незалежно від способу розповсюдження програм, громадські та інші телерадіоорганізації, засновані відповідно до вимог законодавства України. Однак доводиться констатувати, що фактично функціонують лише державні та приватні (комерційні) мовники.

Вважаємо, що національну телерадіомовну систему слід диференціювати на два сегменти: суспільний та приватний. З огляду на це, приписи спеціального закону, які містять згадку про державні організації, варто вилучити, коли буде впроваджено Суспільне телебачення і радіомовлення.

Залежно від територіального покриття розрізняють загальнонаціональні, регіональні, місцеві та закордонні категорії мовлення, канали мовлення або багатоканальні телемережі. Так, сьогодні у сфері телевізійного мовлення працює 30 загальнонаціональних та 76 регіональних канали, а в радіомовній сфері – 15 загальнонаціональних та 57 регіональних.

Окрім того, організації мовлення доцільно структурувати за такими ознаками: способом розповсюдження (ефірні, кабельні, супутникові, мережеві); формою власності (державні, приватні, комунальні); метою створення (комерційні, неприбуткові).

Зауважимо, що сама по собі реєстрація не є достатньою підставою для здійснення діяльності, пов'язаної зі створенням та розповсюдженням програм (передач). Законне право розпочати мовлення організація мовлення набуває лише з моменту отримання ліцензії, яка є основним інструментом державного регулювання у сфері телебачення і радіомовлення.

Варто зауважити, що види діяльності, пов'язані з технічним обслуговуванням і експлуатацією телекомунікаційних мереж, мереж ефірного теле- та радіомовлення, проводового радіомовлення та телемереж ліцензуються у порядку, встановленому Законом України «Про телекомунікації». Таке відокремлення механізмів ліцензування мовлення, провайдерів програмної послуги від ліцензування діяльності з надання телекомунікаційних послуг обумовлено заборонаю подвійного ліцензування.

У зв'язку з обмеженістю частотного спектру, який використовується для потреб ефірного мовлення, мовники повинні отримати дозвіл на використання радіочастотного ресурсу України. Правові, організаційні та економічні засади його використання регламентуються Законами України «Про радіочастотний ресурс України», «Про телекомунікації», Планом використання радіочастотного ресурсу України та Державною програмою впровадження цифрового телерадіомовлення.

Зауважимо, що можливість та умови користування окресленим природним ресурсом визначаються висновком органу частотного планування, після отримання якого Нацрада оголошує конкурс на отримання ліцензії на мовлення. У відповідності до ст.31 Закону України «Про радіочастотний ресурс України», користування радіочастотним ресурсом України телерадіоорганізаціями та провайдерами програмної послуги для потреб телебачення і радіомовлення здійснюється на підставі ліцензії на мовлення та не потребує ліцензії на користування радіочастотним ресурсом України.

Заслугує нашої уваги також питання наявності творчого начала у діяльності організацій мовлення. Етимологія терміна «творчість» означає «створювати щось нове»¹⁰. У літературі цю категорію тлумачать як «розумову діяльність, що призводить до отримання якісно нового результату, який відрізняється своєю неповторністю та оригінальністю»¹¹. Усі результати творчості – прояви діяльності людського розуму, який спроможний створювати ідеальні образи.

Отже, під творчістю слід розуміти цілеспрямовану діяльність творця, яка породжує створення якісно нових, оригінальних духовних або матеріальних цінностей.

Хоча творча діяльність є вищим проявом інтелектуальної власності, однак такий критерій як творчість є оціночним. З огляду на це, нам імponує позиція цивілістів, які переконані у тому, що неможливо вивести умови, при яких можна буде визначити, що твір носить творчий характер¹².

Значимість творчості знаходить свої прояви всюди. Незважаючи на це, питання про віднесення діяльності організацій мовлення до творчої викликає полеміку серед науковців. Так, думки фахівців з цього приводу розділились на два діаметрально протилежні табори. Найпоширенішою є точка зору, у відповідності до якої організації мовлення здійснюють лише виробничо-технічну діяльність, тобто повністю заперечується творчий характер¹³. З іншого боку, цивілісти стверджують, що організації телерадіомовлення докладають творчих зусиль при виробництві програм та передач. О. М. Боярчук для обґрунтування своєї позиції взагалі порівнює телебачення з новим видом мистецтва, якому завжди притаманна творчість¹⁴.

Дозволимо собі не погодитись з наведеними судженнями загалом. На наше глибоке переконання, не варто безапеляційно стверджувати, що діяльність окреслених суб'єктів суміжних прав слід розглядати як творчу або як таку, що має суто організаційно-технічний характер. Вважаємо, що у цьому випадку доцільно зважати на особу-творця інформаційного продукту. У випадку, коли організації мовлення у процесі своєї діяльності створюють програми (передачі), призначені для публічного сповіщення, така діяльність безперечно пов'язана з творчістю, хоча при цьому вагома роль відведена технічним засобам. Тобто прояв творчого характеру можливий при створенні інформаційного продукту. Однак, при здійсненні виключно технічного процесу – трансляції (ретрансляції) контенту як власного виробництва, так і створеного іншими суб'єктами інформаційної діяльності, йтиметься лише про технічний характер діяльності.

Результати проведеного автором дослідження дають всі підстави для наступних висновків:

– при визначенні первинного суб'єкта інтелектуальної власності, яким виступає організація мовлення, слід застосовувати презумпцію належності суб'єктивних прав організації мовлення, найменування якої зазначено під час трансляції передачі;

– доведено тотожність категорій: «телерадіоорганізація», «організація мовлення», «мовник»;

– запропоновано внести зміни до ст. 1 Закону України «Про телебачення і радіомовлення»: іменувати суб'єкта інформаційної діяльності – організація мовлення; викласти у новій редакції дефініцію цього суб'єкта; замінити у тексті нормативного акту терміни «мовник», «телерадіоорганізація» на «організація мовлення» та вилучити відповідні визначення;

– доцільно розширити коло осіб, які можуть визнаватися суб'єктами виключних прав на програму (передачу), за рахунок фізичних осіб-підприємців;

– термін «організація мовлення» слід доповнити організаціями, що здійснюють мовлення у мережі Інтернет та інших видах телекомунікаційних мереж у випадку розповсюдження ними власного інформаційного продукту;

– недоцільно здійснювати реєстрацію організацій мовлення, як суб'єктів інформаційної діяльності;

– діяльність організацій мовлення слід розглядати як творчу або як таку, що носить виключно організаційно-технічний характер. Прояв творчого характеру можливий при створенні організацією мовлення інформаційного продукту, а при трансляції (ретрансляції) програм (передач) йдеться лише про технічний характер діяльності.

¹ *Мироненко Н.* Поняття суб'єктів права інтелектуальної власності та критерії їх класифікації / *Наталія Мироненко // Теорія і практика інтелектуальної власності.* – 2009. – № 2. – С. 11–24. – С. 12; *Право інтелектуальної власності: Академічний курс : підручник для студ. вищих навч. закладів / [Орлюк О. П., Андрущук Г. О., Бутнік-Сіверський О. Б. та ін.] ; за ред. О. П. Орлюк, О. Д. Святоцького.* – К. : Видавничий Дім «Ін Юре», 2007. – 696 с. – С. 73.

² *Коссак В. М.* Право інтелектуальної власності / *В. М. Коссак, І. Є. Якубівський.* – К. : Істина, 2007. – 208 с. – С. 18.

³ *Антимонов Б. С.* Авторское право: Курс советского гражданского права / *Б. С. Антимонов, Е. А. Флейшиц.* – М. : Гос. изд-во юрид. лит., 1957. – 278 с. – С. 76.

⁴ *Гордон М. В.* Советское авторское право / *М. В. Гордон.* – М. : Гос. изд-во юрид. лит., 1955. – 232 с. – С. 50.

⁵ Європейська конвенція про транскордонне телебачення від 05 травня 1989 р. № ETS(132) // Офіційний вісник України. – 2010. – № 11. – Ст. 562.

⁶ *Албегонов З. Х.* Гражданско-правовая защита прав организаций эфирного и кабельного вещания на сообщения в эфир или по кабелю по новому российскому гражданскому законодательству : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право» / *З. Х. Албегонов.* – М., 2011. – 20 с. – С. 10.

⁷ О вещании : Закон Грузии от 23 декабря 2004 г. № 780-вс [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://media.parlament.org.ua/zd/>; Кодекс телевидения и радио Республики Молдова : Закон Республики Молдова от 27 июля 2006 г. № 260-XVI [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.it-moldova.md/ru/ikt-moldova/40-legislation-and-ict/296-tv-radio-kodex>

⁸ Elements for a Draft Treaty on the Protection of Broadcasting Organizations [Electronic resource] / Standing Committee on Copyright and Related Rights. – 22th Session. Geneva, June 15 to 24, 2011. – Mode of access : http://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=169321

⁹ Звіт Національної ради України з питань телебачення і радіомовлення за 2013 рік [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.nrada.gov.ua>

¹⁰ *Богдан І.* Поняття «творчість» як категорія трудового права / *Ірина Богдан // Юридична Україна.* – 2012. – № 5. – С. 61–68. – С. 63.

¹¹ Цивільне право : підручник : у 2 т. / [Борисова В. І. (кер. авт. кол.), Баранова Л. М., Бегова Т. І. та ін.] ; за ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатеевої, В. Л. Яроцького. – Х. : Право, 2011–2011. – Т. 1. – 2011. – 656 с. – С. 533.

¹² Інтелектуальна власність: об'єкти, право, бухоблік, оподаткування, контроль, відповідальність, ліцензійне/неліцензійне ПЗ / [Іванченко А., Свіриденко А., Саміло Н., Уварова О., Петрушина В.]. – Х. : Фактор, 2008. – 256 с. – С. 12.

¹³ Сергеев А. П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации : [учебник] / Сергеев А. П. – [2-е изд., перераб. и доп.]. – М. : ТК Велби, 2004. – 752 с. – С. 353.

¹⁴ Боярчук О. М. Цивільно-правова охорона суміжних прав в Україні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / О. М. Боярчук. – К., 2002. – 19 с. – С. 9.

Резюме

Андрусів У. Б. Правовий статус організацій мовлення.

У цій роботі автором підданий теоретичному аналізу статус організацій мовлення, зокрема досліджуються їхні базові засади, понятійно-категоріальний апарат. Висвітлюється питання наявності творчого начала у діяльності цих суб'єктів суміжних прав. Наводяться конкретні рекомендації заповнення існуючих законодавчих прогалів в досліджуваній сфері правовідносин.

Ключові слова: організація мовлення, правовий статус, дефініція, правова охорона.

Резюме

Андрусів У. Б. Правовой статус организаций вещания.

В этой работе автором подвергнут теоретическому анализу статус организаций вещания, в частности исследуются их базовые принципы, понятийно-категориальный аппарат. Освещается вопрос наличия творческого начала в деятельности этих субъектов смежных прав. Приводятся конкретные рекомендации заполнения существующих законодательных пробелов в исследуемой сфере правоотношений.

Ключевые слова: организация вещания, правовой статус, дефиниция, правовая охрана.

Summary

Andrusiv U. The legal status of broadcasting organizations.

In this paper the status of broadcasting organizations has been subjected to theoretical analysis by the author, in particular conceptual and categorical apparatus, features specific to broadcasters have been examined. The availability of creativity in the activities of these related rights entities has been highlighted. Specific recommendations on filling existing gaps in the legislative field of legal study have been given.

Key words: broadcasting organization, legal status, definition, legal protection.

УДК 347.7

І. І. ВАЩИНЕЦЬ

Іван Іванович Ващинець, кандидат юридичних наук, адвокат, доцент Київського університету права НАН України

ЩОДО ПРАВОВОЇ КВАЛІФІКАЦІЇ РОЗМІЩЕННЯ ОБ'ЄКТІВ АВТОРСЬКОГО ПРАВА В МЕРЕЖІ ІНТЕРНЕТ

Розміщення об'єктів авторського права в мережі Інтернет є сьогодні надзвичайно поширеним явищем. У мережі користувачі можуть отримати доступ до різних творів, які підлягають охороні авторським правом. Певна частина цих творів розміщується з порушенням авторських прав.

Незважаючи на те, що вітчизняне правове регулювання використання об'єктів авторського права у цифровій формі має порівняно невелику історію, судова практика стосовно захисту порушених авторських прав на такі твори вже сформувалася. Разом із тим, поки що важко говорити про її послідовність у питанні кваліфікації дій щодо розміщення творів в Інтернеті. Причому відмінності у підходах інколи існують навіть на рівні законодавчих актів і роз'яснень судів вищих інстанцій. Очевидно, що це негативно впливає на рівень охорони прав суб'єктів авторських правовідносин. Ця стаття є спробою дати правову кваліфікацію розміщенню об'єктів авторського права в мережі Інтернет на основі аналізу чинного законодавства та існуючої судової практики.

Загалом у розміщенні будь-якого об'єкта, в тому числі й об'єкта авторського права, в мережі Інтернет можна виділити два етапи – завантаження цифрової копії об'єкта в пам'ять комп'ютера та надання доступу до цієї копії необмеженому колу осіб. За умови виконання зазначених дій користувач має можливість доступу та ознайомлення з об'єктом шляхом завантаження цифрової копії останнього на власний комп'ютер, що можна розглядати як, власне, мету розміщення твору в Інтернеті. Слід підкреслити, що особа, яка розміщує той чи інший твір у мережі, створює умови для ознайомлення з твором користувачем внаслідок його активних дій.

Вітчизняне законодавство та судова практика по-різному кваліфікують зазначені вище дії. Разом із тим, підхід до кваліфікації першого етапу – завантаження цифрової копії об'єкта в пам'ять комп'ютера, в цілому є однаковим. Так, відповідно до п. 29 рекомендацій Президії Вищого господарського суду України від 10.06.2004 р. № 04-5/1107 «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності»¹ розміщення творів у мережі Інтернет у вигляді, доступному для публічного використання, є їх відтворенням у розумінні статті 1 Закону України «Про авторське право і суміжні права»², і тому на таке розміщення творів поширюється дія ст. 15 цього Закону.

Вищий господарський суд України в наведеному вище листі правильно визначив, що відтворення є частиною процесу розміщення твору в мережі Інтернет, а також логічно вказав, що таке розміщення є одним із способів використання твору. Однак відтворення не вичерпує весь процес розміщення твору в мережі. На це вказує, зокрема, визначення відтворення, наведене у Законі України «Про авторське право і суміжні права». Так, згідно зі ст. 1 вказаного Закону відтворенням є виготовлення одного або більше примірників твору, відеограми, фонограми в будь-якій матеріальній формі, а також їх запис для тимчасового чи постійного зберігання в електронній (у тому числі цифровій), оптичній або іншій формі, яку може зчитувати комп'ютер.

Аналогічний підхід демонструє Договір Всесвітньої організації інтелектуальної власності про авторське право, прийнятий Дипломатичною конференцією 20.12.1996 р., який набрав чинності для України 06.03.2002 р.³ Стаття 1 Договору вказує, що право на відтворення, як воно визначено у ст. 9 Бернської конвенції про охорону літературних і художніх творів⁴, і винятки що допускаються відносно цього права, повністю застосовуються у цифровому середовищі і, зокрема, відносно використання творів у цифровій формі. Розуміється, що зберігання твору, який охороняється в цифровій формі в електронному засобі, є відтворенням в контексті ст. 9 Бернської конвенції.

Крім того, на думку як вітчизняних, так і закордонних фахівців, відтворення не включає в себе ознайомлення з твором чи створення можливості для такого ознайомлення. Зокрема, у Глосарії термінів Всесвітньої організації інтелектуальної власності право на відтворення визначається як виготовлення одного або більше екземплярів твору або значної його частини в будь-якій матеріальній формі, включаючи звукозапис і відеозапис⁵. Відомий російський цивіліст Е. П. Гаврилов зазначає, що відтворення є таким, що відбулося, незалежно від того чи стали екземпляри твору доступними невизначеному колу осіб⁶. Інший російський фахівець М. Кириллов прямо вказує на можливість відтворення без мети опублікування⁷. Професор В. А. Дозорцев стверджує: якщо відтворення здійснюється у формі фіксації твору на матеріальному носії, то воно вважається таким, що відбулося, і є порушенням авторського права незалежно від того, чи стали відповідні матеріальні об'єкти фактично доступними необмеженому колу осіб. Важливо лише, щоб вони призначалися для цього кола⁸.

Отже, відтворення твору має важливе правове значення, а неправомірне відтворення, як правило, порушує права та охоронювані законом інтереси автора. Проте при розміщенні твору в Інтернеті саме по собі відтворення є лише першим етапом процесу, хоча і досить важливим. Найбільш значущими при розміщенні твору в Інтернеті є дії, пов'язані з наданням доступу до цифрової копії твору в мережі. Без них факт розміщення не можна вважати таким, що відбувся. Ці дії є дещо складнішими з технічної точки зору, а також з точки зору визначення їхньої правової природи. У літературі та на практиці існують різні думки з приводу їх кваліфікації: дехто вважає, що вони охоплюються правом автора на публічне сповіщення, інші – правом на опублікування або правом на розповсюдження чи правом подання творів до загального відома публіки. На жаль, чинне авторське законодавство дає певні підстави для кожної з наведених кваліфікацій. Розглянемо їх більш детально.

Найменш обґрунтованим, на наш погляд, є підхід до надання доступу до об'єкта авторського права в Інтернеті як до його публічного сповіщення. Тим не менше, інколи суди саме так кваліфікують ці дії, посилаючись на визначення, що міститься в Законі України «Про авторське право і суміжні права». Стаття 1 Закону визначає публічне сповіщення (доведення до загального відома) як передачу за згодою суб'єктів авторського права і (або) суміжних прав в ефір за допомогою радіохвиль (а також лазерних променів, гамма-променів тощо), у тому числі з використанням супутників, чи передачу на віддалі за допомогою проводів або будь-якого виду наземного чи підземного (підводного) кабелю (провідникового, оптоволоконного та інших видів) творів, виконань, будь-яких звуків і (або) зображень, їх записів у фонограмах і відеограмах, програм організацій мовлення тощо, коли зазначена передача може бути прийнята необмеженою кількістю осіб у різних місцях, віддаленість яких від місця передачі є такою, що без зазначеної передачі зображення чи звуки не можуть бути прийняті.

Право на публічне сповіщення з'явилося в нашому законодавстві вперше з прийняттям Закону України «Про авторське право і суміжні права» 23 грудня 1993 р. для захисту прав організацій теле- та радіомовлення. Як бачимо, дане право передбачає саме передачу творів в ефір чи на віддалі, а не надання доступу до творів, як це має місце при їх розміщенні в Інтернеті. При цьому дії отримувача сигналу, яким передаються твори, відрізняються від дій користувача в мережі Інтернет, оскільки вони обмежені прийняттям сигналу на технічний пристрій і без жодних активних дій з боку отримувача. Дещо складніша ситуація з правом на опублікування.

Стаття 1 Закону визначає опублікування твору як випуск в обіг за згодою автора чи іншого суб'єкта авторського права виготовлених поліграфічними, електронними чи іншими способами примірників твору у кількості, здатній задовольнити, з урахуванням характеру твору, розумні потреби публіки, шляхом їх прода-

жу, здавання в майновий найм, побутового чи комерційного прокату, надання доступу до них через електронні системи інформації таким чином, що будь-яка особа може його отримати з будь-якого місця і у будь-який час за власним вибором або передачі права власності на них чи володіння ними іншими способами. Опублікуванням твору вважається також депонування рукопису твору у сховищі (депозитарії) з відкритим доступом та можливістю одержання в ньому примірника (копії) твору. Відмітимо, що фраза «надання доступу до них через електронні системи інформації таким чином, що будь-яка особа може його отримати з будь-якого місця і у будь-який час за власним вибором» безпосередньо стосується розміщення твору в цифрових мережах.

Стаття 442 Цивільного кодексу України⁹ визнає твір опублікованим (випущеним у світ), якщо він будь-яким способом повідомлений невизначеному колу осіб, у тому числі виданий, публічно виконаний, публічно показаний, переданий по радіо чи телебаченню, відображений у загальнодоступних електронних системах інформації. Як бачимо, дане визначення майже точно повторює визначення опублікування, яке містив Цивільний кодекс Української РСР 1963 р.¹⁰ «Майже», оскільки до нового визначення додалася фраза «відображений у загальнодоступних електронних системах інформації», що може розглядатися як спроба пристосувати старе визначення до нових реалій. Можна тільки здогадуватися, якими мотивами керувався законодавець, коли вводив до нового ЦК визначення опублікування, яке суперечить даному в Законі та повністю випадає з існуючої системи особистих немайнових прав автора, більше того – вносить непотрібну плутанину до цієї системи.

У старому ЦК Української РСР таке визначення опублікування цілком відповідало наявному триумвірату авторських прав, який забезпечував його носієві можливість контролю за доступом до твору третіх осіб та за формами (способами) відкриття такого доступу: опублікування, відтворення і розповсюдження. Право на опублікування було, за висловом В. А. Дозорцева, основною, вихідною авторською правомочністю. Опублікування – це повідомлення суспільству невідомого раніше (неопублікованого) твору; для нього характерні два моменти – створення твору (надання йому об'єктивної форми) і відкриття до нього доступу необмеженому колу осіб¹¹.

Однак з прийняттям Закону відпала необхідність у даному визначенні. Визнанням цього стала відміна усіх статей розділу IV «Авторське право» Цивільного кодексу Української РСР крім ст. 472, яка окреслювала поняття законодавства України про авторське право і суміжні права. У новому Законі прийнятий інший підхід до поняття повідомлення твору публіці та надання першого доступу до твору. Цей підхід ґрунтується на розділенні понять «оприлюднення» та «опублікування». Під оприлюдненням розуміється здійснена за згодою автора чи іншого суб'єкта авторського права дія, що вперше робить твір доступним для публіки шляхом опублікування, публічного виконання, публічного показу, публічної демонстрації, публічного сповіщення тощо.

Таким чином, поняття опублікування змінило свій зміст, який став суттєво вужчим, ніж у раніше чинному законодавстві: воно не містить більше можливості автора першим знайти публіку зі своїм твором. Разом із тим, характерною особливістю цього права є випуск примірників твору, тобто копій твору, виконаних у будь-якій матеріальній формі, в кількості, здатній задовольнити розумні потреби публіки. Слід також відмітити, що поняття випущених у світ творів визначається у ст. 3 Бернської конвенції про охорону літературних і художніх творів, і воно є аналогічним тому, що наведене в Законі. Більше того, у Бернській конвенції прямо зазначається, що не є випуском у світ представлення драматичного, музично-драматичного або кінематографічного твору, виконання музичного твору, публічне читання літературного твору, повідомлення по дрюгах або передача в ефір літературних чи художніх творів, показ твору мистецтва і спорудження твору архітектури.

Підхід до співвідношення понять «оприлюднення-опублікування» у чинному Законі цілком відповідає уявленню, що склалися про них у міжнародній доктрині авторського права, де оприлюднення дозволяє робити твір вперше доступним для публіки, а опублікування є більш вузьким поняттям і передбачає надання у розпорядження публіки екземплярів (матеріальних носіїв) твору. Традиційно поняття опублікування пов'язується з виготовленням примірників творів у матеріальній формі: якщо йде мова про літературні твори – паперовий; для картин – це полотно й масло, для скульптур – бронза, гіпс тощо. При цьому сам факт опублікування вважається таким, що відбувся після випуску в обіг примірників твору в такій кількості, яка здатна задовольнити, з урахуванням характеру твору, розумні потреби публіки. Радянська доктрина вважала основним змістом даного права – самостійне вирішення автором питання про випуск в обіг матеріальних носіїв твору. Включення чинним законодавством до права на опублікування дій щодо надання доступу до примірника твору в електронній мережі, на нашу думку, є невинуватим і суперечить природі даного права, – особистого немайнового права автора, яке стає неможливо розмежувати від права на відтворення (запис твору для зберігання у цифровій формі) і права на розповсюдження (надання доступу до об'єктів авторського права з будь-якого місця у будь-який час за вибором представників публіки).

Критично аналізуючи визначений Цивільним кодексом України підхід до поняття опублікування, слід також відмітити проблеми, які виникають при сприйнятті підходу, вказаного Законом. Адже для опублікування, згідно вимог Закону, необхідна наявність примірників твору у кількості, здатній задовольнити розумні потреби публіки. Таке розуміння опублікування існувало ще за радянських часів та залишилося в чинному законодавстві як одне з фундаментальних прав автора, закріплене у Бернській конвенції. Оскільки збереження твору в цифровому вигляді є нематеріальним, говорити про примірники твору досить проблематично.

но. Аналізуючи зміст визначення опублікування у ст. 1 Закону, можна зробити висновок, що опублікуванням є випуск в обіг виготовлених поліграфічним, електронними чи іншими способами примірників твору шляхом надання доступу до них через електронні системи інформації зазначеним чином. Однак вираз «випуск в обіг примірників шляхом надання доступу до них» є не зовсім коректним, адже випуск або введення в обіг, як випливає зі змісту ст. 15 Закону, передбачає передачу права власності на примірники твору або надання примірників у користування (здавання у майновий найм чи прокат).

За такого формулювання практично прийнятним тлумаченням опублікування може бути тільки відхід від обов'язкового виготовлення примірників твору в певній кількості та розуміння надання доступу до творів через електронні системи інформації як окремого, специфічного способу опублікування. При цьому необхідно презюмувати належне задоволення потреб публіки при наданні доступу до твору в електронному вигляді у розумінні Закону. Проте такий підхід має ряд серйозних недоліків.

По-перше, він не відповідає змісту визначення, в якому надання доступу до творів через електронні системи інформації подається як ординарний спосіб опублікування, що, поряд з іншими способами, передбачає передачу права власності або володіння на примірники творів. По-друге, охоплення надання доступу в електронному вигляді опублікуванням суперечить ст. 3 Бернської конвенції, що закріплює одне з фундаментальних прав автора – право на опублікування, нерозривно пов'язане з випуском в обіг екземплярів творів. Крім того, положення українського Закону прямо суперечать ст. 6 Договору ВОІВ про авторське право, де визначається зміст права на розповсюдження як виключного права дозволяти розповсюдження серед широкої публіки оригіналу і примірників своїх творів шляхом продажу або іншої передачі права власності, а також положенням ст. 8, яка визначає право на повідомлення до загального відома. Останнє право визначається зазначеним міжнародним Договором як виключне право дозволяти будь-яке розповсюдження своїх творів серед широкої публіки через датові або недатові засоби зв'язку, включаючи розповсюдження своїх творів серед широкої публіки у такий спосіб, що представники публіки можуть мати доступ до таких творів у будь-якому місці і в будь-який час за їх власним вибором. Як бачимо, йдеться про два різні самостійні виключні права, які є незалежними одне від одного та охоплюють різні способи використання творів.

По-третє, і це найголовніше, за такого тлумачення опублікування зникає різниця між опублікуванням твору та його розповсюдженням. Адже при розміщенні творів у цифрових мережах, на застосування у яких розраховане це право, різниці між поняттями «доведення до відома публіки» та «надання доступу» немає. Хоча опублікування і розповсюдження знаходяться у тісному взаємозв'язку, за своєю суттю це дві різні авторські правомочності: право на опублікування – є особистим немайновим правом, пов'язаним з невідчужуваною можливістю автора вирішувати питання щодо можливості ознайомлення, в тому числі й повторного, публіки з твором; право на розповсюдження – можливість автора пропонувати твір публіці з метою подальшого відчуження його примірників або передачі права користування на них.

Чинним Законом розповсюдження визначається як будь-яка дія, за допомогою якої об'єкти авторського права безпосередньо чи опосередковано пропонуються публіці, в тому числі доведення цих об'єктів до відома публіки таким чином, що її представники можуть здійснити доступ до цих об'єктів з будь-якого місця і в будь-який час за власним вибором. У радянському авторському праві під розповсюдженням розуміли запуск у цивільний обіг тих матеріальних носіїв твору, які розмножені на основі наданого автору права на відтворення¹², а також самого оригінала твору¹³. Подібно розуміють розповсюдження і в більшості зарубіжних законодавств, відзначаючи, що у цивільний обіг вводяться екземпляри (тобто матеріальні носії) твору¹⁴.

Крім того, відповідно до ст.6 вже згаданого Договору ВОІВ про авторське право автори літературних та художніх творів користуються виключним правом дозволяти розповсюдження серед широкої публіки оригіналу і примірників своїх творів шляхом продажу або іншої передачі права власності. Як зазначено в угоджених сторонами Договору заявах щодо вказаної статті, використаний в її тексті вираз «оригінал та примірники» відноситься виключно до записаних екземплярів, які можуть бути випущені в обіг у вигляді матеріальних об'єктів.

На відміну від радянського законодавства, право на розповсюдження в українському Законі охоплює також можливість надання доступу до об'єктів авторського права у будь-який час з будь-якого місця за власним вибором особи, що бажає ознайомитися з таким об'єктом. Дане доповнення, на наш погляд, має на меті охопити випадки розміщення творів у мережі Інтернет та інших електронних мережах, де надається доступ до твору в цифровій чи іншій електронній формі. Аналогічну можливість доступу передбачає і опублікування.

Як відомо ще з часів аналогової фіксації творів, порушення права на відтворення не завжди супроводжується порушенням права на розповсюдження та навпаки – у випадку порушення права на розповсюдження не завжди порушується право на відтворення. Класичним є випадок, коли радянська перекладачка звернулася з позовом до «Союзкниги», в якому зазначала, що її виключне право на розповсюдження порушене. Задовольняючи позов, суд врахував, що перекладачка переклала російською мовою два твори югославського письменника, які були видані в Радянському Союзі, за що отримала винагороду. Пізніше на замовлення радянського об'єднання «Союзкнига» ці твори в тому ж перекладі були видані в Югославії, завезені в СРСР і реалізовані «Союзкнигою»¹⁵. За таких умов суд визнав порушення виключного права перекладачки на розповсюдження, хоча право на відтворення порушене не було.

При розміщенні твору в Інтернеті без дозволу автора порушується не тільки право на відтворення шляхом запису твору в цифровій формі, але й інше авторське право, оскільки при такому розміщенні надається доступ до об'єкта будь-якої особи в будь-який час за її власним вибором. За формального підходу до змісту

авторських прав, визначених чинним законодавством, можна зробити висновок, що наданням доступу до твору в цифровій мережі порушуються також права автора на опублікування і на розповсюдження, а також право на подання творів до загального відома публіки, визначеного п. 9 ч. 3 ст. 15 Закону України «Про авторське право і суміжні права». Тобто двома діями порушуються чотири авторські правомочності. Ситуацію, коли декілька авторських прав є частково тотожними за змістом, важко назвати прийнятною.

Логічним виходом із такою ситуації, на нашу думку, було б розмежування трьох зазначених авторських прав – на опублікування, розповсюдження та на подання творів до загального відома публіки. Таке розмежування зробило б систему авторських прав більш чіткою та зрозумілою, а також цілком відповідало б міжнародним зобов'язанням України, в тому числі й щодо адаптації вітчизняного законодавства до законодавства Європейського Союзу.

Як влучно зазначив американський суд в рішенні по справі *Twentieth Century Music Corp. v. Aiken*, коли технологічні зміни роблять буквальні положення закону двозначними, закон слід розуміти у світлі його основного завдання¹⁶. Виходячи з того, що створення та охорона балансу між інтересами авторів та інших суб'єктів авторського права і суспільними інтересами, пов'язаними з вільною передачею знань, є основним завданням чинного законодавства про авторське право, необхідно визнати цифрове повідомлення твору окремим способом його використання, яке суттєво розширяє аудиторію сприйняття твору, а тому повинно охоплюватися окремим виключним правом. Це право не може припинитися внаслідок відчуження матеріального носія твору, як це передбачає концепція вичерпання права на розповсюдження, через те, що даний факт є чужим суті права на цифрове повідомлення твору як права, не пов'язаного з матеріальними носіями. Крім того, сутність концепції вичерпання прав полягає у визнанні несправедливим того, що суб'єкт авторського права винагороджується двічі за розповсюдження предмета права на відповідній території¹⁷, тобто за використання твору одним і тим же самим способом використання. Виходячи з зазначеного, право на розповсюдження не може охоплювати надання доступу до твору в цифровій формі.

Через зазначені вище причини спірним видається також кваліфікувати дії з надання доступу до твору в цифрових мережах як опублікування, особливо за наявності різних підходів до опублікування в Цивільному кодексі України та Законі України «Про авторське право і суміжні права».

За таких обставин найбільш обґрунтованою вбачається позиція, висловлена в постанові Пленуму Верховного Суду України від 04.06.2010 р. № 5 «Про застосування судами норм законодавства у справах про захист авторського права і суміжних прав»¹⁸. Згідно з п. 31 зазначеної постанови «розміщення творів у мережі Інтернет у вигляді, доступному для публічного використання, є поданням творів до загального відома публіки таким чином, що її представники можуть здійснити доступ до творів з будь-якого місця і у будь-який час за їх власним вибором відповідно до пункту 9 частини третьої статті 15 Закону № 3792-ХІІ, тобто таке розміщення є правомірним лише з дозволу автора чи іншої особи, яка має авторське право».

Така позиція цілком відповідає міжнародним договорам України у сфері авторського права. Так, відповідно до ст. 8 Договору ВОІВ про авторське право автори літературних і художніх творів користуються виключним правом дозволяти будь-яке розповсюдження своїх творів серед широкої публіки через дротові або недротові засоби зв'язку, включаючи розповсюдження своїх творів серед широкої публіки у такий спосіб, що представники публіки можуть мати доступ до таких творів у будь-якому місці і в будь-який час за їх власним вибором. Як бачимо, формулювання даного права, наведені в Законі та в Договорі ВОІВ є тотожними.

Позиція Верховного Суду України не суперечить також і авторському законодавству ЄС. Директива ЄС 2001/29/ЄС від 22.05.2001 р. про гармонізацію деяких аспектів авторських і суміжних прав у інформаційному суспільстві¹⁹ розмежує право на відтворення, право на розповсюдження та визначає окреме право на сповіщення творів публіці. Так, ст. 3 (1) Директиви встановлює обов'язок держав-членів ЄС надати авторам виключне право дозволяти або забороняти сповіщення публіці їхніх творів за допомогою дротових або недротових засобів зв'язку, включаючи надання доступу до їх творів таким чином, що її представники можуть здійснити доступ до творів з будь-якого місця і у будь-який час за їх власним вибором. При цьому ст. 4 Директиви визначає право автора дозволяти або забороняти розповсюдження оригіналу або примірників його твору шляхом продажу або інакше. У п. 28 Преамбульних положень Директиви окремо відмічається, що право на розповсюдження стосується творів, втілених у матеріальній формі.

Нарешті, позиція Верховного Суду України з цього питання враховує досвід Російської Федерації, авторське законодавство якої вже тривалий час містить окреме виключне право, що стосується цифрового середовища. Ще Федеральним Законом РФ «Про внесення змін до Закону РФ «Про авторське право і суміжні права» від 20.07.2004 р.²⁰ визначено нове авторське право здійснювати або дозволяти повідомлення твору таким чином, за якого особа може мати доступ до нього в інтерактивному режимі з будь-якого місця і в будь-який час за власним вибором (право на доведення до загального відома). Пізніше, у зв'язку з прийняттям частини четвертої Цивільного кодексу Російської Федерації²¹ вказаний Закон РФ «Про авторське право і суміжні права» припинив чинність, а відповідне право зараз міститься у п. 11 ч. 2 ст. 1270 Цивільного кодексу РФ, який надає можливість автору чи іншому суб'єкту авторського права здійснювати самостійно, дозволяти або забороняти доведення твору до загального відома таким чином, що будь-яка особа може отримати доступ до твору з будь-якого місця і в будь-який час за власним вибором (доведення до загального відома). При неправомірному розміщенні твору в мережі Інтернет судова практика вважає порушенням саме право доведення до загального відома, про що зазначено в абз. 2 п. 34 спільної постанови Пленуму Верховного

Суду РФ та Вищого Арбітражного Суду РФ № 5/29 від 26.03.2009 р. «Про деякі питання, що виникають у зв'язку з набранням чинності частини четвертої Цивільного кодексу Російської Федерації»²².

Таким чином, враховуючи міжнародні договори України, положення чинного авторського законодавства, роз'яснення вищих судових інстанцій та досвід іноземних держав у сфері авторського права, дії з розміщення об'єкта авторського права в мережі Інтернет охоплюються, на наш погляд, виключними авторськими правами на відтворення та подання творів до загального відома публіки. Відповідно, неправомірне надання доступу до твору в цифрових мережах може кваліфікуватися як порушення одного або обох зазначених авторських прав у залежності від обсягу прав, належних особі, яка надає такий доступ.

З метою удосконалення системи виключних авторських прав необхідно розмежувати зміст авторських прав на опублікування, розповсюдження та подання творів до загального відома публіки шляхом усунення суперечностей між визначенням права на опублікування в Цивільному кодексі України та Законі України «Про авторське право і суміжні права», виключення із змісту права на опублікування можливості надавати доступ до творів через електронні системи інформації, а також обмеження змісту права на розповсюдження продажем та іншим відчуженням оригіналу та примірників (копій) твору. Вважаємо, що запропоновані зміни сприятимуть підвищенню рівня захисту авторських прав, уніфікації судової практики та стануть ще одним кроком на шляху до адаптації вітчизняного законодавства до законодавства Європейського Союзу.

¹ Рекомендації Президії Вищого господарського суду України від 10.06.2004 р. № 04-5/1107 // Юридическая практика. – 2004. – № 38. – С. 18.

² Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 13. – Ст. 64.

³ Відомості Верховної Ради України. – 2002. – № 2. – Ст. 16.

⁴ Зібрання чинних міжнародних договорів України. – 2006. – № 5. – Кн. 2. – Ст. 1247.

⁵ Глоссарий терминов по авторскому праву и смежным правам Всемирной организации интеллектуальной собственности. – Женева: Изд-во ВОИС, 1981. – 828 с. – С. 228.

⁶ Гаврилов Э. П. Авторское право. Издательские договоры. Авторский гонорар. – М.: Юрид. лит., 1988. – 175 с. – С. 28.

⁷ Кириллов М. Развитие советского авторского права. – Свердловск: Изд-во Уральского университета, 1982. – 212 с. – С. 35.

⁸ Дозорцев В. А. Авторские правомочия // Проблемы современного авторского права. – Свердловск: Изд-во Уральского университета, 1980. – С. 127.

⁹ Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40. – Ст. 356.

¹⁰ Відомості Верховної Ради України. – 1963. – № 30. – Ст. 463.

¹¹ Дозорцев В. А. Указ. соч. – С. 125.

¹² Там само. – С. 127.

¹³ Гаврилов Э. П. Указ. соч. – С. 155.

¹⁴ Литвиц Д. Авторское право и смежные права. – М.: Изд-во ЮНЕСКО, 2002. – С. 159.

¹⁵ Сергеев А. П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации. – М.: Проспект, 2001. – 752 с. – С. 232.

¹⁶ Истечение авторских прав и доктрина первой продажи в цифровой среде: позиция библиотечной ассоциаций в дискуссии, проходившей в США // Бюллетень по авторскому праву. – 2002. – № 4. – С. 15.

¹⁷ Гобиа И. Исчерпание прав в аналоговой и цифровой среде // Бюллетень по авторскому праву. – 2002. – № 4. – С. 21.

¹⁸ Вісник Верховного Суду України. – 2010. – № 6 (18). – С. 11.

¹⁹ Official Journal, L167, 22.6.2001, p. 10–19.

²⁰ Российская газета. – 28.07.2004. – №3536. – С. 23.

²¹ Собрание законодательства РФ. – 2006. – № 52 (1 ч.). – Ст. 5496.

²² Российская газета. – 22.04.2009. – № 4894. – С. 14.

Резюме

Ващинець І. І. Щодо правової кваліфікації розміщення об'єктів авторського права в мережі Інтернет.

Стаття присвячена правовій кваліфікації дій щодо розміщення об'єктів авторських прав у мережі Інтернет. Автор аналізує зміст авторських правомочностей опублікування, оприлюднення, розповсюдження та подання творів до загального відома, визначає співвідношення цих понять і проводить їх розмежування. З урахуванням вітчизняного та зарубіжного досвіду, беручи до уваги судову практику, яка склалася, у статті пропонуються шляхи удосконалення чинного законодавства з досліджуваної проблеми.

Ключові слова: авторське право, Інтернет, право на оприлюднення, опублікування, розповсюдження, подання творів до загального відома.

Резюме

Ващинець І. І. Относительно правовой квалификации размещения объектов в сети Интернет.

Статья посвящена правовой квалификации действий по размещению объектов авторского права в сети Интернет. Автор анализирует содержание авторских правомочностей опубликования, обнародования, распространения и сообщения произведений для всеобщего сведения, определяет соотношение этих понятий и проводит их разграничение. С учетом отечественного и зарубежного опыта, принимая во внимание сложившуюся судебную практику, в статье предлагаются пути усовершенствования действующего законодательства по исследуемой проблеме.

Ключевые слова: авторское право, Интернет, право на обнародование, опубликование, распространение, сообщение произведений для всеобщего сведения.

Summary

Vashchynets I. On the legal qualification of putting copyrighted works on the Internet.

The article is devoted to the legal qualification of putting copyrighted objects on the Internet. The author analyses the scope of the author's publication, distribution and communication right to the public, defines the correlation of these rights and distinguishes them. Using the Ukrainian and foreign experience and considering the existing court practice the author offers the ways enhance the Ukrainian law on the research problem.

Key words: copyright, Internet, publication right, distribution right, right of communication to the public.

УДК 347.77

Я. Г. ВОРОНІН

Якіє Геннадійович Воронін, кандидат юридичних наук, доцент Київського університету права НАН України

РОЛЬ ПАТЕНТНИХ ТРОЛІВ У СИСТЕМІ ПАТЕНТНОЇ ОХОРОНИ ПРАВА ПРОМИСЛОВОЇ ВЛАСНОСТІ

Серед найважливіших тенденцій розвитку права інтелектуальної власності можна виділити одну у сфері патентного права, що здійснює значний економічний, світоглядний і правовий вплив на багато сфер бізнесу і споживання. Йдеться про діяльність патентних тролів. Патентний троль (*Patent Troll*) – компанія або підприємець, чий бізнес полягає виключно в отриманні ліцензійних платежів за використання належних йому патентів. На сьогодні точиться багато дискусій щодо цього явища. Та всі їх можна поділити на ті, які бачать в ньому лише негативні наслідки, та ті, що говорять про позитив цього явища поряд з негативними наслідками. Стосовно першої позиції, то головний аргумент наступний: патентні тролі не тільки завдають збитків, а й підривають основні принципи, що лежать в основі патентного права. Нині діяльність таких непрактикуючих організацій значно збільшує витрати бізнесу. Так, наприклад, компанія IPCOM GmbH, скандально відома як патентний троль, розпочала серію судових переслідувань, спрямованих проти виробників смартфонів. Першою жертвою німецька компанія вибрала найдорожчий бренд у світі Apple. Суть претензій – використання Apple у своїх мобільних продуктах технології IPCOM, яку вона придбала у компанії Robert Bosch GmbH ще в 2007 році. Сума патентного позову складає 1,57 млрд доларів. Що стосується іншої позиції, то йдеться про діяльність патентних тролів з точки зору захисту інтересів винахідників-початківців та національних виробників від великих агресивних патентних гравців на ринку шляхом контролю імпортованої продукції, підвищенням цін на ввезений товар і т.д. Україна в даному питанні не є винятком. Так у 2013 р. були видані патенти на такі промислові зразки як шуруп, упаковка суперклею та планшетні комп'ютери. Раніше були видані патенти на пробки для закупорювання пляшок, зубочистку і паливний брикет. На жаль, в Україні патентний тролінг може стати новим «жанром» банального здирництва. Не виключено, що виникнення подібної тенденції – лише питання часу.

Спочатку ідея патентної системи полягала в тому, щоб надати незалежному винахіднику достатній період часу для витягу прибутку зі своєї розробки. Ідея правильна і корисна, однак при її втіленні треба знати міру. Помилка національної патентної організації при реєстрації винаходу може коштувати занадто дорого для індустрії і прогресу в цілому.

Наприклад, ви хочете запатентувати кругле колесо до автомобіля. Очевидно, що ні в одній країні світу вам не вдасться оформити це як винахід в силу його очевидності, заявка просто не пройде експертизу. Але якщо в якій-небудь «банановій» республіці, де місцеві жителі завжди ходили пішки, вам видадуть такий патент, бізнес виробників автомобілів, які ризикнули вийти на цей ринок, перетвориться в жахливий сон. Їм або доведеться платити компенсації за порушення патенту, або ставити на машини квадратні колеса.

Варто зауважити, що в даний час незалежні винахідники рідко використовують патент за прямим призначенням. Як правило, його продають патентним троям або іншим корпораціям, які потім використовують патент для розвитку свого бізнесу через судові позови.

У результаті патентних воєн компанії намагаються перестрахуватися і патентують все підряд. Патентне бюро перевантажене і тому часто задовольняє безглузді і абсурдні заявки. Однак подібні «винаходи колеса» не приносять якоїсь користі суспільству або прогресу.

На жаль, наведена історія з «крутими колесами» не так вже й фантастична, оскільки схожі події досить регулярно відбуваються в країні з найбільш розвинутою економікою - США. Одне з найяскравіших свідчень недосконалості американської патентної системи - недавнє судове розслідування між Apple і Samsung.

Перемога Apple в патентному спорі проти Samsung щодо дизайну смартфонів і планшетів викликає багато питань. Перш за все, Apple не повинна була отримати патент на зовнішній вигляд iPad. Американські

журналісти повідомляють, що ще в 1994 р. компанія Knight-Ridder спробувала запатентувати планшет з закругленими кутами, який мало чим відрізнявся від представленого через 16 років iPad. Однак планшет Knight-Ridder був визнаний непатентоспроможним у силу його «очевидності». Тим не менш, у 2009 р. патентне бюро США чомусь видало патент за аналогічною заявкою для компанії Apple.

Очевидно, що Apple не випадково намагалася запатентувати дизайн оформлення iPad. Швидше за все, різні інноваційні технології, використані в iPad, вже давно запатентовані виробниками дисплеїв, процесорів і т.д. З іншого боку, патент на прямокутний планшет з закругленими кутами – це такий же нонсенс, як патентування взуття класичної форми.

Подібний факт свідчить про те, що сучасна патентна система США – це зовсім не досконала, як би нам не хотілося в це вірити. Так, більшість оформлюваних сьогодні технічних патентів являють собою так звані «блокуючі патенти». Їх призначення – перешкодити власнику іншого патенту вдосконалювати свій винахід. Вони призначені виключно для того, щоб змусити володаря першого патенту відмовитися від своїх прав або поділитися з власником блокуючого патенту. Багато експертів вважають, що їх взагалі потрібно заборонити в силу заподіяваної ними шкоди прогресу¹.

На підтвердження вказаного вказує також ситуація, коли зовсім дивовижний патент намагалася отримати компанія IBM (яка, до речі, вже багато років є світовим лідером за кількістю присуджених патентів). Патентна заявка № 20070244837 описує систему і методи отримання зиску з портфоліо активів, наприклад, портфоліо патентів. Система полягає в тому, що власник набору патентів має право віддавати деякі зі своїх патентів під «тимчасову оренду» фірмі-партнеру, яка буде отримувати з них прибуток різними способами. Наприклад, вибиваючи штрафи та ліцензійні відрахування у тих компаній, які порушують ці патенти. Загалом, фірма-партнер може відповідати типовим патентним тролінгом.

До честі американського патентного відомства, потрібно визнати, що вони не збираються видавати IBM цей абсурдний патент. Заявка подана 18 жовтня 2007 р. і досі не задоволена. Якщо коротко переповісти, то патентне відомство розглянуло патентну заявку і видало першу неостаточну відмову 10 лютого 2009 року. IBM відповіла на нього 11 травня 2009 р., на що була остаточна відмова 31 серпня 2009 року. IBM тоді відправила запит на відкликання своєї відповіді від 11 травня 2009 р. і замість неї 1 липня 2010 р. видала відповідь на неостаточну відмову від 10 лютого 2009 року. Після цього патентне відомство опублікувало новий остаточну відмову 13 вересня 2010 року. IBM запросила продовження строків розгляду та 10 грудня 2010 р. внесла поправку в свою патентну заявку, 18 січня 2011 р. вона знову запросила продовження строків розгляду, після чого 25 лютого 2011 р. подала апеляцію на фінальну відмову від 13 вересня 2010 р. в Комітет по апеляціях².

Що ж являє собою патентний троль? Патентний троль (*Patent Troll*) – компанія або підприємець, чий бізнес полягає виключно в отриманні ліцензійних платежів за використання належних йому патентів. Термін запропонував американський юрист Пітер Деткін (Peter Detkin), який працював у компанії Intel. Він описав цим терміном дії компанії TechSearch та її адвоката Раймонда Ніро (Raymond Niro) щодо переслідування Intel. Раніше Деткін використовував термін патентний вимагач (англ. *patent extortionist*). Американські юристи зазначають, що за останні 9-10 років майже всі високотехнологічні компанії ставали жертвами патентних тролів – невеликих компаній, що займаються скупкою патентів і переслідують потім у судовому порядку тих чи інших розробників. Кілька років тому компанії Microsoft, Intel і IBM звернулися до Конгресу США з проханням обмежити ліміт відшкодувань, які могли вимагати власники патентів. Крім того, багато незалежних експертів неодноразово критикували сучасну патентну систему за ряд юридичних упущень, на яких і паразитують такі компанії. Передбачається, що патентний троль володіє портфелем патентів, але не виробляє ніяких товарів, не надає жодних послуг і не веде досліджень (за можливим винятком суто умоглядних), пов'язаних зі своїми патентами. Але при цьому активно захищає свій патент, судячись із фірмами, які використовують належні йому винаходи. Прикладами патентних тролів можна назвати американські компанії NTP Inc. і Intellectual Ventures. Компанія MercExchange відома тим, що була названа патентним тролем офіційно, з кафедри Верховного Суду США. Важливою особливістю патентних тролів є те, що вони імунні до зустрічних позовів. Оскільки самі вони нічого не виробляють, крім позовних заяв, то і звинуватити їх у порушенні патенту неможливо. Теоретично діяльність патентного троля може цим і обмежуватися, а його патенти – бути справжніми і сумлінними винаходами. На практиці ж у багатьох випадках для підвищення свого доходу тролі застосовують різного роду недобросовісні дії. Типовим прийомом патентного троля є подання низки заявок на різні перспективні варіанти розвитку технології, сформульовані в найзагальнішій і неконкретній формі. Залишається чекати, поки хто-небудь насправді винайде їх, тобто створить працездатну конструкцію і почне реалізацію. Потім пред'явити йому позов³.

Дослідження ситуації з патентними позовами провів професор права Колін Чин (Colleen Chien) з університету Санта-Клари. Згідно з його підрахунками, частка позовів, поданих патентними троллями, становила 61 % від загального числа патентних позовів, поданих у США з 1 січня до 1 грудня 2012 року. У 2013 р. цей показник дорівнював 45 %. П'ять років тому – 23 %. Стрімке збільшення частки позовів, поданих «тролями», говорить про те, що система захисту прав інтелектуальної власності перетворилася на механізм збагачення, і потребує радикального реформування. Більше позовів подано тими, хто нічого не виробляє, ніж тими, хто виробляє. Все частіше жертвами «тролів» стають молоді компанії, які тільки отримали інвестиції для побудови свого бізнесу. Статистика показує, що атаці патентних тролів піддається 35 % таких компаній, які зуміли отримати від 50 до 100 млн доларів, і 20 % компаній, що отримали від 20 до 50 млн

доларів. Які ж приблизні загальні витрати фірм, що практикують, пов'язані з виплатами на користь патентних тролів? За приблизними розрахунками розміри платежів (щодо судових та позасудових процедур) виходять приблизно такі: 2005 р. – 6,574 млрд \$; 2006 р. – 6,874 млрд \$; 2007 р. – 11,334 млрд \$; 2008 р. – 12,603 млрд \$; 2009 р. – 13,726 млрд \$; 2010 р. – 22,303 млрд \$; 2011 р. – 29,213 млрд \$⁴.

Після чотирьох років запеклої боротьби, у червні 2012 р., Суд Східного Округу Техас виніс рішення за позовом компанії IPAT і повністю зняв із ЛК усі звинувачення, що важливо – з поміткою «With prejudice», тобто IPAT більше не зможе знову подати позов щодо цих патентів! На це пішло з боку ЛК 3,5 роки роботи, \$ 2,5 млн і ще багато часу й ресурсів. Як зазначає керівник компанії Л. Касперський, це не просто черговий виграний судовий процес. По-перше, ІТ-компанія перемогла американського троля на його території, в грі за його правилами. По-друге, компанія виявилася єдиною з 35 компаній, яка не пішла на угоду з троями і боролася до останнього. По-третє, був виграний судовий процес проти дуже потужної багаторівневої тролевої системи, яка давно, багато разів й успішно виграла подібні судові спори. Нарешті, покладено початок дуже хорощій тенденції, показавши, що з патентними троями можна й потрібно боротися і будь-яка мирового угода з ними загрожує зростанню їх нахабства й апегитів, новими позовами та негативно позначається на розвитку ІТ-індустрії⁵.

Як вважає багато експертів, усе більше насторожують перекося в патентній системі, виправити які зможе лише переоцінка основних принципів патентного права. Фармацевтика, генна інженерія та ІТ-індустрія є сферами, в яких дискусія про оптимальний режим патентної охорони є найбільш гострою. А поки судам та іншим органам регулювання слід частіше покладатися на наявні, хоч і нечисленні, способи досягнення балансу інтересів усіх учасників, наприклад, із використанням концепції FRAND – ліцензування⁶. Нещодавно фірма Article One Partners (Нью-Йорк), що спеціалізується на дослідженнях та аналітиці в секторі практичного патентування, запропонувала до послуг клієнтів новий сервіс. З його допомогою стає можливим серйозно обмежити активність «патентних тролів», які паразитують на великих брендах, шляхом судового оскарження їх патентів і нових продуктів. Нова послуга Litigation Avoidance (уникнути розгляду), яку компанія пропонує великим замовникам, спрямована на усунення можливості отримання доходу шляхом подання «патентними троями», які живуть за рахунок скупки патентів і пред'явлення претензій, судових позовів, тобто на виключення появи «неякісних патентів». Першим учасником сервісу Litigation Avoidance стала компанія Microsoft⁷. Для боротьби з патентними троями пропонуються такі заходи: покращення якості патентної експертизи патентних відомств країн; уведення обмеження на максимальний розмір відшкодування за порушення прав на патенти; відпрацювання ефективного механізму примусового ліцензування в разі невикористання фірмою свого винаходу⁸. Президент США Барак Обама затвердив закон, що реформує американську патентну систему. Закон набув чинності в березні 2013 року. Нові правила дозволять підприємствам вивчати щойно видані патенти й оскаржувати їх видачу протягом дев'яти місяців, що потенційно може усунути небезпеку судових позовів. Закон також накладає нові обмеження на тролів – вони не зможуть подавати позови відразу проти кількох компаній, якщо немає доказу змови. Новий принцип «один позов – один відповідач» повинен скоротити кількість фірм, викликаних до суду.

Підсумовуючи викладене, можна зробити наступні висновки. Безумовно, патентний тролінг явище негативне, оскільки головною метою такої діяльності є отримання доходу внаслідок задоволеного судом позову за рахунок справжніх інноваторів. Напевно, найкращий спосіб не допустити зловживання троями своїми правами - швидкий розгляд таких позовів судами. Як наслідок, лише від швидкості прийняття судом негативного для патентних тролів рішення залежить розвиток діяльності добросовісних та справжніх інноваторів.

¹ Патентный троллинг: в чём различия между США и Украиной [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.imena.ua/blog/патентный-троллинг-в-чём-различия-меж/>

² IBM пытается запатентовать патентный троллинг [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://habrahabr.ru/post/124170/>

³ Патентный троллинг против инноваций: стан, тенденції, загрози [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?C21COM=2&I21DBN=UJRN&P21DBN=UJRN&IMAGE_FILE_DOWNLOAD=1&Image_file_name=PDF/pric_2013_1_3.pdf

⁴ Более половины всех патентных исков в США подают «патентные тролли» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.ixbt.com/news/hard/index.shtml?16/37/11>

⁵ Kill The Troll! [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://eugene.kaspersky.ru/2012/06/26/kill-the-troll/>

⁶ Андрощук Г. О. Концепція FRAND – ліцензування як баланс інтересів патентовласників та користувачів [Текст] // IV Міжнародна науково-практична конференція «Роль і значення інтелектуальної власності в інноваційному розвитку економіки» (м. Київ, 12–14 листопада 2012 р.)

⁷ У боротьбу з патентними троями вступає Microsoft [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://weeknews.in.ua/news/microsoft/1234-u-borotbu-z-patentnimi-troliami-vstupae-microsoft.html>

⁸ Єгоров І. Негативні аспекти процесу патентування: аналіз закордонного досвіду [Текст] / І. Єгоров, В. Чехун // Вісник Київ. нац. ун-ту ім. Тараса Шевченка. Економіка. – № 137/2012 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.library.univ.kiev.ua/ukr/host/10.23.10.100/db/ftp/visnyk/ekonom_137_2012.pdf

Резюме

Воронін Я. Г. Роль патентних тролів у системі патентної охорони права промислової власності.

У роботі дається правовий аналіз явища патентного троллінгу. Показано, що основні фінансові витрати, викликані діями патентних тролів, несуть малі та середні інноваційні компанії. Патентні тролі підривають принципи патентного права, завдають шкоди, обмежують проведення наукових досліджень, стримують інноваційну діяльність, підприємницьку ініціативу. Це негативне явище набуває поширення і в Україні.

Ключові слова: патентні тролі, порушення патенту, торгові марки, ліцензійні платежі.

Резюме

Воронин Я. Г. Роль патентных троллей в системе патентной охраны права промышленной собственности.

В работе дается правовой анализ явления патентного троллинга. Показано, что основные финансовые затраты, вызванные действиями патентных троллей, несут малые и средние инновационные компании. Патентные тролли подрывают принципы патентного права, наносят ущерб, ограничивают проведение научных исследований, сдерживают инновационную деятельность, предпринимательскую инициативу. Это негативное явление получает распространение и в Украине.

Ключевые слова: патентные тролли, нарушение патента, торговые марки, лицензионные платежи.

Summary

Voronin Y. The role of patent trolls in the system of patent protection of industrial property law.

This article is about patent trolls. It is shown that the main financial costs caused by the actions of patent trolls, are small and medium-sized innovative companies. Patent trolls undermine the principles of patent law, damage, limit research, hinder innovation, entrepreneurial initiative. As a result, distort competition in the market, slowing technological development affects the interests of consumers. This negative phenomenon is spreading in Ukraine.

Key words: patent trolls, patent infringement, the present invention, license fees.

УДК 347.77

О. Ю. КАШИНЦЕВА

Оксана Юріївна Кашинцева, кандидат юридичних наук, доцент Київського університету права НАН України, завідувач відділу НДІ інтелектуальної власності НАПрН України

**ОСОБЛИВОСТІ ПРЕДМЕТА ДОГОВОРУ ПРО СТВОРЕННЯ
ОБ'ЄКТІВ ПАТЕНТУВАННЯ У СФЕРІ МЕДИЦИНИ**

Сучасна медицина є однією з найбільш наукомістких сфер життя суспільства. Нобелівська премія в сфері медицини 2005 р. отримана Баррі Джеймс Маршаллом за відкриття бактерії *Helicobacter pylori* та дослідження її впливу на виникнення гастриту і виразки шлунку, що докорінно змінило стратегію наукових досліджень у сфері гастроентерології. Нобелівська премія в сфері медицини 2010 р. отримана Робертом Едвардсом за розробку технології штучного запліднення.

Серед вітчизняних лікарів-винахідників, науковий доробок яких отримав міжнародне визнання, відзначаємо: лауреата премії Заслужений винахідник України Д. Д. Зербіно (засновника вітчизняної школи серцево-судинної патології), лауреата Державної премії України в галузі науки і техніки (1996 р., 2001 р.) Ю. П. Зозулю та його праці «Лазерна нейрохірургія» (1992 р.), «Свободно-радикальное окисление и антиоксидантная защита при патологии головного мозга» (2000 р.), «Спинальные сосудистые опухоли и мальформации» (2000 р.), «Нейрогенная дифференцировка стволовых клеток» (2005 р.), «Хирургическое лечение нейрокомпрессионных поясничных болевых синдромов» (2006 р.); «Гліомі головного мозгу» (2007 р.).

Як свідчить статистика Державної служби інтелектуальної власності України, відсоток заявок для отримання патенту на винахід у галузі медицини у співвідношенні до загальної кількості заявок коливається приблизно у межах 10–12 %, решта галузей мають відповідно значно нижчі відсотки¹. Це – доволі значний показник, що змушує визнати монополізацію знання у медицині, а відтак можливість диктувати його ціну на ринку медичних послуг.

Українське законодавство у сфері інтелектуальної власності дозволяє патентувати способи лікування, що входить у розріз із європейською доктриною інтелектуальної власності у цій частині. Проте відсутність способів лікування серед патентоспроможних об'єктів у європейському законодавстві не ставить медичного працівника у неконкурентоспроможне становище. Існують інші правові механізми отримання бенефіцій від застосування свого інтелектуального продукту на ринку медичних послуг. Підписання Угоди про асоціацію між Україною та ЄС² ставить перед вітчизняним ринком медичних послуг нові виклики.

Оскільки договірні відносини, що аналізуються у статті, виникають при замовленні, створенні та використанні об'єкта патентування у сфері медицини, вважаємо за необхідне дати деякі пояснення щодо зазначеного категоріального апарату в преамбулі договору.

При детальному аналізі вітчизняного законодавства в сфері охорони здоров'я стикаємося з проблемою відсутності легального визначення поняття «медицина». У законодавстві містяться лише такі етимологічно спільні поняття, як «медична освіта», «медична практика», «медична діяльність», «медична допомога», «медична інформація», «медичний експеримент» тощо. Наведені та інші поняття, що містяться у законодавстві і є дотичними до сфери медицини, охоплюються правовою категорією «охорона здоров'я».

Відповідно до Закону України «Основи законодавства про охорону здоров'я»³ під охороною здоров'я розуміють систему заходів, які здійснюються органами державної влади та органами місцевого самоврядування, їх посадовими особами, закладами охорони здоров'я, медичними та фармацевтичними працівниками і громадянами з метою збереження та відновлення фізіологічних і психологічних функцій, оптимальної працездатності та соціальної активності людини при максимальній біологічно можливій індивідуальній тривалості її життя.

Щодо наукового визначення медицини, то це – галузь наукової та практичної діяльності, що вивчає нормальні та патологічні процеси в організмі людини, різноманітні захворювання, патологічні стани, методи їх запобігання та зміцнення здоров'я людини. На сьогодні розрізняють, зокрема, такі галузі медицини: клінічна медицина, суспільна медицина, судово медицина, медична психологія, військова медицина, медична географія, авіаційна медицина, спортивна медицина, медицина катастроф тощо.

Відповідно до наказу МОЗ «Про затвердження переліку спеціальностей та строки навчання в інтернаті випускників медичних і фармацевтичних вищих навчальних закладів, медичних факультетів університетів»⁴ від 23 лютого 2005 р. № 81 існують такі медичні спеціальності: акушерство та гінекологія, анестезіологія та інтенсивна терапія, внутрішні хвороби, дитяча хірургія, загальна гігієна, загальна практика – сімейна медицина, епідеміологія, інфекційні хвороби, медицина невідкладних станів, лабораторна діагностика, клінічна онкологія, медична психологія, мікробіологія та вірусологія, неврологія, нейрохірургія, ортопедія і травматологія, отоларингологія, офтальмологія, патологічна анатомія, психіатрія, педіатрія, пульмонологія та фтизіатрія, радіологія, стоматологія, судово-медична експертиза, урологія, хірургія, неонатологія, дитяча анестезіологія, спортивна медицина, дерматовенерологія, дитяча отоларингологія.

Таким чином, аналізуючи специфіку договірних відносин, предметом яких є об'єкти патентування у сфері медицини, необхідно враховувати особливості наведених вище галузей. Особливості правової природи об'єктів патентування у сфері медицини визначають особливості змісту договорів у зазначеній сфері.

Отже, предметом договору на створення та використання об'єктів патентування у сфері медицини є такі об'єкти патентування:

- винаходи і корисні моделі, правовий режим охорони та захисту яких встановлений Законом України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі»⁵;
- промислові зразки, правовий режим охорони та захисту яких встановлений Законом України «Про охорону прав на промислові зразки»⁶.

Розглянемо особливості предмета договору на створення та використання винаходу у формі продукту. Слід зазначити, що сфера медицини висуває додаткові вимоги до винаходів-продуктів. Так, відповідно до п. 11.2.9 Правил складання і подання заявок на винаходи і корисні моделі⁷, якщо винахід є засобом для лікування, профілактики або діагностики певного захворювання, то наводять достовірні дані, що підтверджують його придатність для лікування, профілактики або діагностики зазначеного захворювання. За можливості, наводять відомості, які пояснюють вплив використання цього засобу на етіопатогенез захворювання.

Прикладами винаходів у формі продукту, в основі яких є пристрій у сфері медицини, може бути Хірургічний серкляжний бандаж (Патент RU 2393809). У медичній практиці серкляжні стрічкові фіксатори знаходять широке застосування. Їх функція, в основному, зводиться до комплексного впливу на кістку при знятті завантаження за допомогою інструменту. Відомі конструкції серкляжних хірургічних стрічок, у яких сама стрічка має прямокутну форму, а замикаючий елемент являє собою або просту застібку, або складнішу конструкцію, що включає в себе і натяжний механізм, і механізм фіксації, наприклад, у вигляді гвинтової пари (патент DE 3427590), у вигляді храпового механізму (патент США 6302889).

До прикладу, через пристрій можуть також отримувати правову охорону і способи діагностики: «Апарат для оцінки ступеня відновлення кісткової тканини» (патент RU 2396900).

Відповідно до Міжнародної патентної класифікації (див., зокрема, Розділ А – «Життєві потреби людини») до медичних пристроїв можуть бути віднесені:

- пристрої та апарати для діагностичних і лікувальних цілей; механічні, оптичні, електричні медичні пристрої та пристрої для реєстрації, наприклад, запису біострумів (патент України № 7866 на корисну модель «Пристрій для електрофізіологічних досліджень біооб'єктів»);
- хірургічні, офтальмологічні, гінекологічні та інші спеціальні інструменти (патент України № 70394 на корисну модель «Хірургічний інструмент для формування міжкишкового анастомозу», патент України № 90953 на винахід «Офтальмологічний тренажер» тощо);
- обладнання операційних, лабораторій, діагностичних та інших кабінетів, пристрої для фізіотерапії й масажу, рентгенівська та інша апаратура, що випромінює, пристрої для дезінфекції і стерилізації, пристрої для транспортування і розміщення хворих, медичні вироби: протези, шини, бандажі, слухові апарати тощо

(патент України № 44902 на винахід «Безшарнірна штучна стопа для протезу стопи», патент України № 38359 на корисну модель «Пристрій для транспортування та переукладання постраждалих і хворих»).

У сфері медицини винаходи у формі способу поділяються на три основні групи: способи лікування, способи діагностики та способи обслуговуючі.

Способи лікування націлені на досягнення певного терапевтичного ефекту: симптоматичного полегшення перебігу хвороби, усунення причин виникнення захворювання та певної стабілізації стану пацієнта. Підтвердженням досягнення такого терапевтичного ефекту можуть бути протоколи клінічних спостережень щодо застосування відповідного способу лікування як складової договору. Такі протоколи можуть міститися і у рефераті винаходу, фрагментом такого протоколу у рефераті до «Хірургічний серкляжний бандаж» (патент RU 2393809): «Хворий С., 36 років. Діагноз – остеосаркома великогомілкової кістки, ускладнена патологічним переломом і потовщенням картікала. Проведена резекція дистального відділу великогомілкової кістки разом з пухлиною і виконано заміщення дефекту великогомілкової кістки метадіафізарним компонентом довжиною з накладенням 3-х серкляжних бандажів з титанового сплаву ВТ-1. Один бандаж – з ділянкою стрічки, що примикає до сполучного елемента, хвилеподібного профілю довжиною з полірованою поверхнею з шорсткістю Ra 0,1 мкм і поверхнево зміцненим до мікротвердості 5800 МПа (за другим варіантом), і два бандажа – з ділянкою стрічки, що примикає до з'єднувального елемента, довжиною , що має профіль, який являє собою чергування елементів, що складаються з вигнутої і прямої ділянок з полірованою поверхнею з шорсткістю Ra 0,1 мкм і поверхнево зміцнених до мікротвердості 5500 МПа (за третім варіантом). Післяопераційне спостереження показало стабільну фіксацію великогомілкового метафізарного компонента, надійне кріплення кісткових структур, виключення розтріскування і руйнування кістки при великих функціональних навантаженнях без порушення умов харчування кісткових структур».

Наявність таких протоколів у договірному пакеті документів, безперечно, впливає на ціну договору, проте недосягнення визначеного терапевтичного ефекту у певних випадках не може бути підставою для розірвання договору через неналежну якість способу лікування.

Зазначимо, що сьогодні в українській доктрині права інтелектуальної власності відбувається переосмислення пріоритетів прав власників патентів та прав пацієнтів. Реформування сфери охорони здоров'я зумовлює також необхідність реформування права інтелектуальної власності шляхом посилення вимог патентоспроможності способів лікування.

¹ Державна служба інтелектуальної власності. Річний звіт 2013 р.; Річний звіт 2012 р.; Річний звіт 2011 р.; Річний звіт 2010 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://sips.gov.ua/ua/info_resurses.html

² Угода про асоціацію між Україною та Європейським союзом : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.kmu.gov.ua/kmu/control/uk/publish/article?art_id=246581344

³ Основи законодавства України про охорону здоров'я : Закон України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2801-12>

⁴ Про затвердження переліку спеціальностей та строки навчання в інтернатурі випускників медичних і фармацевтичних вищих навчальних закладів, медичних факультетів університетів : наказ МОЗ від 23 лютого 2005 р. № 81 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : zakon.rada.gov.ua/go/z0291-05

⁵ Про охорону прав на винаходи і корисні моделі : Закон України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua/go/3687-12>

⁶ Про охорону прав на промислові зразки : Закон України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua/go/3688-12>

⁷ Правила складання і подання заявок на винаходи і корисні моделі : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/z0173-01>

Резюме

Кашинцева О. Ю. Особливості предмета договору про створення об'єктів патентування у сфері медицини.

У статті аналізуються особливості природи об'єктів патентування у сфері медицини як предмета договорів у сфері інтелектуальної власності. Автор звертає увагу на вплив експериментальної частини відповідних об'єктів на ціну договору.

Ключові слова: патент, медицина, договори, інтелектуальна власність.

Резюме

Кашинцева О. Ю. Особенности предмета договора о создании объектов патентования в сфере медицины.

В статье анализируются особенности природы объектов патентования в сфере медицины как предмета договоров в сфере интеллектуальной собственности. Автор обращает внимание на влияние экспериментальной части соответствующих объектов на цену договора.

Ключевые слова: патент, медицина, договоры, интеллектуальная собственность.

Summary

Kashyntseva O. Features of Subject of Agreement on Creation of Objects of Patenting in the field of medicine.

The author analyzes the features of nature of objects of patenting in the field of medicine as article of agreements in the field of intellectual property. An author is mark influence of experimental part on the cost of agreement.

Key words: patent, medicine, agreements, intellectual property.

М. М. ЯШАРОВА

Марія Миколаївна Яшарова, кандидат юридичних наук, доцент Київського університету права НАН України

МІСЦЕ ПРАВА ПРОМИСЛОВОЇ ВЛАСНОСТІ В ПРАВОВІЙ СИСТЕМІ УКРАЇНИ ТА ВПЛИВ ПРАВОВИХ СИСТЕМ СВІТУ НА ЇЇ РОЗВИТОК

Сьогодні однією з характерних рис правової системи України є постійне зростання кількості міжнародних договорів і конвенційних угод, що займають значну питому вагу серед джерел національного права. Під впливом світових процесів змінюється і система права сучасної України. Виникли нові галузі права – податкове, банківське, бюджетне, а також галузі законодавства – митне, антимонопольне тощо. Триває активний процес нагромадження однорідного нормативного матеріалу, що приводить до формування нових правових інститутів (більшість із них носять міжгалузевий характер), підгалузей і галузей права та законодавства.

Очевидно, одним із таких правових утворень, що має стійку тенденцію до розвитку, є масив правових норм, які регулюють суспільні відносини у сфері інтелектуальної власності, що є проявом загальних тенденцій розвитку суспільства, політико-правових інститутів держави, правової системи в цілому.

Проблеми у сфері інтелектуальної власності привертають увагу фахівців різних галузей знань – філософів, економістів, фінансистів, представників точних наук, юристів. Сьогодні від рівня розвитку правового регулювання в даній сфері залежить ступінь захищеності письменників і композиторів, продюсерів і виконавців, організацій мовлення і виробників фонограм, винахідників і вчених, власників прав на промислові зразки і торговельні марки та інші комерційні позначення, громадян як споживачів продукції, що містить і (або) вироблена із застосуванням об'єктів права інтелектуальної власності, і держави в цілому.

Правова охорона та захист прав і законних інтересів суб'єктів права інтелектуальної власності залежить не тільки від якості нормативної бази, а й від професіоналізму адвокатів, суддів, патентних повірених, державних службовців відповідних органів державного управління у сфері інтелектуальної власності, експертів і оцінювачів вартості прав інтелектуальної власності.

Аналіз будь-якого правового інституту починається з визначення його місця в системі права. Щодо права інтелектуальної власності – це завдання, як і раніше, не з легких. Ми звикли, що сукупність правових норм співвідноситься або з галуззю чи підгалуззю права або законодавства. Що стосується права інтелектуальної власності, то на сьогодні питання про його місце в системі права України однозначно не вирішено, однак формуються окремі тенденції в розвитку нормативного матеріалу з питань інтелектуальної власності, що дає змогу зробити певні, хоча й небезпечні висновки. Суспільні відносини у сфері інтелектуальної власності регулювалися галуззю цивільного права, і основним нормативним актом, що регулював права авторів та винахідників, був Цивільний кодекс України¹.

Зміна соціально-політичної й економічної ситуації в країні обумовила необхідність розробки і прийняття комплексу законів з питань інтелектуальної власності. Паралельно з цим йшла робота над проектом нового Цивільного кодексу України. При розробленні структури останнього постало питання про співвідношення норм Цивільного кодексу і спеціального законодавства у сфері інтелектуальної власності. Як показала практика законотворчості, це питання виявилось складним, насамперед у зв'язку з нагальною потребою осмислення реальних змін, які відбулися в суспільних відносинах, що зумовило необхідність відмовитися від сформованих стереотипів мислення щодо ролі цивільного права в регулюванні суспільних відносин у сфері інтелектуальної власності. Переважна більшість цивілістів-розробників тяжіла до прагнення охопити нормами Цивільного кодексу максимально велику частину питань. Як результат цього був підготовлений проект Книги четвертої Цивільного кодексу України «Право інтелектуальної власності», що фактично «поглинув» норми Закону України «Про авторське право і суміжні права», а також в узагальненому вигляді містив у собі всі основні норми з питань регулювання відносин стосовно правової охорони інших результатів інтелектуальної, творчої діяльності людини і комерційних позначень. Цей проект був опублікований у журналі «Право України», став предметом обговорення і початком серйозних дискусій, у тому числі й на міжнародному рівні. Представництво європейської комісії в Україні, ВОІВ, Державний департамент інтелектуальної власності, що діє в складі Міністерства освіти і науки України і є урядовим органом державного управління, правовий статус якого визначається Положенням про Державний департамент інтелектуальної власності, затвердженим постановою Кабінету Міністрів України від 20 червня 2000 р. № 997 (далі – Держдепартамент), були одностайні в думці не підмінювати спеціальне законодавство у сфері інтелектуальної власності Цивільним кодексом².

Вважається, що це було зумовлено декількома причинами. По-перше, предмет цивільного права не дозволяє охопити весь комплекс відносин, що вимагають свого регулювання і фактично врегульовані (крім цивільних існують організаційні та процесуальні, господарсько-правові, кримінально-правові, адміністративно-правові відносини тощо).

По-друге, кодифікація як найскладніша форма систематизації законодавства припускає наявність стабільного та однорідного нормативно-правового масиву, чого не можна сказати про законодавство у сфері інтелектуальної власності, яке постійно змінюється (з'являються нові об'єкти права інтелектуальної власності, здійснюються процеси гармонізації норм міжнародного права з нормами національного законодавства тощо).

По-третє, природа відносин у сфері інтелектуальної власності не збігається з природою права власності, тому підходи до регулювання речових прав не можуть бути в даному випадку застосовані. Крім цього, введення об'єктів права інтелектуальної власності в процес комерційного обороту привів до зміни суб'єктів права інтелектуальної власності та основ переходу правомочностей від одних суб'єктів до інших.

Верховна Рада України взяла до уваги доводи Кабінету Міністрів України, ВОІВ, зобов'язання України перед Європейським Союзом (далі – ЄС) за Договором про партнерство і співробітництво між Україною та ЄС, умови приєднання України до Світової організації торгівлі, однією з основних угод якої є Угода про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності (далі – Угода ТРІПС)³. Це призвело до того, що Тимчасова спеціальна комісія Верховної Ради України з доробки проекту Цивільного кодексу України і Господарського кодексу України розглянула пропозиції виконавчої влади про внесення змін до Книги четвертої проекту Цивільного кодексу України. Ці пропозиції будувалися на інших концептуальних засадах, ніж попередня редакція, у зв'язку з чим текст Книги четвертої на момент її прийняття Верховною Радою України 29 листопада 2001 р. істотно відрізнявся від попереднього тексту проекту Цивільного кодексу, що був опублікований. Які це концептуальні положення? По-перше, збереження спеціального законодавства у сфері інтелектуальної власності з його рухливим нормативним масивом⁴.

По-друге, кодифікації слід піддати тільки усталені норми, перевірені практикою і відносно безперечні. По-третє, зміст норм Книги четвертої Цивільного кодексу України максимально повернути у бік людини, тобто максимально врахувати інтереси творця, незалежно від того, фізична це чи юридична особа. По-четверте, відшукати правові положення, які можна однаковою мірою застосувати до об'єктів авторського права і суміжних прав, а також до інших результатів інтелектуальної діяльності та комерційних позначень. По-п'яте, щодо окремих об'єктів права інтелектуальної власності в кодексі відбити тільки ті нормативні положення, що стосуються предмета регулювання цивільним правом. Таким чином, межі цивільного правового регулювання сьогодні чітко окреслені законодавством, що відповідає міжнародно-правовій практиці і сучасній науковій доктрині. За межами регулювання Цивільним кодексом України залишилися адміністративні процедури, питання адміністративної й кримінальної відповідальності за вчинені правопорушення у сфері інтелектуальної власності, захист прав інтелектуальної власності в адміністративному порядку, а також у порядку цивільного процесуального і кримінально-процесуального права. Сьогодні правова охорона інтелектуальної власності регулюється спеціальними законами, що являють собою комплексні правові акти⁵.

Адже, характеризуючи в цілому нове законодавство цих країн, слід зазначити, що названі фактори, що впливають на його розвиток, в основному розпадаються на дві протилежні групи: 1) участь в силу історичних та соціально-економічних причин в міжнародному капіталістичному розподілі праці, коли залежне становище в ньому країн зумовлює і необхідність використання правових норм для задоволення інтересів промислово розвиненого партнера і 2) протилежна спрямованість у політиці молодих держав, яка проявляється в прагненні правовими засобами захистити свою економіку від переважного впливу іноземних держав і тим самим сприяє її національному розвитку.

¹ Нагаєва З. С. Зарубежный опыт обеспечения прав интеллектуальной собственности / З. С. Нагаєва // Культура народов Причерноморья. – 2005. – № 69. – С. 126–131.

² Правове забезпечення сфери інтелектуальної власності в Україні в контексті європейської інтеграції: концептуальні засади : моногр. / В. С. Дроб'язко, А. В. Міндрул, О. О. Тверезенко та ін. ; за наук. ред. О. П. Орлюк. – К. : НДІ інтелектуальної власності НАПрН України, ТОВ «Лазурит – Поліграф», 2010. – 464 с.

³ Угода про партнерство і співробітництво між Україною і Європейськими Співтовариствами та їх державами-членами [Режим доступу] http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/998_012

⁴ Угода про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності [Режим доступу] http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/981_018

⁵ Законодавство України у сфері інтелектуальної власності (Верховна Рада України, Комітет з питань науки і освіти) / Упор. Г. О. Андрощук, М. М. Шевченко, Б. Г. Чижевський, С. В. Семенюк. – К.: Парламентське видавництво, 2013. – 704 с.

Резюме

Яшарова М. М. Місце права промислової власності в правовій системі України та вплив правових систем світу на її розвиток.

У статті зазначаються характерні риси права промислової власності в правовій системі сучасної України та вплив правових систем світу на її розвиток під впливом цих світових процесів.

Ключові слова: інтелектуальна власність, патент, промислова власність, міжнародне законодавство.

Резюме

Яшарова М. Н. Место права промышленной собственности в правовой системе и влияние правовых систем мира на ее развитие.

В статье рассматриваются характерные черты права промышленной собственности в правовой системе современной Украины и влияние правовых систем мира на ее развитие под влиянием этих мировых процессов.

Ключевые слова: интеллектуальная собственность, патент, промышленная собственность, международное законодательство.

Summary

Yashurova M. Place of industrial property law in the legal system and the impact of legal systems of the world in the development of the.

In article identifies the characteristic features of industrial property rights in the legal system of Ukraine and the impact of legal systems of the world in its development under the influence of these global processes.

Key words: intellectual property, patent, industrial property, international law.

УДК 347.77

О. О. БОНДАРЕНКО

Ольга Олегівна Бондаренко, здобувач Київського університету права НАН України

ЗНАЧЕННЯ СУТТЄВИХ ОЗНАК ПРИ ВСТАНОВЛЕННІ ОБСЯГУ ПРАВОВОЇ ОХОРОНИ ПРОМИСЛОВОГО ЗРАЗКА

Тривалий час суспільні відносини у світі розвиваються під впливом інтеграційних процесів. Ці процеси охопили вже всі регіони земної кулі. Економічне відродження України, орієнтація на розвиток ринкових відносин, прагнення увійти повноправним членом до світового співтовариства потребує чіткого визначення перспектив розвитку та вдосконалення суспільних відносин у сфері створення й використання продуктів творчості та інтелекту людини. Правова охорона інтелектуальної власності вимагає запровадження нових організаційно правових заходів, вдосконалення відповідного законодавства, аналізу практики його застосування¹.

У зв'язку з формуванням спільного економічного простору між Україною та Європейським Союзом необхідним є удосконалення правової охорони й захисту права об'єктів інтелектуальної власності для забезпечення належного рівня їх виконання. Україні необхідно удосконалити механізми охорони прав на промислові зразки з метою забезпечення такого ж рівня охорони, як і за законодавством ЄС.

Дослідженням поставленого питання займалися такі провідні вчені України, як Ю. Бошицький, М. Ортинська, О. Чомахшвілі та ін.

Згідно з чинним законодавством, а саме ч. 6 ст. 5 Закону України «Про охорону прав на промислові зразки», обсяг правової охорони, що надається, визначається сукупністю суттєвих ознак (представлених на зображенні виробу, який внесено до Державного реєстру патентів України на промислові зразки) і засвідчується патентом з наведеною у ньому копією внесеного до Реєстру зображення виробу.

Відповідно до правил складання та подання заявки, затверджених наказом Міністерства освіти і науки України від 18 лютого 2002 р. № 110, Розділ «Суть і суттєві ознаки промислового зразка» має містити опис усіх суттєвих ознак, які формують зоровий образ заявленого виробу. Суть промислового зразка характеризується сукупністю відображених на зображеннях його суттєвих ознак, які визначають зовнішній вигляд виробу з його естетичними та/або ергономічними особливостями².

Насамперед необхідно зрозуміти, що означає поняття «суттєві ознаки». У цьому зв'язку можливі такі уточнення смислового змісту поняття «суттєва ознака» та інших зв'язаних з ним понять:

– зразок є двоєдиним об'єктом, і його юридична охорона патентом забезпечується відповідно в двох рівнях: зображення (суб'єктивний аспект) охороняє зразок від копіювання і характеризується всією сукупністю суттєвих ознак, відображених на репродукціях зразка. Перелік суттєвих ознак промислового зразка характеризує знання про те, як «складено» зразок (об'єктивний аспект) і охороняє зразок від імітації. Перелік, таким чином, є частиною сукупності;

– суттєві ознаки є словесною характеристикою зразка, а естетичні особливості виробу, в якому зразок втілений – його візуальною характеристикою;

– кожна суттєва ознака в переліку відображена на репродукції у вигляді певної естетичної особливості та ідентифікує його;

– репродукція зразка визначає обсяг його правової охорони у разі копіювання, а перелік, виступаючи словесною характеристикою зразка, конкретизує обсяг його патентної охорони при спробах його імітації;

– сутність зразка, втіленого в конкретному виробі, візуально спостерігається у виді естетичних особливостей зовнішнього вигляду виробу, в якому він використаний, а перелік суттєвих ознак вказує на ці особливості³.

Необхідно пам'ятати, що має бути підтвердження суттєвості ознаки для зовнішнього вигляду промислового зразка. Для такого підтвердження не достатньо вказати, що дана ознака є ознакою форми виробу чи його конфігурації, ознакою орнаментативної або поєднанням кольорів, ліній або декором виробу, текстурою, фактурою матеріалу.

Отже, перш ніж подавати заявку на отримання патенту, потрібно визначити, які ознаки є суттєвими, а які – ні, а також вирішити, які зображення подавати із заявкою. Відповідно до Правил складання заявки на промисловий зразок ознака належить до суттєвих, якщо вона впливає на формування зовнішнього вигляду виробу, якому притаманна така ознака⁴.

До суттєвих ознак промислового зразка відносять такі ознаки, які визначають естетичні та ергономічні особливості зовнішнього вигляду виробу, являють собою словесну ідентифікацію властивостей виробу. Зокрема, такими ознаками можуть виступати: форма, конфігурація, поєднання кольорів. Тобто, можна сказати, що суттєвими ознаками виступають ті ознаки, які формують зовнішній вигляд предмета і дають можливість адекватно роз'яснити ту естетичну цінність виробу, заради якої саме і реєструється промисловий зразок. До суттєвих ознак промислового зразка належать:

- склад та кількість основних композиційних елементів;
- форма та конфігурація цих елементів;
- взаємне розміщення та підпорядкованість основних елементів;
- характер графічного, кольорового, фактурного рішень.

Аналізуючи суттєвість ознак, доцільно брати до уваги вигляд виробу, до якого належить промисловий зразок, є він об'ємним чи площинним.

Звернувшись до практики проведення експертизи, можна сказати, що стосовно об'ємних виробів промислового дизайну, як правило, роль істотних ознак виконують ті з них, що характеризують формування, взаємне розташування та пластичне рішення елементів виробу. А ознаки, які характеризують орнаментальну, колористичну, фактурну сторони зовнішнього вигляду виробу, можуть вважатися як суттєвими так і не суттєвими ознаками. У випадку, якщо виріб є площинним, то до суттєвих можуть бути віднесені ознаки, що характеризують композиційну побудову, образотворчі, орнаментальні та шрифтові елементи, а також колористичне рішення. Наприклад, для етикеток у більшості випадків істотними ознаками будуть композиційна побудова, образотворчий мотив, шрифт, колористичне рішення, розташування елементів промислового зразка, а форма ж самої етикетки не завжди буде суттєвою ознакою.

Виявлення суттєвих ознак промислових зразків простіше здійснювати при порівняльному аналізі промислових зразків, що належать до виробів схожого зовнішнього вигляду того ж або однорідного призначення. Тому буде доцільно виявляти істотні ознаки заявленого промислового зразка після проведення інформаційного пошуку шляхом порівняння заявленого промислового зразка та промислових зразків, які є подібними.

Істотні ознаки промислового зразка, як правило, є домінуючими і тому залишають зорове враження.

Таким чином, виявлення суттєвих ознак промислового зразка має на увазі передусім виділення ергономічних особливостей та (або) естетичних особливостей промислового зразка, які притаманні зовнішньому вигляду виробу, представлено на зображеннях, й оцінці ролі цих особливостей при формуванні загального зорового враження. Слід зазначити, що не можуть вважатися суттєвими ознаки, які впливають на властивості виробу та визначають його функціональне призначення.

У разі якщо під час проведення експертизи буде встановлено ознаку, не заявлену як суттєва, а експерт вважає, що без неї не повною мірою проявляються естетичні та ергономічні властивості промислового зразка, то заявнику можуть запропонувати включити її до суттєвих ознак.

Після визначення суттєвих ознак потрібно з'ясувати, які зображення слід подавати. Якщо заявляється двовимірний об'єкт, скажімо, етикетка, то достатньо буде подати одне зображення. Якщо ж об'єкт тривимірний, наприклад, зовнішній вигляд промислового приладу, то потрібно подати таку кількість зображень, які дають змогу уявити загальний вигляд виробу⁵.

Патентне відомство публікує в офіційному бюлетені зображення промислового зразка та перелік суттєвих ознак. Це зумовлено тим, що естетичні особливості промислового зразка пов'язані винятково із зображенням зовнішнього вигляду виробу, в якому втілено зразок, а перелік суттєвих ознак є словесною характеристикою художньо-конструкторського рішення виробу, який визначає його зовнішній вигляд. Словесна форма ідентифікації естетичних та/або ергономічних особливостей зовнішнього вигляду виробу, в якому реалізовано зразок, дає змогу належним чином обґрунтувати ту естетичну цінність, яка і є інтелектуальною власністю патентовласника⁶.

Публікація зображення промислового зразка забезпечує охорону промислового зразка від копіювання, а наявність у публікації переліку суттєвих ознак промислового зразка (у сполученні із зображенням) є юридичним інструментом його правової охорони від можливої імітації у випадку зміни несуттєвих деталей зображення.

Певна продукція визнається виготовленою із застосуванням промислового зразка, якщо при цьому використані всі суттєві ознаки. Наприклад, якщо заявлено пляшку, що характеризується певною оригінальною формою та орнаментальною різьбою, то відтворення лише оригінальної форми не буде використанням всіх суттєвих ознак, а, отже, і порушенням прав на промисловий зразок⁷.

Слід зазначити, що законодавець застосовує поняття «сукупність суттєвих ознак» при визначенні обсягу майнових прав на промисловий зразок, чим і підкреслює, що ці права встановлюються не до кожної окремої ознаки, а до їх сукупності як цілісної категорії. Це свідчить про те, що досить легко порушити майнові

права на промисловий зразок і не понести відповідальності – достатньо при розробці промислового зразка замінити, змінити або виключити одну суттєву ознаку у вже існуючого і успішно зареєструвати промисловий зразок. З огляду на це, ми бачимо, що на сьогоднішній день у судовій практиці є справи, в яких запатентований промисловий зразок, незважаючи на загальну візуальну схожість із зовнішнім виглядом протиставленого виробу, не визнавався використаним і майнові права на нього не вважалися порушеними.

Крім суттєвих ознак, промисловий зразок наділений так званими нюансними (не суттєвими) ознаками, які недостатньо виражені, не є домінуючими, як суттєві, при зоровому сприйнятті виробу. Тобто, вони не призводять до змін зорового враження, яке справляє предмет. Та треба мати на увазі, що є випадки, коли окремо кожна нюансна ознака не буде змінювати зорового враження від виробу, але у сукупності вони можуть кардинально змінювати таке враження, і тоді їх у сукупності можуть визнати суттєвими. Прикладом може виступати розміщення кнопок на телевізорах, панелях інструментів.

При аналізі положень чинного законодавства автор роботи дійшов висновку, що опису промислового зразка, опису його суттєвих та несуттєвих ознак приділяється мало уваги. І необхідно більш детально закріпити положення про перелік суттєвих ознак промислового зразка, що буде виступати гарантією його не копіювання, а закріплення на законодавчому рівні – юридичним інструментом правової охорони промислових зразків.

У ході аналізу суттєвих ознак промислового зразка та їх переліку виникає проблема, яка полягає в тому, що перелік суттєвих ознак складається самим заявником, хоча навіть патентному повіреному важко скласти перелік суттєвих ознак, який би конкретно, точно описував промисловий зразок. Тому непоодинокими є ситуації, коли перелік суттєвих ознак промислового зразка конкретного зовнішнього виду може характеризувати і об'єкти відмінного зовнішнього вигляду.

Отже, необхідно встановити та закріпити ознаки, які будуть вважатися суттєвими для характеристики художньо-конструкторського рішення виробу залежно від його виду та структури. До того ж, це спростить процес визначення переліку суттєвих ознак для заявника.

Також, на нашу думку, необхідно встановити умову того, що при проведенні експертизи увага буде звертатися передусім на зображення промислового зразка і суттєві ознаки будуть виражатися у відсиланні до зображення зразка, наприклад, у такій формі: «промисловий зразок – це олівець з утримувачем, як показано та описано». Тобто, показано буде на зображенні, а описання буде міститися нижче зображень, у якому буде описання того, що зображено. Тому обсяг правової охорони буде встановлюватися відповідно до зображення, що, на наш погляд, зменшить реєстрацію промислових зразків з незначними змінами деяких суттєвих ознак промислового зразка.

Таким чином, можна вважати, що саме зображення у сукупності з описом нових основних ознак зовнішнього вигляду виробу, які зазначають його особливість, виступають «формулою» промислового зразка, що відіграє вирішальну роль при встановленні правової охорони та подальшої реєстрації об'єкта.

Тому необхідно внести зміни до п. 6 ст. 5 Закону України «Про охорону прав на промислові зразки» та вкласти її у такій редакції: «Обсяг правової охорони, що надається, визначається описом нових суттєвих ознак промислового зразка, представлених на зображенні (зображеннях) виробу, внесеному до Реєстру, і засвідчується патентом з наведеною у ньому копією внесеного до Реєстру зображення виробу.

Тлумачення ознак промислового зразка повинно здійснюватися в межах його опису з обов'язковим використанням зображень виробу».

¹ Бошицький Ю. Л. Удосконалення національного законодавства в сфері інтелектуальної власності: проблеми та перспективи / Ю. Л. Бошицький // Законодавство України: проблеми та перспективи розвитку : зб. наук. праць Всеукр. наук.-практ. конф. Київський ун-т права НАН України. – К. : Вид-во Європейського університету, 2011. – С. 7–10.

² Про затвердження Правил складання та подання заявки на промисловий зразок : Наказ Міністерства освіти і науки України від 18 лютого 2002 р. № 110-VI : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.pu.if.ua/inst/ndc/intelect/59.htm>

³ Эстетическое содержание существенных признаков промышленного образца / В. А. Селяков. – М. : ИНИЦ Роспатента, 2001. – 77 с.

⁴ Ортинська М. Промисловий зразок як об'єкт інтелектуальної власності / Марія Ортинська : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://flexp.com.ua/library/article/233/>

⁵ Там само.

⁶ Роботягова Л. Форми правової охорони промислових зразків / Л. Роботягова // Інтелектуальна власність. – 2004. – № 4. – С. 25–29.

⁷ Ортинська М. Вказана праця.

Резюме

Бондаренко О. О. Значення суттєвих ознак при встановленні обсягу правової охорони промислового зразка.

У даній статті розглядається питання стосовно отримання цивільно-правової охорони промислових зразків в Україні, зокрема суттєві ознаки, які мають вплив на обсяг правової охорони. Автором аналізуються основні засади, норми чинного законодавства, за допомогою яких регулюються питання правової охорони промислових зразків в Україні, а також вивчаються погляди різних вітчизняних та зарубіжних науковців.

У процесі дослідження питання було встановлено, що у законодавстві є прогалини, які необхідно заповнити для більш якісного механізму правової охорони промислових зразків в Україні. Для цього автор пропонує внести зміни та доповнення у Закон України «Про охорону прав на промислові зразки».

Ключові слова: промисловий зразок, суттєві ознаки, дизайн, промислова власність, новизна, оригінальність, патент, заявка, експертиза.

Резюме

Бондаренко О. О. Значение существенных признаков при установлении объема правовой охраны промышленного образца.

В данной статье рассматривается вопрос относительно получения гражданско-правовой охраны промышленных образцов в Украине, в частности существенные признаки, которые имеют влияние на объем правовой охраны. Автором анализируются основные принципы, нормы действующего законодательства, с помощью которых регулируются вопросы правовой охраны промышленных образцов в Украине, а также изучаются взгляды различных отечественных и зарубежных ученых.

В процессе исследования вопроса было установлено, что в законодательстве имеются пробелы, которые необходимо заполнить для более качественного механизма правовой охраны промышленных образцов в Украине. Для этого автор предлагает внести изменения и дополнения в Закон Украины «Об охране прав на промышленные образцы».

Ключевые слова: промышленный образец, существенные признаки, дизайн, промышленная собственность, новизна, оригинальность, патент, заявка, экспертиза.

Summary

Bondarenko O. O. The value of essential features when establishing the scope of legal protection of industrial design.

This article discusses the question regarding the receipt of civil legal protection of industrial designs in Ukraine, in particular, analyzes the significant characteristics that have an impact on the scope of legal protection. The author analyzes the basic principles of the current legislation, which regulate the issues of legal protection of industrial designs in Ukraine, and also examines the views of various domestic and foreign scientists.

During the survey, it was found that in the legislation there are gaps that need to be filled to better the mechanism of legal protection of industrial designs in Ukraine. To do this, the author proposes changes and additions to the Law of Ukraine “on protection of rights to industrial designs”.

Key words: industrial design, the essential features, designs, industrial property, novelty, originality, patent application, examination.

УДК 347.77

А. В. ЛУЗАН

Аліна Володимирівна Лузан, здобувач Київського університету права НАН України

МЕТОДОЛОГІЯ ДОСЛІДЖЕННЯ КОМПЛЕКСНОЇ СИСТЕМИ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОЇ ОХОРОНИ ВІНАХОДІВ

Еволюційний розвиток людства нерозривно пов'язаний з науковою діяльністю індивідів, що забезпечує становлення їх інтелектуального потенціалу та здібностей. Сучасний світ є результатом тисячолітньої праці науковців усіх сфер, починаючи від сивої давнини та закінчуючи сучасними космічними дослідженнями галактик та прогнозованим освоєнням нових планет.

Наука – найважливіший елемент духовної культури, найвища форма людських знань; система знань, що розвивається, і яка досягається за допомогою відповідних методів пізнання, виражається в точних поняттях, істинність яких перевіряється та доводиться суспільною практикою. Наука – це система понять про явища та закони навколишнього світу або духовної діяльності людей, яка надає можливість передбачення та перетворення дійсності в інтересах суспільства, історично сформована форма людської діяльності, «духовного виробництва», що має своїм змістом та результатом цілеспрямовано зібрані факти, вироблені гіпотези та теорії, в основу яких покладені закони, прийоми та методи дослідження¹.

Наука – теоретична систематизація об'єктивних знань про дійсність; одна з форм суспільної свідомості. У ході історичного розвитку наука перетворюється на продуктивну силу суспільства і найважливіший соціальний інститут. Термін «наука» вживається також для позначення окремих галузей наукових знань².

Таким чином, ми бачимо, що наука – це складна багатогранна категорія, яка включає в себе цілеспрямовану діяльність людини як розумної істоти з метою опанування знань, отриманих у минулому та продукування нових обґрунтованих теорій та концепцій із кінцевим результатом, що є корисним для певного роду діяльності.

Як справедливо зазначає С. Г. Гордієнко, наукове забезпечення практичної діяльності, впровадження до неї новітніх наукових досягнень цілеспрямовано здійснюється з дня проголошення незалежності України. На цій ниві накопичено вже чималий досвід. Зрозуміло, що даний досвід не лише позитивний. На підставі вивчення фундаментальних проблем з методології наукових досліджень та спираючись на думку поважних

науковців сучасності, він сформував низку проблем, що супроводжують наукову діяльність в Україні. Серед них, зокрема, слабка загальнонаукова підготовка окремих молодих наукових кадрів, і, як наслідок, – частогусто недостатній рівень аргументації тез, які науковцем висувуються у наукових роботах, недостатній рівень науково-методичних рекомендацій практичного спрямування тощо³.

Діяльність «молодих науковців» все частіше критикується представниками «старшої школи» і не безпідставно. Поверхнєве знання філософії, її напрямів, основних теорій та концепцій породжують «наукову гематому», яка в свою чергу заважає студенту чи аспіранту виробити власну методологічну концепцію дослідження, зосередитися на визначенні основних методологічних платформ, що утворять взаємопов'язану систему методологічного дослідження обраної теми.

Крім того, серед негативних тенденцій сучасного наукового пізнання все частіше першість займає науковий еkleктизм, притаманний здебільшого метафізичному способу мислення. У найпоширенішому значенні – механічне поєднання в одному вченні різнорідних, органічно не сумісних елементів, які безпринципово запозичуються з протилежних концепцій; використання певних і підтасовування з певною тенденційною метою вирваних з контексту фактів, формулювань, цитат тощо⁴.

Сучасна класифікація наук включає 25 напрямів: фізико-математичні науки, хімічні науки, біологічні науки, гносеологічні науки, технічні науки, сільськогосподарські науки, історичні науки, економічні науки, філософські науки, філологічні науки, географічні науки, юридичні науки, педагогічні науки, медичні науки, фармацевтичні науки, ветеринарні науки, мистецтвознавство, архітектуру, психологічні науки, військові науки, національну безпеку, соціологічні науки, політичні науки, фізичне виховання та спорт, державне управління. Тому, з нашої точки зору, науковий еkleктизм обумовлений об'єктивною дійсністю, а намагання дослідника його уникнути породжують прогалини як у самих знаннях, так й у висунутих гіпотезах.

Особливо важко уникати це суперечливо-негативне явище при розкритті тем, що мають міжгалузевий (міжпредметний) характер, тобто для комплексного дослідження яких необхідні знання з різних наукових напрямів, що були перелічені нами раніше. Тема дисертаційного дослідження «Цивільно-правова охорона винаходів в Україні та ЄС» підпадає під цю категорію, адже попередні, близькі за змістом дослідження, здебільшого були спрямовані на соціальні, політичні, економічні, технологічні або правові аспекти. Але для розуміння складної системи цивільно-правової охорони винаходів необхідно розглядати всі її підсистеми та елементи як окремо, так і в їх сукупній взаємодії.

Поряд із традиційними дослідженнями, проведеними в рамках якої-небудь однієї галузі науки, проблемний характер орієнтації сучасної науки викликав до життя широке розгортання міждисциплінарних і комплексних досліджень, проведених засобами декількох різних наукових дисциплін, конкретне сполучення яких визначається характером відповідної проблеми⁵.

Погляди таких провідних вчених у сфері винахідництва та патентознавства, як Г. О. Андрощук, В. Л. Петров, В. С. Лазебний, Г. М. Розорінов, С. В. Толюпа, І. О. Мікульонок, Ю. Л. Бошицький, Я. Г. Воронін, І. І. Дахно на проблему охорони винаходів дозволяють зробити ряд висновків. На відміну від суперечливих питань щодо методології дослідження однотайними залишається факт, що результати промислової власності є достатньо складними та неоднозначними об'єктами наукового пізнання, а система державного регулювання за своєю природою не може здійснюватися комплексно, виходячи з суті об'єктів її правової охорони, яким і виступає винахід та подібні до нього результати інтелектуальної діяльності.

З огляду на це, у даній статті автор пропонує апробацію власної методології дослідження обраної теми, яка, хоча і має елементи еkleктичного характеру (в його позитивному сенсі), проте з їх допомогою будує системний підхід, характерною рисою якого є наукова новизна та неочевидність.

Методологія науки – вчення щодо принципів побудови, форм та способів наукового пізнання⁶. Аналіз наукової літератури дозволяє нам стверджувати, що існує більш ніж сімдесят видів методологій, кожна з яких в свою чергу складається із низки самостійних методів та принципів дослідження. Тому вчені не в змозі бути однотайними в цьому питанні і, напевно, ніколи не дійдуть єдиної думки. На наш погляд, такі розбіжності мають більше позитивного, ніж негативного. Адже розбіжність поглядів продукує нові ідеї, що нерідко стають геніальними, а розширене світобачення та різноманіття шляхів пошуку істини наближає науковця до пізнання дійсної суті речей.

Як зазначає провідний фахівець з теорії держави та права О.Ф. Скакун, суть методологічної (від грец. «methodos» – шлях дослідження + logos – вчення) функції теорії права та держави полягає у створенні універсальної юридичної мови (понятійно-категоріального апарату), яка забезпечує однаковість у класифікації та оцінці явищ фахівцями різних галузей права; виступає як світоглядна філософія, що виросла з державно-правових явищ. При цьому основною формою її здійснення є формулювання закономірностей розвитку права та держави конкретизацією положень філософії; формування понятійного апарату, який є базовим для всіх юридичних наук; розроблення методів дослідження⁷.

На підставі попередніх наукових досліджень, цивільно-правова охорона винаходів розуміється нами як скомбінована складна система міждержавних, а також національних заходів та способів, що закріплені в цивільних та міжнародно-правових нормах, які спрямовані на забезпечення, визнання та прагнення до отримання дозволу на розпорядження (реалізацію) винахідником комплексу майнових та, пов'язаних із ними, особистих немайнових прав на створений об'єкт, що відповідає сукупності істотних умов, а також забезпечують механізм захисту прав та законних інтересів від протиправних посягань з можливістю застосування до порушників цивільно-правових санкцій.

Таким чином, методологія дослідження цивільно-правової охорони винаходів представляє собою багатогранну, системно-структуровану та органічно-поєднану методіку дослідження власне об'єкта – винаходу та сукупності прийомів і засобів, спрямованих на визнання, підтримку та захист прав та законних інтересів їх творців та патентовласників, що регулюється нормами чинного законодавства.

Отже, ми маємо складну правову концепцію, для дослідження суті якої необхідна комплексна методологія, що базується на різноманітті підходів (матеріалістичного, метафізичного, системного, синергетичного, аксіологічного, інституціонального, герменевтичного, антропологічного, феноменологічного, комунікативного, інформаційного, культурологічного, цивілізаційного, праксіологічного та інших), які не будуть суперечити один одному та підкорюватися визначеним принципам методологічного дослідження (об'єктивності, універсальності, єдності логічного та історичного, конкретного і абстрактного, теорії і практики тощо)⁸.

Даний підхід дозволить комплексно розглянути не лише складну систему цивільно-правової охорони винаходів у нашій країні та порівняти її з близькими європейськими державами, а й комплексно охарактеризувати всі її компоненти, які вбачаються нами як самостійні системи. А саме: 1) система національних та міжнародних норм, що регулюють питання охорони та захисту винаходів; 2) діяльність владних органів, яка спрямована на забезпечення, визнання та прагнення до отримання дозволу на розпорядження (реалізацію) винахідником комплексу майнових та, пов'язаних із ними, особистих немайнових прав на створений об'єкт, який відповідає сукупності істотних умов шляхом імплементації новітніх європейських тенденцій та забезпечення механізму їх реалізації; 3) діяльність винахідників та майбутніх патентовласників, метою якої є створення винаходу, отримання відповідного охоронного документу, що визначає майнові та особисті немайнові права вказаних суб'єктів і тим самим забезпечує механізм захисту прав та законних інтересів від протиправних посягань з можливістю застосування до порушників цивільно-правових санкцій.

Таким чином, у дисертаційному дослідженні буде вдосконалений правовий понятійно-категоріальний апарат, розроблені практичні та життєздатні рекомендації підтримки національного винахідництва, змодельований очікуваний економічний результат, що відображатиме мету та цілі дослідження обраної теми. Необхідно зазначити, що поряд із загальними, вказаними раніше, методами (прийомами та засобами), побічно можуть бути використані й специфічні наукові, технологічні, філософські, експериментальні, прогностичні, теологічні та інші шляхи дослідження поставленої проблеми, які не суперечать загальній науковій концептології та не породжують зайвих протиріч. Однак така децентралізація шляхів наукового пізнання дозволить охопити та охарактеризувати суть переважної більшості оточуючих нас предметів, які в своїй історичній іпостасі так чи інакша існували у винахідницькому вимірі.

Досліджуючи глибини історичних витоків виникнення та розвитку планети та життя на ній, ми можемо дійти висновку, що всі хімічні елементи є «прибульцями з космосу», але саме завдяки їм цивілізації досягли своїх вершин. Та починалося все із найпростіших винаходів людства.

Емпірично заклавши в процес технічної еволюції унікальну істоту – людину розумну, та за допомогою гуманістичної психології, ґрунтуючись на ієрархії потреб Абрахама Маслоу, ми дійшли висновку, що перші винаходи в історії людства не були випадковими, а задовольняли найпростіші потреби тогочасних індивідів: у харчуванні, теплі та безпеці. Згодом заявили й інші групи прийомів, речей та засобів, завдяки яким людство розпочало нову еру вмотивованого розвитку.

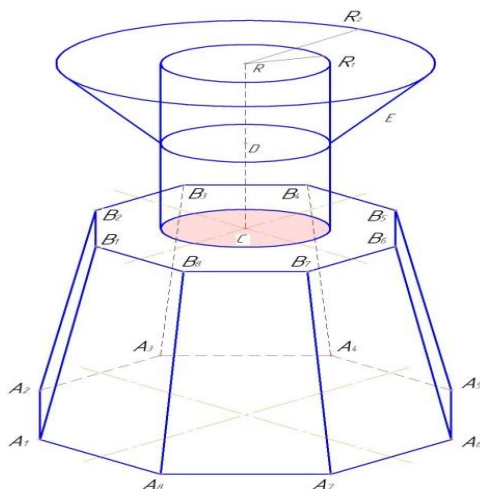
Появу перших цивілізацій, таких як Шумери, можливо ототожнити з періодом формування початкової правової системи, що склала основу сучасного законодавчого світобачення. Крім того, тогочасний рівень розвитку суспільства, про який свідчать археологічні знахідки, теоретично дозволяє поділити існуючі на той час винаходи на декілька родових груп у залежності від категорії потреб, які вони задовольняли. Таким чином, ми отримуємо першу методологічну платформу у вигляді багатокутника з вісьмома вершинами, де: А1 – винаходи харчової промисловості; А2 – текстильні винаходи; А3 – інженерно-будівельні та промислові винаходи; А4 – медичні та хімічні винаходи (винаходи у сфері охорони здоров'я); А5 – військові винаходи; А6 – інформаційні винаходи; А7 – соціальні винаходи; А8 – винаходи в сфері тваринництва.

За допомогою такої форми пізнання як філософія техніки, яка об'єктивно носить міждисциплінарний характер, прослідковуючи еволюцію винахідництва до формування відносно стійкої глобальної системи його правової охорони, що відбулася у середині ХХ століття із запровадженням у 1954 році Міжнародної класифікації патентів на винаходи (далі – МКВ), ми отримуємо подібний багатокутник. При цьому вісім його вершин В1, В2, В3, В4, В5, В6, В7, В8 відповідають восьми основним розділам, які включені до МКВ, і є стійкими на відміну від похідних від них підрозділів, класів та підкласів.

За допомогою сукупності підходів, поєднуючи логічне та історичне, переходячи від абстрактного до конкретного, аналізуючи зародження та розвиток винахідницької думки, власне еволюцію винаходів людства та становлення правової охорони результатів інтелектуальної діяльності в цивілізаційному контексті, ми отримуємо усічену восьмигранну піраміду А1, А2, А3, А4, А6, А7, А8, В1, В2, В3, В4, В5, В6, В7, В8. Верхня основа піраміди ототожнюється нами з глобальною патентною системою, що діє сьогодні.

На верхній основі усіченої піраміди утворюється циліндр з нижньою основою з центром у т. С, що співпадає з центром верхнього багатокутника усіченої піраміди. Нижня окружність з центром у т. С ототожнюється нами з поняттям та змістом цивільно-правової охорони винаходів. Центром верхньої основи циліндру 1 є т. D. Вісь CD та твірні циліндру являють собою «дерево проблем». Виходячи зі сформованого «дерева проблем», основою якого є окружність з центром у т. D, формулюються цілі та завдання їх вирішення. Таким чином, циліндр-2 з віссю DR (цілі) та його твірні (завдання) утворюють «дерево цілей», верхньою

основою якого є окружність з центром у т. R. Окружність із центром у т. R та радіусом RR1 – це результат, що прогнозується. При цьому за сприятливих умов він може бути збільшений до розмірів окружності з радіусом RR2, що прагне до нескінченності.



Таким чином, використовуючи сукупність методик, ми отримуємо чотири стійкі методологічні платформи – два восьмикутника (A1, A2, A3, A4, A6, A7, A8 та B1, B2, B3, B4, B5, B6, B7, B8) та дві окружності (з центром в т. C та центром в т. D), які комплексно досліджують всі аспекти цивільно-правової охорони винаходів в Україні та ЄС. Це надає можливість аргументовано сформулювати цілі та завдання для досягнення позитивного результату, що і утворює власну комплексну методологію дослідження обраної проблематики.

¹ Философская энциклопедия. Т. 3 / Гл. ред. Ф. В. Константинов. – М.: Советская энциклопедия, 1964. – 584 с. – С. 562.

² Методология та організація наукових досліджень: Конспект лекцій / Укладач В. М. Кислий. – Суми: Вид-во СумДУ, 2009. – 113 с. – С. 10 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zavantag.com/docs/427/index-2022979.html>

³ Гордієнко С. Г. Захист інтелектуальної власності в Україні в сучасних умовах : Курс лекцій. – К. : Поліграфічне підприємство «Гранма», 2011. – 480 с. – С. 12.

⁴ Філософський словник [за ред. В. І. Шинкарука]. – 2-е вид., перероб і доп. – К. : Голов. ред. УРЕ, 1986. – 800 с. – С. 163.

⁵ Науково-дослідна робота студента: конспект лекцій для студентів 4 курсу денної і 5 курсу заочної форм навчання спеціальності 6.090600 – «Світлотехніка і джерела світла». Укл.: Васильєва Ю. О., Ляшенко О. М. – Х.: ХНАМГ, 2008. – 85 с. – С. 8 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://eprints.kname.edu.ua/6252/1/КЛ_НДРС.pdf

⁶ Советский энциклопедический словарь / Научно-редакционный совет: А. М. Прохоров (пред.). – М. : Советская энциклопедия, 1981. – 1600 с. – С. 806.

⁷ Скакун О. Ф. Теорія права і держави : Підручник. – 3-тє видання. – К.: Алерта, 2012. – 524 с. – С. 7.

⁸ Там само. – С. 15–19.

Резюме

Лузан А. В. Методология дослідження комплексної системи цивільно-правової охорони винаходів.

У даній статті пропонується сукупність прийомів та способів дослідження проблеми охорони винаходів цивільним та міжнародним законодавством в Україні та світі, на підставі чого формується власний методологічний підхід. Автор схематично відображає розроблену систему процесу пізнання суті винаходу, його патентування та захисту, вводить нову методологічну термінологію, що дозволяє отримати бажаний результат.

Ключові слова: винахід, цивільно-правова охорона, методология, наука, система, метод, принцип.

Резюме

Лузан А. В. Методология исследования комплексной системы гражданско-правовой охраны изобретений.

В данной статье предлагается совокупность приёмов и способов исследования проблема охраны изобретений гражданским и международным законодательством в Украине и мире, на основании чего формируется собственный методологический подход. Автор схематически отображает разработанную систему процесса познания сути изобретения, его патентования и защиты, вводит новую методологическую терминологию, позволяющую получить желаемый результат

Ключевые слова: изобретение, гражданско-правовая охрана, методология, наука, система, метод, принцип.

Summary

Luzan A. Research methodology by the complex system of civil law protection of inventions.

In this article we propose a set of techniques and methods for studying the problem of the protection of inventions civil and international law in Ukraine and the world on the basis of which formed its own methodological approach. Author schematically shows the developed system of the process of knowledge spirit of the invention, patenting and protection, introduces new methodological terminology that allows obtaining the desired result.

Key words: invention, civil legal protection, methodology, science, system, method, principle.

Т. В. РОМАНЮК

Тарас Володимирович Романюк, здобувач Київського університету права НАН України

ПРАВОВА ОХОРОНА КОРИСНИХ МОДЕЛЕЙ У ДЕЯКИХ КРАЇНАХ ЄВРОПИ: ДОСВІД ДЛЯ УКРАЇНИ

У Європейському Союзі не існує уніфікованих міжнародних актів, які б регулювали питання захисту корисних моделей, тому в кожній із держав-членів організації у цій сфері діє національне законодавство. Нині правова охорона корисних моделей передбачена лише в 17-ти державах ЄС. Не охороняються права на корисні моделі в Бельгії, Великобританії, Люксембурзі, Нідерландах, Швеції та ін.

Дослідники історії права інтелектуальної власності стверджують, що перший у світі Закон про охорону прав на корисні моделі був прийнятий у Німеччині ще в 1891 році, коли Імперський суд визначив, що законодавство повинно містити норми щодо правової охорони й таких технічних рішень, котрі є новими, але не мають достатнього винахідницького рівня. Після цього німецьке законодавство у сфері патентного права багато разів переглядалося і доповнювалося, але незмінним залишився постулат – «малі винаходи» підлягають правовій охороні¹.

Законодавство Німеччини у сфері захисту корисних моделей слугувало зразком для багатьох європейських (і не тільки) держав. Зважаючи на це, розглянемо його більш детально. Новий Закон Німеччини про корисні моделі набрав чинності в 1987 році. З того часу, поправки, внесені у документ, докорінно змінили поняття корисної моделі. Відповідно до п. 1 ст. 1 Закону правовій охороні, в якості корисної моделі, підлягають винаходи, що є новими, мають відповідний винахідницький рівень та придатні до промислового використання. Таким чином, корисні моделі вважаються не особливим видом технічних рішень, а так званими «малими винаходами», які вирізняються спеціальним (спрощеним) режимом реєстрації прав та їх здійсненням.

Законом встановлено, що правова охорона в якості корисної моделі надається тільки обмеженій групі технічних новинок. Так, до корисних моделей не може застосовуватися такий поділ на категорії технічних рішень, як це прийнято для винаходу (пристрій, спосіб, речовина). Вимога просторової форми виробу склалась у судовій практиці вже давно. Із поняття «конструкція, пристрій» випливає, що в якості корисної моделі можуть охоронятися тільки такі об'єкти, які втілені в достатньо визначеній просторовій формі.

Окрім того, відповідно до Закону, в якості корисних моделей не можуть одержати правову охорону наукові теорії і математичні методи, результати художнього конструювання. Також, з об'єктів правової охорони вилучені плани, правила та методи інтелектуальної діяльності, ігри і підприємницька діяльність, а також програми для обчислювальних машин. Не можуть одержати правову охорону й способи передачі інформації, сорти рослин і породи тварин, а також рішення, що суперечать суспільній моралі. Хімічні та інші способи також не можуть одержати правову охорону в якості корисних моделей.

Розглянемо більш детально критерії, відповідно до яких корисна модель може отримати захист. Щодо вимоги відповідності заявленого рішення критерію «новизна», то до корисної моделі не застосовується критерій охороноздатності «світова новизна» на відміну від винаходу, який повинен відповідати критерію «абсолютна світова новизна». Стосовно новизни корисної моделі надається так звана «пільга по новизні». Якщо заявник або будь-яка третя особа за згодою заявника використовувала об'єкт корисної моделі в країні, або здійснила публікацію про цей об'єкт, таке розкриття не буде вважатись таким, що порушує новизну.

Другий критерій охороноздатності корисної моделі – «винахідницький рівень», визнається забезпеченим, якщо результат інтелектуальної діяльності творця перевершує вміння середнього спеціаліста. Іншими словами, коли технічне рішення, заявка на яке подана, неочевидне для середньостатистичного фахівця в певній галузі.

Третій критерій – «промислова придатність» – означає, що об'єкт корисної моделі може бути виготовлений або використаний у будь-якій галузі промисловості чи сільському господарстві.

Реєстрація прав на корисну модель надає право тільки їх власнику використовувати виріб, що є об'єктом корисної моделі. Будь-якій третій особі забороняється без дозволу власника прав виготовляти, пропонувати до продажу, вводити в комерційний оборот або використовувати чи ввозити та зберігати для зазначених цілей виробу, що є об'єктами корисної моделі.

Крім того, встановлено поняття непрямого порушення прав на корисні моделі, яке зводиться до того, що третім особам забороняється пропонувати до продажу або поставляти для використання виробу, що є об'єктом корисної моделі, або засоби, які належать до її суттєвого елементу. При цьому для визнання зазначених дій такими, що порушують права, вирішальною підставою є те, що порушник прав повинен знати або з обставин повинно бути очевидно, що ці вироби або засоби придатні чи призначені для використання корисної моделі. Таким чином, непряме порушення прав на корисні моделі може бути здійснено тільки навмисно, що вирізняє цю форму порушення від прямого порушення прав, яке може бути здійснено за необачністю².

В Італії регулювання відносин щодо корисних моделей здійснюється «Кодексом промислової власності» від 2005 року.

Кодексом встановлено, що умовами для реєстрації прав на корисну модель, окрім інших, є задоволення таким критерієм охороноздатності як новизна, а також спроможність застосування корисної моделі для машин, інструментів, приладів чи предметів повсякденного використання. Корисна модель відображується у формі цих машин, приладів, у їхньому розташуванні, обрисах, комбінаціях елементів тощо. Таким чином, виходячи з норм закону, визначення поняття охороноздатності корисної моделі можна сформулювати в такий спосіб: це рішення, що складається з нових форм, конструкцій, обрисів машин, приладів, інструментів і предметів повсякденного використання чи нових комбінацій їх елементів, яке забезпечує особливий ефект дії або легкість застосування чи використання для зазначених машин тощо. Іншими словами, корисна модель – це нове конструктивне технічне рішення уже відомого винаходу³.

В італійському законодавстві, як і в німецькому, існує таке поняття, як «патентна альтернатива». Заявник може подати заявку на винахід та корисну модель одночасно. Таким чином, він страхує свою інновацію на випадок, якщо заявка на патент не буде підтримана або буде підтримана лише частково. У такому випадку інновація буде захищатися законодавством у якості корисної моделі.

Відповідно до положень італійського «Кодексу промислової власності» термін дії патенту на корисну модель становить десять років від дати подання заявки⁴.

Іспанія належить до країн, де правова охорона винаходів і корисних моделей регулюється одним законом «Про патенти». Корисним моделям присвячено розділ XIV та статті 143-154 Закону. В обґрунтуванні закону, прийнятого у 1986 році, збереження інституту правової охорони корисної моделі обґрунтовувалося тим, що такий інститут відповідає рівню технологічного розвитку держави. В обґрунтуванні зазначалось, що цю форму правової охорони винаходів використовують більшість тамтешніх винахідників⁵.

Патентне законодавство Іспанії не робить термінологічного розходження між рішеннями, що одержують правову охорону в якості винаходів та корисних моделей. У тому чи іншому випадку йдеться про винахідницьке рішення. Якщо прилади, інструменти, знаряддя праці, апарати та пристосування або їх частини відповідають цим вимогам, то вони в першу чергу можуть одержати правову охорону як корисні моделі⁶.

Це означає, що корисна модель не є видом правової охорони, придатним для будь-яких малих винаходів. Корисною моделлю можна визнати тільки нову форму виробу, якою визначається його практична придатність. Відповідно, відмінність корисної моделі від промислового зразка складається у тому, що промисловий зразок представляє собою тільки нову форму виробу для задоволення естетичних потреб.

Оскільки мова йде про рішення, що мають просторову структуру, то зрозуміло, що ні способи, ні селекційні досягнення не можуть одержати правову охорону як корисні моделі. Це ж стосується й хімічних або мікробіологічних продуктів. Суть цих рішень міститься у їх внутрішній структурі, а не в зовнішній формі, тому вони виключаються з правової охорони в якості корисної моделі.

У Законі до корисної моделі застосовуються критерії охороноздатності – новизна та винахідницька діяльність і не застосовується такий критерій охороноздатності, як промислова придатність, незважаючи на те, що цей критерій виходить із самої суті корисної моделі. Поняття критеріїв новизни та винахідницької діяльності вирізняються від аналогічних критеріїв, встановлених для патентоспроможних винаходів. Відповідно до Закону корисна модель повинна відповідати критерію відносної новизни, у той час як патент видається на винаходи, які відповідають критерію абсолютної світової новизни⁷.

Права володільця свідоцтва на корисну модель не вирізняються від прав володільця патенту на винахід. В обґрунтуванні до Патентного закону зазначається, що оскільки корисна модель являє собою так званий «малий винахід», то й обсяг правової охорони цього об'єкту прав промислової власності повинен бути меншим, ніж винаходу. У зв'язку з цим строк дії правової охорони корисної моделі складає 10 років від дати подання заявки, у той час як патент на винахід діє 20 років. Даний строк не може бути продовжений. При цьому розбіжність у строках дії правової охорони не відображається на характері та ознаках прав, що засвідчуються патентом на винахід або свідоцтвом на корисну модель. Ці права не мають розбіжностей та повною мірою належать до того чи іншого виду правової охорони винахідницьких новацій⁸.

Корисні моделі є об'єктом прав промислової власності, відносини щодо якого регулюються єдиним «Кодексом промислової власності» 2003 року.

Загалом питання захисту корисних моделей в Іспанії та Португалії досить схожі, проте є й певні принципові відмінності. Стаття 144 Закону містить визначення поняття корисної моделі: «В якості корисної моделі, відповідно до нового закону, одержують правову охорону рішення, засновані на винахідницькій діяльності та ті, що додають виробу форму, структуру або склад, які надають переваги для використання або виробництва»⁹.

Так, під корисною моделлю розуміють знаряддя праці, прилади, упаковку та інші призначені для практичного використання предмети, а також їх частини, які розширюють або покращують умови застосування відповідних предметів, завдяки новій формі, розташуванню частин або новій конструкції. При цьому особливо наголошується, що в якості корисної моделі підлягає правовій охороні особлива і нова форма виробу, яка забезпечує більш широке застосування або удосконалення застосування корисної моделі.

До корисної моделі пред'являються вимоги відповідності критеріям охороноздатності – новизна, а також корисність чи «підвищення або покращення можливості застосування» об'єкту корисної моделі.

Другий критерій охороноздатності корисної моделі «корисність» вирізняється певною своєрідністю. Йдеться не про промислову придатність, як це прийнято в інших країнах, а про внесення удосконалення в

об'єкт правової охорони та розширення меж його використання¹⁰. Судячи з формулювання Закону, важко припустити, що під цим критерієм мається на увазі будь-яка винахідницька діяльність. Правова охорона в якості корисної моделі не надається об'єктам, які можуть одержати правову охорону як винаходи або промислові зразки.

Строк дії прав на корисну модель складає 5 років від дати подання заявки з можливістю багаторазового продовження. Патентне відомство не проводить експертизи заявки на корисну модель на відповідність критеріям охороноздатності. Як і у більшості країн світу правова охорона корисній моделі надається за явочною системою. Документи заявки на корисну модель повинні містити, окрім іншого, назву корисної моделі, короткий опис, креслення та формулу, що характеризує предмет правової охорони, що заявляється.

Особливістю закону є положення, що стосуються визнання прав на корисну модель недійсними. Так, права на корисну модель можуть бути визнані недійсними, якщо встановлено, що вона не відповідає критеріям новизни чи підвищення або покращення можливості її застосування та якщо виріб, що є об'єктом правової охорони, являє собою винахід чи промисловий зразок. Крім того, підставами для визнання прав на корисну модель недійсними є інші порушення законодавства. Зокрема, дострокове припинення дії прав на корисну модель пов'язано з несплатою мита, а також з невикористанням корисної моделі протягом року¹¹.

У законодавстві Франції поняття «корисна модель» не використовується, натомість вживається таке поняття як «свідоцтво про корисність» (utility certificate). Таким чином, винаходи охороняються такими документами, які свідчать про право промислової власності:

- патентами, що видаються на 20 років;
- свідоцтвами про корисність, що видаються на 6 років.

Суб'єкти права на винахід, що охороняється «свідоцтвом про корисність», критерії охороноздатності, перелік неоохороноспроможних об'єктів та права, що надаються, не вирізняються від тих, на які патент строком дії 20 років. Однакові вимоги і до оформлення заявок на винахід, що охороняється свідоцтвом про корисність та патентом.

Однак, свідоцтво на корисність видається у порядку, дещо відмінному від порядку, передбаченого для патентів. Воно видається, якщо заявник не подав у встановлений термін клопотання про проведення пошуку і надання відповідного звіту про пошук або подав клопотання про перетворення заявки на патент в заявку на свідоцтво про корисність. Відомості про заявку публікуються в офіційному бюлетені промислової власності Національного інституту промислової власності по закінченню 18 місяців від дати подання заявки або, якщо заявлено пріоритет, від дати пріоритету. З дати публікації будь-яка третя особа може подати клопотання про надання звіту про пошук¹².

Аналіз чинних у Європі систем правової охорони корисних моделей показує, що кожна країна використовує таку систему, яка є найбільш раціональною і вигідною для національних заявників. Основна умова – не порушувати основних принципів Паризької конвенції про охорону промислової власності: рівні права для іноземних і національних заявників, право пріоритету, критерії охороноспроможності, один винахід – один охоронний документ, тощо. Тобто кожна країна-учасниця «Паризького Союзу» має можливість, відповідно до своїх національних потреб, визначати ті чи інші особливості своєї патентної системи.

При цьому, європейські держави схиляються до правової охорони корисних моделей так званими «малими патентами» в якості корисних моделей всіх об'єктів винаходів, як продуктів, так і процесів (способів). Для корисної моделі встановлюються такі ж критерії охороноспроможності, як і для винаходу з дещо зниженими вимогами до критерію «винахідницький рівень». Вирізняються «малі патенти» на корисні моделі від патентів на винаходи здебільшого строком дії правової охорони (4–10 років) та явочною системою видачі патентів.

Нині українське законодавство в сфері інтелектуальної власності змінюється. Ці зміни зумовлені намірами України увійти у європейське товариство як рівноправний партнер. Українське законодавство загалом відповідає загальноєвропейським стандартам у цій сфері, проте воно не відповідає вимогам, які перед ним ставлять вітчизняні винахідники.

Вбачається необхідним виділити питання захисту корисних моделей у окремий розділ закону «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі», і відділити їх від винаходів. Це усунуло б плутанину в законодавстві, дозволило б винахідникам активніше користуватися патентами на корисну модель для захисту власних прав.

Окрім того, чинне законодавство надто широко визначає об'єкти корисної моделі. Доцільно розглянути можливість звуження переліку об'єктів винаходів, на які може бути надана правова охорона в якості корисної моделі. З урахуванням міжнародного досвіду доцільно виключити з переліку таких об'єктів хімічні та фармацевтичні способи, харчові продукти, біологічний матеріал (штам мікроорганізму, культура клітин рослини і тварини), а також способи хірургічного, терапевтичного та діагностичного лікування людини та тварини.

Правова охорона корисних моделей має хороші перспективи у сучасній Україні, де економіка та політика переорієнтовуються на розвиток дрібних та середніх підприємств. Ці господарчі одиниці найбільш захищені в правовій охороні так званих «малих винаходів». Можна прогнозувати, що в запропонованому вигляді правова охорона так званих «малих винаходів» знайде досить велику кількість прихильників серед українських підприємців.

¹ Валле В. В. Спадок Джеймса I та королеви Анни: охорона інтелектуальної власності у часі й просторі. – Київ: ДУХ І ЛІТЕРА, 2010. – 216 с. – С. 57.

² Germany Utility Model Law (as amended September 2, 1994) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=126191

³ Бочарова Н. В. Законодавче забезпечення права інтелектуальної власності в країнах Європи (порівняльно-правовий аналіз // Порівняльно-правові дослідження. – 2009. – № 2. – С. 118–123. – С. 120.

⁴ Codice della proprietà industriale [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=298157

⁵ Law No. 11/1986 of March 20, 1986 on Patents (as last amended by Law No. 14/2011 of June 1, 2011) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/es/es148es.pdf>

⁶ Vaver D. Reforming Intellectual Property Law: An Obvious and Not-so-Obvious Agenda: The Stephen Stewart Lecture for 2008 // Intellectual Property Quarterly. – 2009. – Issue 2. – P. 143–161.

⁷ Трагнюк О. Я. Порівняльне патентне право і захист комерційної таємниці / Уклад. О. Я. Трагнюк. – Х., 2010. – 214 с.

⁸ Law No. 11/1986 of March 20, 1986 on Patents (as last amended by Law No. 14/2011 of June 1, 2011) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/es/es148es.pdf>

⁹ Industrial Property Code [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/pt/pt071en.pdf>

¹⁰ Там само.

¹¹ Fiorini A. The Codification of Private Law in Europe: Could the Community Learn from the Experience of Mixed Jurisdiction // Electronic Journal of Comparative Law. – 2008. – Vol. 12.1) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.ejcl.org/121/art121;7.pdf>

¹² France Intellectual Property Code as amended by Act No. 2006-236 of 1 March 2006 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.jpo.go.jp/shiryousonota_e/fips_e/pdf/france_e/e_chiteki_zaisan.pdf

Резюме

Романюк Т. В. Правова охорона корисних моделей у деяких країнах Європи: досвід для України.

У статті досліджено законодавство європейських промислово розвинутих країн у сфері правової охорони корисних моделей. Виділено ті визначальні риси відповідних національних правових систем у цій сфері, які сприяють адекватному захисту прав власників патентів на корисні моделі. На їх основі сформульовані рекомендації для поліпшення системи захисту права на корисні моделі в Україні.

Ключові слова: корисна модель, винахід, патент, законодавство, охорона.

Резюме

Романюк Т. В. Правовая охрана полезных моделей в некоторых странах Европы: опыт для Украины.

В статье исследовано законодательство европейских промышленно развитых стран в сфере правовой охраны полезных моделей. Выделены те определяющие черты соответствующих национальных правовых систем в этой сфере, которые способствуют адекватной защите прав владельцев патентов на полезные модели. На их основе сформулированы рекомендации по улучшению системы защиты на полезные модели в Украине.

Ключевые слова: полезная модель, изобретение, патент, законодательство, охрана.

Summary

Romaniuk T. Utility models legal protection in some European countries: experience for Ukraine.

In the article the legislation of the European developed countries in the field of utility models protection is researched. The author gives the accent to the determined features of the respective national legal systems in this area that contribute to adequate protection of the rights of utility models patentees. On this basis the author proposes ways of improvement of the utility models protection system in Ukraine.

Key words: utility model, invention, patent, legislation, protection.

УДК 349.41

Б. В. ДАНИЛЕНКО

Богдан Вікторович Даниленко, кандидат юридичних наук, головний спеціаліст Юридичного департаменту Держземагентства України, секретар Науково-експертної ради Держземагентства України

СТАЛЕ ВИКОРИСТАННЯ НЕСІЛЬСЬКОГОСПОДАРСЬКИХ УГІДЬ ЗЕМЕЛЬ СІЛЬСЬКОГОСПОДАРСЬКОГО ПРИЗНАЧЕННЯ В УКРАЇНІ: АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ТА ШЛЯХИ ЇХ ВИРІШЕННЯ

Відповідно до частини 2 статті 22 Земельного кодексу України¹ до земель сільськогосподарського призначення належать: а) сільськогосподарські угіддя (рілля, багаторічні насадження, сіножаті, пасовища та перелоги); б) несільськогосподарські угіддя (господарські шляхи і прогони, полезахисні лісові смуги та інші захисні насадження, крім тих, що віднесені до земель лісгосподарського призначення, землі під господарськими будівлями і дворами, землі під інфраструктурою оптових ринків сільськогосподарської продукції, землі тимчасової консервації тощо).

На відміну від сільськогосподарських угідь, несільськогосподарські угіддя використовуються лише як простір для здійснення відповідних видів діяльності. До них належать досить розрізнені за виконуваними функціями та правовим режимом землі. Об'єднує їх те, що всі вони виконують роль інфраструктури сільськогосподарського виробництва.

Як відомо, під час земельної реформи було здійснено перехід від колективної власності на землі сільськогосподарського призначення до приватної власності. Це здійснили шляхом так званого паювання земель, що перебували у власності сільськогосподарських підприємств: належні їм землі було розподілено між їх членами.

Проте несільськогосподарські угіддя не були розподілені між членами колективних сільськогосподарських підприємств. Відповідно до пункту 21 Методики уточнення складу і вартості пайових фондів майна членів колективних сільськогосподарських підприємств, у тому числі реорганізованих, затвердженої постановою Кабінету Міністрів України від 28 лютого 2001 р. № 177, не підлягали паюванню дороги загального користування, капітальні вкладення на поліпшення земель – меліоративні, осушувальні, іригаційні та інші роботи, гідротехнічні споруди, ставки, багаторічні насадження, лісосмуги². Їх правовий режим не було визначено. Він і досі залишається невизначеним.

Така ситуація робить неможливим не лише стале використання несільськогосподарських угідь, але й сільськогосподарських угідь, які вони обслуговують. У своїй дисертації автор робить постановку цієї проблеми, проте її вирішення не надає³. Ця стаття має на меті запропонувати шляхи її вирішення.

Про важливість проблеми, про яку йде мова, неодноразово наголошувалося в юридичній літературі. Проте її вирішенню з якихось причин не приділяється належної уваги.

З огляду на це заслуговує на особливу увагу дослідження, здійснене О. Меркуловою та А. Мірошниченком⁴. Ними було докладно проаналізовано правовий режим несільськогосподарських угідь стосовно кожної з можливих спірних ситуацій: 1) КСП, якому несільськогосподарські угіддя були передані у колективну власність, не було ліквідовано або реорганізовано і продовжує існувати; 2) КСП, якому несільськогосподарські угіддя були передані у колективну власність, ліквідовано; 3) КСП, якому несільськогосподарські угіддя були передані у колективну власність, реорганізовано.

Ми поділяємо думку авторів стосовно того, що право колективної власності КСП на несільськогосподарські угіддя продовжує існувати, воно має безумовно визнаватися та захищатися відповідно до закону.

Отже, якщо КСП продовжує існувати, землі, що не підлягають паюванню, залишаються у його власності.

У нашому дослідженні ми зосередимо увагу на тих випадках, коли КСП реорганізовано та коли воно ліквідовано.

Ми повністю погоджуємося з О. Меркуловою та А. Мірошниченком в тому, що у випадку реорганізації юридичної особи – суб'єкта права колективної власності на землю і не набуття права власності на ці землі правонаступником право власності на них не переходить до держави. Відповідно до частини 1 статті 4 Земельного кодексу України⁵ в редакції 1992 р. всі землі, що не перебували у приватній або колективній власності, визнавалися землями державної власності (у чинному Земельному кодексі⁶ аналогічна норма визначена в частині 1 статті 84). Проте можливість такого буквального тлумачення цих статей заперечується системним тлумаченням норм чинного (і діючого раніше) законодавства⁷.

На жаль, автори лише визначають правовий режим таких земель – ці землі не перебувають у власності будь-якого суб'єкта, тобто не належать нікому. Проте вони не пропонують вирішення проблеми використання цих земель. Вони лише зазначають, що в такому випадку територіальна громада може обернути земельну ділянку у свою власність як безхазяйне майно⁸.

На нашу думку, у випадку реорганізації юридичної особи – суб'єкта права колективної власності на землю та ненабуття у встановленому законом порядку права власності на ці землі їх правонаступником (правонаступниками) доцільно передбачити в Земельному кодексі обов'язок органів місцевого самоврядування, на території яких розташовані відповідні земельні ділянки, набути їх у власність територіальної громади в порядку набуття права власності на безхазяйну річ відповідно до статті 335 Цивільного кодексу України. Також необхідно передбачити положення, відповідно до якого особа, яка орендує сільськогосподарські угіддя реорганізованого сільськогосподарського підприємства, має переважне право на отримання у користування на умовах оренди несільськогосподарські угіддя, що перебували у власності цього підприємства.

Підхід, відповідно до якого на орган місцевого самоврядування покладається обов'язок набути у власність територіальної громади нерухоме майно, в якого немає власника, відомий національному законодавству: він реалізований в інституті відумерлої спадщини.

Відповідно до статті 1277 Цивільного кодексу України⁹ у разі відсутності спадкоємців за заповітом і за законом, усунення їх від права на спадкування, неприйняття ними спадщини, а також відмови від її прийняття орган місцевого самоврядування за місцем відкриття спадщини зобов'язаний подати до суду заяву про визнання спадщини відумерлою.

Заява про визнання спадщини відумерлою подається після спливу одного року з часу відкриття спадщини.

Спадщина, визнана судом відумерлою, переходить у власність територіальної громади за місцем відкриття спадщини.

Територіальна громада, яка стала власником відумерлого майна, зобов'язана задовольнити вимоги кредиторів спадкодавця, що заявлені відповідно до статті 1231 цього Кодексу.

Спадщина, не прийнята спадкоємцями, охороняється до визнання її відумерлою відповідно до статті 1283¹⁰ Цивільного кодексу України.

Відповідно до частини 1 статті 274 Цивільного процесуального кодексу України¹¹ заява про визнання спадщини відумерлою у випадках, встановлених Цивільним кодексом України, подається до суду органом місцевого самоврядування за місцем відкриття спадщини.

Існує судово-прокурорська практика у справах за позовом прокурора в інтересах держави в особі сільської ради про визнання спадщини відумерлою.

Наприклад, прокурор Сватівського району в інтересах держави в особі Рудівської сільської ради Сватівського району Луганської області звернувся із заявою про визнання спадщини відумерлою до Сватівського районного суду Луганської області, в якій просить суд визнати спадщину, яка відкрилась після смерті ОСОБА_2 у вигляді земельної ділянки, розташованої на території Рудівської сільської ради, розміром та вартістю 107094,48 грн відумерлою та передати її територіальній громаді Рудівської сільської ради Сватівського районного суду Луганської області в комунальну власність.

Рішенням Сватівського районного суду Луганської області у справі № 426/936/13-ц заяву задоволено¹². Так само задоволені заяви прокурора в аналогічних справах¹³.

Поза всяким сумнівом, пропозиція покладення на органи місцевого самоврядування обов'язку набувати у власність безхазяйне нерухоме майно зустріне рішучу протидію з боку посадових осіб місцевого самоврядування. Адже це вимагатиме витрат з місцевих бюджетів, у деяких випадках дуже значних, що погіршить і так їх важкий стан.

Проте, на нашу думку, вихід із цієї ситуації існує. Для цього необхідно внести зміни до частини 2 статті 209 Земельного кодексу України¹⁴, щоб змінити перелік цілей, на які можуть бути використані кошти, які надходять у порядку відшкодування втрат сільськогосподарського і лісогосподарського виробництва. До цих цілей необхідно віднести витрати на підтримання у належному стані угідь, про які іде мова.

Відповідно до чинної редакції цієї статті кошти, які надходять у порядку відшкодування втрат сільськогосподарського і лісогосподарського виробництва, перш за все, використовуються на освоєння земель для сільськогосподарських і лісогосподарських потреб, що в сучасних умовах повністю втратило свою актуальність¹⁵.

Натомість, використання цих коштів для підтримання у належному стані несільськогосподарських угідь, які виконують важливу функцію обслуговування сільськогосподарських угідь, на яких розташована інфраструктура сільського господарства, і які в процесі земельної реформи були фактично викинуті з економіки країни і багато років не використовувались і піддавалися деградації, відповідає сучасним тенденціям і має високу актуальність.

Отже, проблема відсутності власника несільськогосподарських угідь може бути вирішена запропонованим вище шляхом.

Але виникає інше питання: що мається на увазі в статті 335 Цивільного кодексу України¹⁶ під територією органів місцевого самоврядування?

Ми переконані, що цією територією не можна вважати лише територію населеного пункту. На нашу думку, законодавець має на увазі територію сільської ради.

Поширена думка, що території сільської ради як одиниці адміністративно-територіального устрою на сьогодні вже не існує. Відповідно до частини першої статті 133 Конституції України¹⁷ систему адміністративно-територіального устрою України складають: Автономна Республіка Крим, області, райони, міста, райони в містах, селища і села. На підставі цієї норми робиться висновок, що такої одиниці, як територія сільських рад, немає.

Проте досі чинне Положення про порядок вирішення питань адміністративно-територіального устрою Української РСР, затверджене Указом Президії Верховної Ради Української РСР від 12 березня 1981 р. № 1654-Х¹⁸ (далі – Положення). Відповідно до цього положення адміністративно-територіальними одиницями Української РСР є: область, район, місто, район у місті, селище міського типу, сільрада, село і селище. Згідно з пунктом 4 Положення утворення і ліквідація сільрад, встановлення і перенесення їх адміністративних центрів, встановлення і зміна меж сільрад проводяться виконавчим комітетом обласної Ради народних депутатів за поданням виконавчих комітетів відповідних районних, міських (міст обласного підпорядкування) Рад народних депутатів.

У 1990-ті роки на території всієї України було розроблено проекти формування територій сільських рад.

Чинне земельне законодавство не передбачає такого виду документації із землеустрою.

Статтею 100 Земельного кодексу України 1990 р.¹⁹ також не було передбачено документації із землеустрою щодо формування територій сільських рад. Вони розроблялися відповідно до Вказівок по складанню проектів формування територій і встановлення меж сільських, селищних рад народних депутатів, затверджених Головою державного Комітету України по земельній реформі 30 жовтня 1991 року²⁰.

На жаль, не всі види документації із землеустрою, які передбачені чинним законодавством, виправдовують своє існування. Деякі з них взагалі ніколи не розроблялися. Саме з цією метою Держземагентством України було розроблено проект Закону «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо визначення складу, змісту та порядку погодження документації із землеустрою», в якому передбачається визначити виключний перелік видів документації із землеустрою, їх склад та порядок погодження²¹.

Натомість проекти формування території та встановлення меж сільських рад довели свою ефективність і продовжують широко використовуватись. Про це, зокрема, свідчать і положення чинного законодавства.

Так, відповідно до пункту г) частини третьої статті 46 Закону України «Про землеустрій»²² проект землеустрою щодо встановлення (зміни) меж адміністративно-територіальних одиниць, серед іншого, включає викопіювання із схеми землеустрою і техніко-економічного обґрунтування використання та охорони земель адміністративно-територіальної одиниці (утворення), а у разі її відсутності – викопіювання із проекту формування території сільських, селищних рад.

Відповідно до пункту 8 Розділу VII «Прикінцеві та перехідні положення» Закону України «Про Державний земельний кадастр»²³ відомості про межі адміністративно-територіальних одиниць, які були встановлені до набрання чинності Законом України «Про землеустрій» вносяться до Державного земельного кадастру на підставі проектів формування території і встановлення меж сільських, селищних рад.

Така само норма викладена в підпункті 2) пункту 97 Порядку ведення Державного земельного кадастру²⁴.

Відповідно до частини першої статті 9 Закону України «Про розмежування земель державної та комунальної власності»²⁵ (на даний час втратив чинність) сільські, селищні і міські ради за погодженням з відповідними органами виконавчої влади приймають рішення про розмежування земель державної та комунальної власності в межах населених пунктів та погоджують питання розмежування земель державної та комунальної власності за межами населених пунктів у межах їх територій.

Як свідчить практика, поняття території сільської ради скрізь в Україні широко використовується для позначення місця розташування земельної ділянки у рішеннях органів державної влади та місцевого самоврядування про надання у власність чи користування земельних ділянок, в державних актах на право власності на земельну ділянку, витягах з державного земельного кадастру, документації із землеустрою, висновках про погодження документації із землеустрою та інших документах. У судових актах визначення місця розташування земельної ділянки, що перебуває поза межами населеного пункту завжди здійснюється шляхом посилання на землі певної сільської ради²⁶.

Якщо під поняттям території органів місцевого самоврядування, яке вживається у статті 335 Цивільного кодексу України²⁷ для визначення повноважень органів місцевого самоврядування щодо подання заяви про взяття на облік безхазяйної нерухомої речі задля подальшої передачі за рішенням суду у комунальну власність, розуміти лише територію відповідного населеного пункту, то в такому випадку в значній мірі втрачається сенс самої правової конструкції безхазяйної нерухомої речі. Адже набути у власність таку річ держава не може. Це можуть зробити лише органи місцевого самоврядування. Тому таке трактування положень статті 335 Цивільного кодексу України не дає можливості вирішити юридичну долю нерухомого майна, власник якого невідомий, і яке перебуває поза межами населеного пункту.

Що стосуються земель сільськогосподарського призначення, а серед них і несільськогосподарських угідь, то вони переважно розташовані поза межами населених пунктів.

Слід звернути увагу на те, що органами виконавчої влади вже здійснюються спроби визначення правового режиму об'єктів нерухомого майна колишніх сільськогосподарських підприємств шляхом використання конструкції набуття права власності на безхазяйну річ з метою їх збереження та ефективного використання.

Так, розпорядженням Вінницької обласної державної адміністрації «Про невідкладні заходи з відновлення систем зрошувального землеробства в області» від 15.11.2012 № 638 доручено головам райдержадміністрацій забезпечити координацію разом з органами місцевого самоврядування процедури взяття на облік безхазяйних об'єктів інженерної інфраструктури внутрішньогосподарських меліоративних систем зрошувального землеробства відповідно до частини 2 статті 335 Цивільного кодексу України та передачі їх до державної власності (пункт 2.1). Басейновому управлінню водних ресурсів річки Південний Буг «БУВР Південного Бугу» доручено скласти поетапний графік передачі об'єктів інженерної інфраструктури внутрішньогосподарських зрошуваних систем, розташованих на території області, в державну власність (пункт 3.1). Утворити разом з органами місцевого самоврядування та місцевими органами виконавчої влади комісії з питань передачі з комунальної у державну власність об'єктів інженерної інфраструктури внутрішньогосподарських зрошуваних систем (пункт 3.2)²⁸.

Отже, оскільки органи державної влади не можуть набути права власності на безхазяйні нерухомі речі, вони здійснюють спроби зробити це опосередковано: спершу нерухому річ набуває у власність територіальна громада, а потім держава.

Для таких відносин між органами державної влади та органами місцевого самоврядування існують правові підстави. Відповідно до частини п'ятої статті 35 Закону України «Про місцеві державні адміністрації»²⁹ для здійснення спільних програм місцеві державні адміністрації та органи місцевого самоврядування можуть укладати договори.

У випадку ліквідації суб'єкта права колективної власності (якщо така ліквідація відбулася після 1 січня 2002 року – дати вступу в дію чинного Земельного кодексу) розподіл несільськогосподарських угідь регулюються статтею 30 Земельного кодексу³⁰.

Якщо ліквідація відбулася до 1 січня 2002 року, такі землі переходять до земель запасу державної власності як не надані у власність та користування відповідно до частини дванадцятої статті 5 Земельного кодексу України в редакції 13 березня 1992 року³¹.

У цьому випадку О. Меркулова та А. Мірошніченко пропонують задля досягнення більшої соціальної справедливості законодавчо передбачити, що несільськогосподарські угіддя є спільною частковою власністю суб'єктів права на земельну частку (пай), водночас, встановивши спрощений порядок реалізації права – за рішенням більшості співвласників (а не всіх, як зараз – ч. 1 ст. 88 Земельного кодексу України)³².

Проте як така пропозиція авторів узгоджується з їх позицією щодо презумпції перебування земель у державній власності? А із запровадженням нової моделі державної реєстрації речових прав на нерухоме майно така пропозиція повністю втрачає практичне значення.

Відповідно до частини першої статті 125 Земельного кодексу України³³ право власності на земельну ділянку, а також право постійного користування та право оренди земельної ділянки виникають з моменту державної реєстрації цих прав. Ця норма відповідає новій моделі державної реєстрації речових прав на нерухоме майно, втіленій в Законі України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень»³⁴.

Відповідно до частини першої статті 5 цього Закону у Державному реєстрі прав реєструються речові права та їх обтяження на земельні ділянки, а також на об'єкти нерухомого майна, розташовані на земельній ділянці, переміщення яких неможливе без їх знецінення та зміни призначення, а саме: підприємства як єдині майнові комплекси, житлові будинки, будівлі, споруди (їх окремі частини), квартири, житлові та нежитлові приміщення. Згідно з частиною третьою статті 3 права на нерухоме майно та їх обтяження, які підлягають державній реєстрації відповідно до цього Закону, виникають з моменту такої реєстрації.

Яскравою ілюстрацією неможливості застосування підходу, запропонованого О. Меркуловою та А. Мірошніченком в умовах сучасного законодавства може бути ситуація, що склалася після прийняття Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень»³⁵ у новій редакції та Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо розмежування земель державної та комунальної власності»³⁶. Відповідно до пункту 9 Розділу II «Прикінцеві та перехідні положення» Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо розмежування земель державної та комунальної власності» право власності на земельні ділянки державної та комунальної власності, зазначені у пунктах 3 і 4 цього розділу, реалізується після державної реєстрації права власності на відповідну земельну ділянку.

Таким чином, передбачена необхідність подвійної реєстрації речового права на земельну ділянку державної або комунальної власності при наданні її у власність або користування фізичним або юридичним особам в випадку, коли щодо сформованих земельних ділянок державної та комунальної власності не було зареєстровано право держави чи територіальної громади та у випадку, якщо останній через уповноважені органи державної влади та місцевого самоврядування не встигли відповідно до вимог Закону України «Про розмежування земель державної та комунальної власності»³⁷ здійснити розробку, погодження і затвердження проектів розмежування земель державної та комунальної власності – тобто земельні ділянки не було сформовано.

Виникла ситуація, коли спочатку орган виконавчої влади або місцевого самоврядування, який уповноважений передавати у власність або користування землі державної або комунальної форм власності, зобов'язаний зареєструвати право власності держави або територіальної громади на вказану земельну ділянку, а після цього приймається рішення про передачу земельної ділянки у власність або користування громадян або юридичних осіб, які в подальшому зобов'язані також зареєструвати за собою відповідне речове право на вказані земельні ділянки в Державному реєстрі речових прав на нерухоме майно.

Більше того, для поновлення або внесення змін до договорів оренди земельних ділянок, термін дії яких спливав після першого січня 2013 року, орендодавець змушений був спочатку зареєструвати своє право власності на земельну ділянку, а потім здійснювалася реєстрація права користування вказаною земельною ділянкою орендарем. Виходячи з наведеного, відносини, пов'язані із поновленням (продовженням терміну дії) раніше укладених та належним чином зареєстрованих договорів оренди на той момент стали фактично заблокованими³⁸.

Звичайно, така ситуація викликала значний суспільний резонанс. Проблему було вирішено шляхом прийняття Закону України «Про внесення змін до деяких законів України щодо вдосконалення порядку державної реєстрації речових прав на земельні ділянки державної та комунальної власності у зв'язку з їх розмежуванням»³⁹.

Як же можна визначити в законі, що несільськогосподарські угіддя є спільною частковою власністю суб'єктів права на земельну частку (пай), якщо вони такою власністю не є?

Стосовно соціальної справедливості ми також не поділяємо позиції О. Меркулової та А. Мірошніченка. Ми повністю погоджуємося з П. Ф. Кулиничем в тому, що ідею надання селянинові статусу юридичного господаря на землі та інших засобів сільськогосподарського виробництва слід визнати недостатньо чіткою та обґрунтованою. Вона має бути трансформована в ідею правового забезпечення максимально сприятливого доступу до сільськогосподарських угідь для тих юридичних і фізичних осіб, які зможуть забезпечити ефективне використання сільськогосподарських земель в Україні⁴⁰.

Дійсно, переважна більшість колишніх членів КСП на сьогодні – люди похилого віку, що вже не можуть активно використовувати землі сільськогосподарського призначення. Більше того, велика кількість з них вже померла. На нашу думку, розпочинати кампанію зі спадкування земельних ділянок несільськогосподарського призначення, які не мають самостійного економічного значення, але можуть бути зіпсовані новими власниками (вирубання дерев у лісосмугах і т.і.) не лише не відповідає інтересам суспільства, але й прямо суперечить їм.

З огляду на викладене вище, ми вважаємо за доцільне передбачити в законодавстві положення, відповідно до якого особа, яка орендує сільськогосподарські угіддя ліквідованого сільськогосподарського підприємства має переважне право на отримання у користування на умовах оренди несільськогосподарські угіддя, що перебували у власності цього підприємства.

Проведене дослідження дає підстави зробити такі висновки. Несільськогосподарські угіддя земель сільськогосподарського призначення мають важливе економічне значення як інфраструктура сільського господарства. Проте на даний час значна їх частина не використовується в економіці України і зазнає деградаційних процесів, що робить неможливим стале використання не лише цих угідь, але й земель сільськогосподарського призначення в цілому. Одна з основних причин цього полягає в тому, що правовий режим більшої частини несільськогосподарських угідь не визначений. Цю проблему пропонується вирішити шляхом встановлення обов'язку органів місцевого самоврядування набути у власність такі землі і надання переважного права оренди тим суб'єктам, які орендують сільськогосподарські угіддя, які належали ліквідованому чи реорганізованому суб'єкту права колективної власності на землю.

¹ Земельний кодекс України: Закон України від 25.10.2001 № 2768-III.

² Методика уточнення складу і вартості пайових фондів майна членів колективних сільськогосподарських підприємств, у тому числі реорганізованих: постанова Кабінету Міністрів України від 28 лютого 2001 р. № 177.

³ Даниленко Б. В. Еколого-правове забезпечення сталого сільськогосподарського землекористування: дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2012. – С. 155–156.

⁴ Меркулова О., Мірошніченко А. Правовий режим несільськогосподарських угідь, що були передані у колективну власність сільськогосподарських підприємств // Земельне право України. – 2007. – № 8–9. – С. 40–50.

⁵ Земельний кодекс України: Закон Української РСР від 18 грудня 1990 року № 561-XII.

⁶ Земельний кодекс України: Закон України від 25.10.2001 № 2768-III.

⁷ Меркулова О., Мірошніченко А. Вказана праця. – С. 46.

⁸ Там само. – С. 47.

⁹ Цивільний кодекс України: Закон України від 16.01.2003 № 435-IV.

¹⁰ Там само.

¹¹ Цивільний процесуальний кодекс України: Закон України від 18.03.2004 № 1618-IV.

¹² <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/31832187>

¹³ <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/31865201>; <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/32402966>; <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/34641298>; <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/36074774>

¹⁴ Земельний кодекс України: Закон України від 25.10.2001 № 2768-III.

¹⁵ Даниленко Б. В. Вказана праця. – С. 55–59.

¹⁶ Цивільний кодекс України: Закон України від 16.01.2003 № 435-IV.

- ¹⁷ Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 року.
- ¹⁸ Про порядок вирішення питань адміністративно-територіального устрою Української РСР: Указ Президії Верховної Ради Української РСР від 12 березня 1981 року № 1654-X.
- ¹⁹ Земельний кодекс України: Закон Української РСР від 18 грудня 1990 року № 561-XII.
- ²⁰ Вказівки по складанню проектів формування територій і встановлення меж сільських, селищних рад народних депутатів: затверджено Головою державного Комітету України по земельній реформі 30 жовтня 1991 року.
- ²¹ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо визначення складу, змісту та порядку погодження документації із землеустрою: проект Закону України № 0904 від 27.11.2014.
- ²² Про землеустрій: Закон України від 22 травня 2003 року № 858-IV.
- ²³ Про Державний земельний кадастр: Закон України від 7 липня 2011 року № 3613-VI.
- ²⁴ Порядок ведення Державного земельного кадастру: постанова Кабінету Міністрів України від 17 жовтня 2012 р. № 1051.
- ²⁵ Про розмежування земель державної та комунальної власності: Закон України від 5 лютого 2004 року № 1457-IV.
- ²⁶ <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/26106058>; <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/35248377>; <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/5168356>
- ²⁷ Цивільний кодекс України: Закон України від 16.01.2003 № 435-IV.
- ²⁸ Про невідкладні заходи з відновлення систем зрошувального землеробства в області: Розпорядження Вінницької обласної державної адміністрації від 15.11.2012 № 638 (Ліга: Коментар до статті 335 Цивільного кодексу: регіональне законодавство).
- ²⁹ Про місцеві державні адміністрації: Закон України від 9 квітня 1999 року № 586-XIV.
- ³⁰ Земельний кодекс України: Закон України від 25.10.2001 № 2768-III.
- ³¹ Земельний кодекс України: Закон Української РСР від 18 грудня 1990 року № 561-XII.
- ³² Меркулова О., Мірошніченко А. Вказана праця. – С. 45.
- ³³ Земельний кодекс України: Закон України від 25.10.2001 № 2768-III.
- ³⁴ Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень: Закон України від 1 липня 2004 року № 1952-IV.
- ³⁵ Там само.
- ³⁶ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо розмежування земель державної та комунальної власності: Закон України від 6 вересня 2012 року № 5245-VI.
- ³⁷ Про розмежування земель державної та комунальної власності: Закон України від 5 лютого 2004 року № 1457-IV.
- ³⁸ Пояснювальна записка до законопроекту 2303-2.
- ³⁹ Про внесення змін до деяких законів України щодо вдосконалення порядку державної реєстрації речових прав на земельні ділянки державної та комунальної власності у зв'язку з їх розмежуванням: Закон України від 14 травня 2013 року № 233-VII.
- ⁴⁰ Кулинич П. Ф. Правові проблеми організації сільськогосподарського землекористування в контексті завдань земельної реформи в Україні / П. Ф. Кулинич // Часопис Київського університету права. – 2006. – № 1. – С. 127.

Резюме

Даниленко Б. В. Стале використання несільськогосподарських угідь земель сільськогосподарського призначення в Україні: актуальні проблеми та шляхи їх вирішення.

У статті розглядаються проблеми визначення правового режиму несільськогосподарських угідь, а саме визначення власника таких земель, а також передача їх у користування. Автор пропонує зобов'язати органи місцевого самоврядування набути у власність несільськогосподарські угіддя, в яких немає власника, як безхазяйне нерухоме майно. З метою ефективного використання цих земель також запропоновано надати переважне право оренди земельних ділянок несільськогосподарських угідь особам, які орендують сільськогосподарські угіддя, що раніше входили до складу одного землекористування.

Ключові слова: земельне право, землі сільськогосподарського призначення, несільськогосподарські угіддя, безхазяйне нерухоме майно, відумерла спадщина, сільська рада.

Резюме

Даниленко Б. В. Устойчивое использование несельскохозяйственных угодий земель сельскохозяйственного назначения в Украине: актуальные проблемы и пути их решения.

В статье рассматриваются проблемы определения правового режима несельскохозяйственных угодий, а именно определение собственника таких земель, а также их передачи в пользование. Автор предлагает обязать органы местного самоуправления приобрести в собственность несельскохозяйственные угодья, у которых нет собственника, как бесхозяйную недвижимую вещь. С целью эффективного использования этих земель также предлагается предоставить преимущественное право аренды земельных участков несельскохозяйственных угодий лицам, арендующим сельскохозяйственные угодья, которые раньше входили в состав единого землепользования.

Ключевые слова: земельное право, земли сельскохозяйственного назначения, несельскохозяйственные угодья, бесхозяйная недвижимая вещь, выморочное имущество, сельский совет.

Summary

Danylenko B. Sustainable use of non agricultural territories of agricultural lands in Ukraine: current problems and ways of their decision.

In Ukraine agricultural lands are divided into several types. The main division is the division into agricultural lands and non agricultural lands. Non agricultural lands in this case mean lands that in fact are agricultural but are used not for growing crops. Instead of this they are used like infrastructure of agricultural lands. During the land reform in Ukraine the government agricultural lands become lands of so-called collective agricultural enterprise. Then this lands were divided between members of these enterprises. But none agricultural lands were not divided between members of enterprises. As the result of land reform in Ukraine the majority of these lands today belong to nobody. They are not used properly. In this article the author offers ways of solution of this problem.

Key words: land law, agricultural lands, non agricultural lands, local self-government.

В. В. ЛАТИШЕВА

Вікторія Володимирівна Латишева, кандидат юридичних наук, доцент Кременчуцького національного університету імені Михайла Остроградського, науковий співробітник Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України

ПРАВОВІ АСПЕКТИ ЖИТЛОВОГО БУДІВНИЦТВА В СІЛЬСЬКІЙ МІСЦЕВОСТІ

На сьогодні соціально-побутові умови проживання в сільських населених пунктах є одним із основних факторів розвитку сільських територій та подальшого росту сільськогосподарського товарного виробництва. Відтак, правове регулювання розвитку житлового будівництва у селі потребує принципово нових підходів до проблем соціального облаштування українського села.

Комплексних наукових досліджень правового регулювання розвитку житлового будівництва в селі здійснено не було. Аналіз окремих нормативно-правових актів цієї сфери суспільних відносин у своїх роботах проводили В. В. Носік¹, О. М. Пашенко², В. П. Жушман³, О. В. Гафурова⁴, А. М. Статівка⁵.

Правове регулювання відносин розвитку житлового будівництва в селі здійснюється низкою нормативно-правових актів, серед яких: Житловий кодекс Української РСР від 30 червня 1983 р. № 5464-Х⁶, Закон України «Про пріоритетність соціального розвитку села та агропромислового комплексу в народному господарстві» від 17 жовтня 1990 р. № 400-ХІІ⁷, Указ Президента України «Про Основні засади розвитку соціальної сфери села» від 20 грудня 2000 р. № 1356⁸, Указ Президента України «Про заходи щодо підтримки індивідуального житлового будівництва на селі» від 27 березня 1998 р. № 222/98⁹, Постанова Кабінету Міністрів України «Про затвердження Державної цільової програми розвитку українського села до 2015 року» від 19 вересня 2007 р. № 1158¹⁰ тощо. Проте зазначені нормативно-правові акти значною мірою залишаються недієвими, оскільки відсутній системний підхід до облаштування саме сільських територій. Крім того, має місце неповне фінансування державних програм. Саме тому системний підхід до розвитку житлового будівництва в селі повинен мати на меті побудову такої моделі, яка б урахувала умови проживання осіб, зайнятих у сільському господарстві, переробних і обслуговуючих галузях агропромислового комплексу або соціальної сфері села.

Для комплексного дослідження правового регулювання житлових відносин у сільській місцевості необхідно насамперед дослідити понятійний апарат і встановити, на скільки повно він характеризує умови проживання в селі.

Відповідно до ст. 4 Житлового кодексу Української РСР від 30 червня 1983 р. № 5464-Х¹¹ житловий фонд охоплює всю сукупність житлових будинків і житлових приміщень на всій території України. У юридичній літературі пропонуються різні підходи до визначення житлових фондів, які враховують особливості житла залежно від підстав їх надання, призначення житлових приміщень, форми власності житла та його використання¹². Проте на особливу увагу заслуговує науковий підхід М. К. Галянтича, який вважає, що житловий фонд можна поділити за місцем розташування: сільська місцевість, адміністративно-територіальна одиниця (село, селище, районний, обласний центр, м. Київ), оскільки зміст прав і обов'язків у власників такого житла значно відрізняється¹³.

У ст. 379 Цивільного кодексу України¹⁴ під житлом фізичної особи розуміються житловий будинок, квартира, інше приміщення, призначені та придатні для постійного проживання у них.

Відповідно до Інструкції про порядок проведення технічної інвентаризації об'єктів нерухомого майна, затвердженої Наказом Держбуду України від 24 квітня 2001 р. № 127¹⁵, передбачається поділ житлових будинків на житлові будинки квартирної та садибної типів.

З огляду на те, що основними об'єктами правового регулювання житлового будівництва є індивідуальний житловий будинок (у сільських населених пунктах це – переважно садиба) та багатоквартирний житловий будинок, дослідження варто провести у двох напрямках – розвиток індивідуального житлового будівництва та розвиток багатоквартирної житлового будівництва у сільській місцевості.

Насамперед дослідимо поняття «садиба», оскільки у законодавстві визначено декілька понять, які мають окремі правові положення.

Відповідно до ст. 381 Глави 28 «Право власності на житло» Цивільного кодексу України¹⁶ садибою є земельна ділянка разом із розташованими на ній житловим будинком, господарсько-побутовими будівлями, наземними та підземними комунікаціями, багаторічними насадженнями. Правовий режим садиби має комплексний характер, оскільки поєднує в собі правовий режим земельної ділянки та житлового будинку, права щодо яких можуть відрізнятися, а отже, на садибу необхідно встановити спеціальний правовий режим, відмінний від правового режиму, що надається житловому будинку. Уперше до такого висновку дійшов М. К. Галянтич, який вважав, що житлом у садибі має визнаватися тільки будинок¹⁷.

Особливої уваги заслуговує правове положення відокремленої фермерської садиби¹⁸ та садиби, яка використовується у сфері сільського зеленого туризму¹⁹.

Таким чином, можна зробити висновок, що індивідуальний житловий будинок є пріоритетним помешканням для осіб, зайнятих у сільському господарстві, зокрема фермерському господарстві та особистому селянському господарстві, оскільки умови проживання останніх тісно пов'язані зі здійсненням сільськогосподарської діяльності.

Що ж стосується багатоквартирного житлового будинку, то відповідно до положень Житлового кодексу Української РСР від 30 червня 1983 р. № 5464-Х, таким вважається житловий будинок, який складається з трьох і більше квартир та має інженерні системи, що обслуговують більше однієї квартири²⁰.

Квартирою, відповідно до ст. 382 Цивільного кодексу України²¹, є ізольоване помешкання у житловому будинку, призначене та придатне для постійного у ньому проживання. Власникам квартири у дво- або багатоквартирному житловому будинку належать на праві спільної сумісної власності приміщення загального користування, опорні конструкції будинку, механічне, електричне, сантехнічне та інше обладнання за межами або всередині квартири, яке обслуговує більше однієї квартири, а також споруди, будівлі, що призначені для забезпечення потреб усіх власників квартир та власників нежитлових приміщень, які розташовані у житловому будинку.

Багатоквартирні житлові будинки можуть бути зблокованого, секційного, коридорного, галерейного і терасного типів²².

Виходячи з цього, багатоквартирні житлові будинки в сільській місцевості переважно мають задовольняти житлові умови осіб, які зайняті у переробних та обслуговуючих галузях агропромислового комплексу України та соціальної сфері. Таким чином, особи, які є працівниками сільськогосподарських підприємств, мають здійснювати свою професійну діяльність за межами зони житлової забудови (сельбищної зони). У свою чергу, професійна діяльність працівників соціальної сфери безпосередньо не пов'язана з сільським господарством і їх побут може бути вільним від ведення домашнього сільського господарства.

На жаль, в Україні не розроблено правового механізму, який би успішно реалізовував багатоквартирне житлове будівництво у сільській місцевості та забезпечував мешканців села житлом належної якості. Отже, необхідно розробити відповідну державну програму, яка надаватиме можливість будувати багатоквартирні житлові будинки для працівників сільськогосподарських підприємств або соціальної сфери села.

Таким чином, розвиток житлового будівництва у сільській місцевості потребує комплексного переоблаштування сільських населених пунктів. Відповідно, з розвитком нових форм господарської діяльності необхідно враховувати вплив такої діяльності на наколишне середовище та спрямовувати її на забезпечення громадських інтересів.

На сьогодні житловий фонд у сільській місцевості є застарілим і потребує оновлення. Важливою умовою сталого розвитку сільських територій є будівництво житлових будинків. Існує нагальна потреба в пошуку нових підходів до будівництва.

Оскільки пріоритетним вважається індивідуальне будівництво в селі, на законодавчому рівні має зазначитися пріоритетність так званого «зеленого будівництва», яке передбачає сукупність підходів до проектування, будівництва, експлуатації й утилізації будівель, направлених на: максимально ефективне використання енергетичних, водних та інших ресурсів; зменшення негативного впливу на навколишнє середовище; створення екологічно чистого середовища в будівлі для забезпечення оптимальної життєдіяльності людини²³.

Енергозберігаючі технології в житловому будівництві є обов'язковим для багатьох європейських країн. Цей напрям в архітектурі на Заході почали інтенсивно розвивати після енергетичної кризи 1975–1980 років. З 2002 р. в Європі, зокрема в Німеччині, не дозволено будувати по-іншому. Там з'являється усе більше будинків, де за допомогою інноваційного інженерного обладнання виробляється стільки енергії, скільки необхідно для споживання їх мешканців або навіть більше²⁴.

Указаний механізм потребує заходів державної підтримки. Зауважимо, що основною проблемою у сфері будівництва житла в селі залишається недостатнє державне фінансування. Основи створення механізму державного фінансування індивідуального житлового будівництва в селі було закладено Указом Президента України «Про заходи щодо підтримки індивідуального житлового будівництва на селі» від 27 березня 1998 р. за № 222²⁵. На підставі цього Указу було розроблено і затверджено постанови Кабінету Міністрів України «Про затвердження Положення про порядок формування і використання коштів фондів підтримки індивідуального житлового будівництва на селі» від 3 серпня 1998 р. за № 1211²⁶ та «Про затвердження Правил надання довгострокових кредитів індивідуальним забудовникам житла на селі» від 5 жовтня 1998 р. за № 1597²⁷.

Правила надання довгострокових кредитів індивідуальним забудовникам житла на селі, затверджені Постановою Кабінету Міністрів України від 5 жовтня 1998 р. № 1597²⁸, є підставою для розроблення відповідних регіональних правил з урахуванням місцевих умов.

Загальними положеннями вказаних Правил²⁹ визначено, що об'єктом кредитування є фінансування спорудження житлових будинків з надвірними підсобними приміщеннями та добудови незавершених житлових будинків, спорудження інженерних мереж, підключення їх до існуючих комунікацій, а також незавершеного будівництвом та готового житла за результатами оцінювання, проведеного відповідно до законодавства, та його реконструкції.

Позичальниками кредитів за рахунок кредитних ресурсів фондів є індивідуальні забудовники, якими можуть бути громадяни України, які постійно проживають, будують об'єкти кредитування у сільській місцевості і працюють в органах місцевого самоврядування, на підприємствах, в установах та організаціях сільського господарства, інших господарських формуваннях, що функціонують у сільській місцевості, соціальної сфері села, а також на підприємствах, в установах та організаціях переробних і обслуговуючих галузей агропромислового комплексу, навчальних закладах, закладах культури та охорони здоров'я, розташованих у межах району³⁰.

Сума кредиту визначається фондом з урахуванням рівня платоспроможності позичальника і не може перевищувати кошторисної вартості об'єкта кредитування та граничного розміру кредиту в сумі 100 тис. гривень для добудови, реконструкції будинку, придбання житла і 200 тис. гривень для спорудження нового житлового будинку³¹.

О. В. Гафурова, досліджуючи правове регулювання індивідуального житлового будівництва в селі, доходить висновку, що для стимулювання розвитку індивідуального житлового будівництва в селі необхідно насамперед забезпечити належний рівень державної підтримки сільських забудовників. Крім того, частина витрат на зазначені цілі має компенсуватись з місцевих бюджетів. Важливим є створення житлового фонду за кошти великих сільськогосподарських підприємств. Перспективним є здійснення такого будівництва на коопераційній основі, причому переважний розвиток житлового будівництва має здійснюватись у тих регіонах, де реалізуються інвестиційні проекти, спрямовані на розвиток сільськогосподарського виробництва³².

У свою чергу, В. М. Єрмоленко, вказуючи на недостатній розмір державних інвестицій на спорудження житла селян, зазначає: якщо екстраполувати обсяг бюджетного фінансування на всю територію України, то грошей вистачить на добудову нового житла з розрахунку один будинок на рік у кожному з 2/3 від наявності всіх сільських населених пунктів³³.

На сучасному етапі реформування сільського господарства³⁴ передбачається відновлення програми підтримки індивідуального житлового будівництва в селі «Власний дім». Відповідно до цього вважаємо за доцільне внести зміни до законодавства у сфері підтримки житлового будівництва в Україні³⁵, які передбачатимуть надання фінансової допомоги для будівництва саме енергозберігаючих будинків, або переобладнання існуючих систем опалення у помешканні на енергоефективні системи. Таким чином, указаний нормативно-правовий акт не лише надасть підтримку розвитку житлового будівництва у сільській місцевості, а також реалізує вимоги Директив ЄС³⁶ щодо енергетичних характеристик будівель, у тому числі в частині встановлення мінімальних вимог до енергетичної ефективності будівель, спорудження будівель майже з нульовим рівнем споживання енергії тощо. Крім того, слід вилучити із законодавства термін «індивідуальний забудовник», який обмежує право на забезпечення належних умов проживання, адже крім індивідуального житлового будівництва законодавством передбачено багатоквартирне житлове будівництво, та внести зміни щодо визначення суми кредиту, яка повинна формуватись стосовно прожиткового мінімуму.

Проведене дослідження визначає необхідність правового забезпечення підтримки житлового будівництва на підставі принципу енергозбереження та в подальшому сприятиме здійсненню наукових досліджень щодо переоблаштування сільських територій.

¹ Аграрне право України : підруч. / [В. З. Янчук, В. І. Андрійцев, Ц. В. Бичкова та ін.] ; за ред. В. З. Янчука. – К. : Юрінком, 1996. – С. 466–471.

² Аграрне право України : підруч. / [Н. О. Багай, Л. О. Бондар, В. К. Гуревський та ін.] ; за ред. О. О. Погрібного. – К. : Істина, 2007. – С. 190–194.

³ Аграрне право України: підруч. для студ. юрид. спец. вищ. закл. освіти / В. М. Гайворонський, В. П. Жушман, В. М. Корнієнко. – Х. : Нац. юрид. акад. України ім. Я. Мудрого, 2003. – С. 88–91.

⁴ Аграрне право України : підруч. / В. М. Єрмоленко, О. В. Гафурова, М. В. Гребенюк та ін. ; за заг. ред. В. М. Єрмоленка. – К. : Юрінком Інтер, 2010. – С. 499–504; Гафурова О. В. Правове регулювання індивідуального житлового будівництва на селі / О. В. Гафурова // Вісник Академії адвокатури України. – 2012. – № 1. – С. 48–54.

⁵ Статівка А. М. Організаційно-правові питання соціального розвитку села в Україні : моногр. / А. М. Статівка. – Х. : Право, 2007. – С. 85–108.

⁶ Житловий кодекс Української РСР. – Суми: ФОП Соколик Б. В., 2010. – 64 с.

⁷ Про пріоритетність соціального розвитку села та агропромислового комплексу в народному господарстві : Закон України від 17 жовтня 1990 р. № 400-ХІІ // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1990. – № 45. – Ст. 602.

⁸ Про Основні засади розвитку соціальної сфери села : Указ Президента України від 20 грудня 2000 р. № 1356 // Офіційний вісник України. – 2001. – 51. – С. 27.

⁹ Про заходи щодо підтримки індивідуального житлового будівництва на селі : Указ Президента України від 27 березня 1998 р. № 222/98 : [Електронний ресурс] // Сайт Верховної Ради України – Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=222%2F98> – Назва з екрану.

¹⁰ Про затвердження Державної цільової програми розвитку українського села до 2015 року : постанова Кабінету Міністрів України від 19 вересня 2007 р. № 1158 // Офіційний вісник України. – 2007. – № 73. – С. 7.

¹¹ Житловий кодекс Української РСР. – Суми : ФОП Соколик Б. В., 2010. – 64 с.

¹² Галянтич М. К. Житлове право: навч. посіб. / М. К. Галянтич. – К. : Юрінком Інтер, 2007. – С. 108–109.

¹³ Там само. – С. 109.

¹⁴ Цивільний кодекс України : Кодекс України від 16 січня 2003 р. № 435-IV // Офіційний вісник України. – 2003. – № 11. – С. 7.

- ¹⁵ Про затвердження Інструкції про порядок проведення технічної інвентаризації об'єктів нерухомого майна : наказ Держбуду від 24 квітня 2001 р. № 127 // Офіційний вісник України. – 2001. – № 28. – С. 324.
- ¹⁶ Цивільний кодекс України: Кодекс України від 16 січня 2003 р. № 435-IV IV // Офіційний вісник України. – 2003. – № 11. – С. 7.
- ¹⁷ *Галантич М. К.* Вказана праця. – С. 105.
- ¹⁸ Про фермерське господарство: Закон України від 19 червня 2003 р. № 973-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 45. – Ст. 363.
- ¹⁹ Про сільський аграрний туризм : Проект Закону України : [Електронний ресурс] // Офіційний сайт Міністерства аграрної політики. – Режим доступу : <http://www.minagro.kiev.ua> – 10.11.2011. – Назва з екрану.
- ²⁰ Житловий кодекс Української РСР. – Суми : ФОП Соколик Б. В., 2010. – 64 с.
- ²¹ Цивільний кодекс України : Кодекс України від 16 січня 2003 р. № 435-IV IV // Офіційний вісник України. – 2003. – № 11. – С. 7.
- ²² Про затвердження Інструкції про порядок проведення технічної інвентаризації об'єктів нерухомого майна : Наказ Держбуду від 24 квітня 2001 р. № 127 // Офіційний вісник України. – 2001. – № 28. – С. 324.
- ²³ Архитектура и экология : [Електронний ресурс] / Архітектор Тетяна Ернст. – Режим доступу : http://www.ernst.kiev.ua/index_ru.html – 29.09.2014. – Назва з екрану.
- ²⁴ Дом, который сам производит энергию // «Мистер блистер». – 2013. – № 9 : [Електронний ресурс] – Режим доступу : http://www.ernst.kiev.ua/Medien/Ekodom_9.pdf – 29.09.2014. – Назва з екрану.
- ²⁵ Про заходи щодо підтримки індивідуального житлового будівництва на селі : Указ Президента України від 27 березня 1998 р. № 222/98 // Офіційний вісник України. – 1998. – № 31. – Ст. 37.
- ²⁶ Про затвердження Положення про порядок формування і використання коштів фондів підтримки індивідуального житлового будівництва на селі : постанова Кабінету Міністрів України від 3 серпня 1998 р. № 1211 // Офіційний вісник України. – 1998. – № 31. – Ст. 1174.
- ²⁷ Про затвердження Правил надання довгострокових кредитів індивідуальним забудовникам на селі : Постанова Кабінету Міністрів України від 5 жовтня 1998 р. № 1597 // Офіційний вісник України. – 1998. – № 40. – Ст. 1486.
- ²⁸ Там само.
- ²⁹ Там само.
- ³⁰ Там само.
- ³¹ Там само.
- ³² *Гафурова О. В.* Правове регулювання індивідуального житлового будівництва на селі / О. В. Гафурова // Вісник Академії адвокатури України. – 2012. – № 1. – С. 53.
- ³³ *Єрмоленко В. М.* Правові проблеми залучення інвестицій у соціальний розвиток села / В. М. Єрмоленко // Інвестиційна діяльність у сільському господарстві: правові питання : моногр. / [В. І. Семчик, Л. П. Козаченко, П. Ф. Кулинич] ; за ред. В. І. Семчика. – К. : ТОВ «Видавництво «Юридична думка», 2008. – С. 197.
- ³⁴ Коаліційна угода Верховної Ради України VIII скликання від 21 листопада 2014 року : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://samoromich.ua/wp-content/uploads/2014/11/Koalitsiynna_uhoda_parafovana_20.11.pdf – Назва з екрану.
- ³⁵ Про пріоритетність соціального розвитку села та агропромислового комплексу в народному господарстві : Закон України від 17 жовтня 1990 р. № 400-XII // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1990. – № 45. – Ст. 602; Про затвердження Правил надання довгострокових кредитів індивідуальним забудовникам на селі : постанова Кабінету Міністрів України від 5 жовтня 1998 р. № 1597 // Офіційний вісник України. – 1998. – № 40. – Ст. 1486.
- ³⁶ Директива Європейського парламенту та Ради 2010/31/ЄС від 19 травня 2010 р. щодо енергетичної ефективності будівель : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : www.minjust.gov.ua/file/32547 – Назва з екрану.

Резюме

Латишева В. В. Правові аспекти житлового будівництва в сільській місцевості.

Стаття присвячена питанням правового регулювання будівництва в сільській місцевості. Доведено, що потрібен системний підхід до розвитку житлового будівництва в селі, який урахуватиме умови проживання осіб, зайнятих у сільському господарстві, переробних та обслуговуючих галузях агропромислового комплексу або соціальній сфері села. Запропоновано внести зміни до законодавства у сфері підтримки житлового будівництва в Україні, які передбачатимуть надання фінансової допомоги для будівництва саме енергозберігаючих будинків, або переобладнання існуючих систем опалення у помешканні на енергоефективні системи. На підставі дослідження будівництва житлових будинків квартирних та садибного типів, запропоновано вилучити із законодавства термін «індивідуальний забудовник» та внести зміни щодо визначення суми кредиту, яка повинна формуватися відносно прожиткового мінімуму.

Ключові слова: житловий будинок, сільський населений пункт, садиба, квартира, енергоефективність, «зелене будівництво», державна підтримка.

Резюме

Латишева В. В. Правовые аспекты жилищного строительства в сельской местности.

Статья посвящается вопросам правового регулирования строительства в сельской местности. Доказана необходимость системного подхода к развитию жилищного строительства в селе, который будет учитывать условия проживания людей, занятых в сельском хозяйстве, в перерабатывающих и обслуживающих отраслях агропромышленного комплекса или социальной сфере села. Предлагается внести изменения в законодательство в сфере поддержки жилищного строительства в Украине, предусматривающие выдачу финансовой помощи для строительства энергоэффективных домов, или переоборудования существующих систем отопления в помещениях на энергоэффективные системы. На основании исследования строительства жилищных домов квартирного и усадебного типа предложено изъятие из законодательства понятия «индивидуальный застройщик» и внесение изменений по поводу установления суммы кредита, которая должна формироваться относительно прожиточного минимума.

Ключевые слова: жилой дом, сельский населённый пункт, усадьба, квартира, энергоэффективность, «зелёное строительство», государственная поддержка.

Summary

Latysheva V. Legal aspects of housing construction in rural areas.

The article deals with the study of legal regulation of housing construction in rural areas. In addition, there is partial funding of government programs. It is proved that a systematic approach to housing development in the country side should aim to build a model that would take into account living conditions of people engaged in agriculture, processing and service sectors of agriculture and rural social area. In addition, it has been proposed to remove from legislation the term “individual constructor” as it restricts the right to provide appropriate living conditions, because in addition to individual housing the housing construction is provided in legislation. Some changes should be made to determine the amount of credit to be for medaccording to living standard.

Key words: housing building, rural settlement, house, flat, energy efficiency, “green building”, government support.

УДК 349.4 (477)

Т. М. ЧУРИЛОВА

Тетяна Миколаївна Чурилова, кандидат юридичних наук, доцент Сумського державного університету

**ПРАВОВЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ НАЛЕЖНОГО УПРАВЛІННЯ ДЕРЖАВНИМИ
ЗЕМЛЯМИ В УМОВАХ АДМІНІСТРАТИВНОЇ РЕФОРМИ**

Однією із суттєвих проблем реформування економіки в Україні є незмінність форм та методів державного управління в умовах трансформації суспільних відносин. Між тим, реалії сьогодення вимагають розробки та впровадження принципово інших підходів до управління. Забезпечення суспільного розвитку відповідними ресурсами, зокрема земельними, потребує переосмислення діяльності державних органів. Традиційні способи управління, що базувалися на застосуванні владних повноважень, вже не здатні забезпечити бажаний результат. Україна, як держава, що обрала європейський вектор розвитку, має рухатися інноваційним шляхом удосконалення моделі державного управління, використовуючи здобутки інших країн.

Сьогодні у більшості розвинених країн, в яких відбулася трансформація державного управління і публічного адміністрування, спостерігається тенденція переходу до набагато сучаснішої моделі публічного управління, яку в широкому сенсі Світовий Банк визначає як New Public Management («нове суспільне управління», «новий публічний менеджмент» або «новий державний менеджмент»)¹. Нова модель публічного управління стала відповіддю на кризові явища, пов'язані з бюрократією, централізацією, жорсткою ієрархічністю. Саме ця концепція запозичує методи, які застосовуються в бізнесі та у практиці корпоративного управління: підвищення ефективності та гнучкості прийняття управлінських рішень, зменшення ієрархічності державного апарату, делегування повноважень з вищого рівня на нижчий, посилення механізмів зворотного зв'язку².

У фокусі нашого дослідження знаходиться питання належного управління земельними ресурсами, зокрема державної власності, адже земельно-ресурсний потенціал України є унікальним. Крім того, згідно зі ст. 14 Конституції України земля є основним національним багатством, що перебуває під особливою охороною держави³.

Дослідженню проблем удосконалення правового забезпечення управління землями державної власності присвячено праці таких вчених, як В. І. Андрейцев, П. Ф. Кулинич, А. М. Мірошниченко, В. В. Носик, О. М. Пашенко, В. І. Семчик, Н. І. Титова, Ю. С. Шемшученко, М. В. Шульга та ін. Проте визначення оптимальної моделі управління державним земельним ресурсом, внесення відповідних змін до земельного законодавства потребує додаткових досліджень.

Метою статті є аналіз повноважень органів влади та місцевого самоврядування щодо управління земельними ресурсами державної власності, дослідження зарубіжного досвіду інституційно-функціонального забезпечення розпорядження та управління землями державної власності.

Немає сенсу зупинятися на тих важливих функціях, які виконує земля, проте, нагадаємо, що в економічному відношенні земля є засобом виробництва і просторовим операційним базисом. Земля є активом, який приносить постійний прибуток, земля є капіталом.

Отже, управління таким ресурсом як земля, має ґрунтуватися на засадах економічної ефективності при дотриманні екологічних інтересів суспільства. Така комплексність у підходах до управління земельними ресурсами, зокрема державної форми власності, вимагає розробки принципово нової моделі управлінської діяльності.

У державній власності перебувають усі землі України, крім земель комунальної та приватної власності⁴. Слід підкреслити, що це значний ресурс – близько 5–6 млн гектарів⁸. Саме від ефективності управління залежать обсяги наповнення бюджетів різних рівнів за рахунок використання державних земель.

Згідно зі ст. 80 Земельного кодексу України (далі – ЗК) суб'єктом права власності на землі державної власності є «держава, яка реалізує це право через відповідні органи державної влади»⁴. Повноваження органів виконавчої влади у сфері земельних відносин присвячена глава 3 ЗК. Так, повноваження щодо розпорядження державними землями мають: Кабінет Міністрів України (ст. 13 ЗК), Державне агентство земельних ресурсів (далі – Держземагентство) (ст. 15¹ ЗК), Рада Міністрів АРК (ст. 16 ЗК), місцеві державні адміністрації (ст. 17 ЗК), державні органи приватизації (ст. 17¹ ЗК). Розмежування повноважень міститься у ст. ст. 118, 122, 129, 149, 150 ЗК⁴.

Низка повноважень є у різних спеціальних нормативно-правових актах, які не узгоджені між собою, що спричиняє дублювання функцій.

Навіть поверхневий погляд дає можливість констатувати неузгодженість та нечіткість приписів щодо визначення й розподілу повноважень. Так, за ст. 83 ЗК землями комунальної власності є землі, які належать на праві власності територіальним громадам сіл, селищ, міст. Далі, ч. 3 ст. 83 ЗК земельні ділянки державної власності, які передбачається використати для розміщення об'єктів, призначених для обслуговування потреб територіальної громади (комунальних підприємств, установ, організацій, громадських пасовищ, кладовищ, місць знешкодження та утилізації відходів, рекреаційних об'єктів тощо), а також земельні ділянки, які відповідно до затвердженої містобудівної документації передбачається включити у межі населених пунктів, за рішеннями органів виконавчої влади передаються у комунальну власність.

Звернемося до ст. 122 ЗК про розподіл повноважень органів виконавчої влади, органів місцевого самоврядування щодо передачі земельних ділянок у власність або у користування. Так, ч. 3 зазначеної статті передбачено, що районні державні адміністрації передають земельні ділянки із земель державної власності у власність або у користування у межах сіл, селищ, міст районного значення для всіх потреб та за межами населених пунктів для ведення водного господарства; будівництва об'єктів, пов'язаних з обслуговуванням жителів територіальної громади району (шкіл, закладів культури, лікарень, підприємств торгівлі тощо); індивідуального дачного будівництва. Тож, незрозуміло, де закінчуються повноваження органів місцевого самоврядування та починаються повноваження районних адміністрацій, зокрема щодо «будівництва об'єктів, пов'язаних з обслуговуванням жителів територіальної громади району». Адже такі земельні ділянки підлягають передачі у комунальну власність.

Крім того, значною проблемою щодо законності прийнятих рішень про надання у власність та у користування земельних ділянок є відсутність встановлених і закріплених меж населених пунктів. Станом на 2012 р. із 29 794 населених пунктів в Україні межі встановлено лише у 17 503 поселеннях, що становить 59 відсотків від їх загальної кількості⁵. Як слушно зазначив А. М. Мирошніченко, «вразливість для оспорування рішень про приватизацію земельних ділянок підриває оборот земельних ділянок в державі, завдає істотної шкоди національній економіці»⁶.

З 1 січня 2013 р. набув чинності Закон «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо розмежування земель державної та комунальної власності»⁷, згідно з яким повноваження щодо розпорядження землями державної власності передали до Держземагентства України та його територіальних органів. Вони стосуються лише однієї категорії земель – сільськогосподарського призначення. Це означає, що від імені держави правом розпоряджатися, тобто, надавати у власність, користування, оренду земельні ділянки державної власності можуть лише державні органи земельних ресурсів, до яких належать Держземагентство та його територіальні органи.

Економічна доцільність внесених змін є дискусійним питанням. Між тим, з цим нововведенням пов'язана низка правових проблем. Зокрема, не вирішено питання розмежування повноважень Держземагентства та його територіальних органів щодо розпорядження землями сільськогосподарського призначення державної власності. Як зазначає П. Ф. Кулинич: «Державне земельне агентство своїм рішенням не може розмежувати цих повноважень. Бо, згідно з Конституцією України, право власності на земельні ділянки може набуватися в порядку, визначеному законом. А він не розмежує ці повноваження. Конфлікт інтересів, який має місце у діяльності державних органів земельних ресурсів, може бути усунутий шляхом внесення певних змін до чинного законодавства, зокрема, до Земельного кодексу України. За ситуації, що склалася, будь-який юрист може визначити їх такими, що суперечать Конституції»⁸.

Отже, є цілком зрозумілим, що за таких правових умов управління державними землями, у томі числі сільськогосподарського призначення, не може бути ефективним.

Якісні зміни в управлінні державними землями є питанням комплексним, таким, що знаходиться у площині реформування виконавчої влади і державної служби взагалі, тобто адміністративної реформи.

Одним із запропонованих шляхів, на думку П. Ф. Кулинич⁹ є подолання «держкомземоцентризму» в державній земельній політиці шляхом передачі покладених на Держземагентство функцій державного регулювання земельних відносин іншим органам влади: Міністерству екології та природних ресурсів, Міністерству аграрної політики та продовольства, Державній службі геодезії, картографії та кадастру тощо. У західноєвропейських країнах такого органу виконавчої влади, як Держземагентство, немає і ніколи не було.

Наразі, можемо констатувати, що деякі кроки на цьому шляху вже зроблено. Так, у рамках проведення першого етапу реформи центральних контролюючих органів – скорочення та оптимізацію, урядом була

прийнято постанову «Про оптимізацію системи центральних органів виконавчої влади»¹⁰, якою, зокрема утворено Державну службу України з питань геодезії, картографії та кадастру, реорганізувавши Державне агентство земельних ресурсів України шляхом перетворення.

Ряд функцій стосовно розпорядження державними землями сільськогосподарського призначення новоутворена служба не зможе виконувати, адже це буде суперечити її природі. Отже, має бути визначений суб'єкт, який зможе належним чином виконувати такі повноваження.

З 15 жовтня 2014 р. на виконання доручення Віце-прем'єр-міністра України – Міністра регіонального розвитку, будівництва та житлово-комунального господарства України від 8 жовтня 2014 р. № 37732/0/1-14 обов'язковим стало врахування позиції органів місцевого самоврядування у питаннях розпорядження землями сільськогосподарського призначення державної власності. Під час розгляду питання про надання у власність або користування земельних ділянок сільськогосподарського призначення державної власності територіальні органи земельних ресурсів надсилають сільським, селищним, міським радам за місцем розташування земельної ділянки запити про висловлення позиції щодо можливості надання дозволу на розроблення документації із землеустрою, на підставі якої зазначені земельні ділянки можуть бути передані у власність або користування.

Органи місцевого самоврядування, у свою чергу, протягом десяти календарних днів мають можливість висловити позицію із зазначеного питання. Відсутність протягом цього строку мотивованих заперечень є мовчазною згодою на надання дозволу на розроблення відповідної документації із землеустрою¹¹.

Це рішення є одним із перших кроків з реалізації Концепції реформування місцевого самоврядування та територіальної організації влади в Україні, яка схвалена розпорядженням Кабінету Міністрів України від 1 квітня 2014 р. № 333-р¹², та спрямована на розширення повноважень органів місцевого самоврядування у сфері земельних відносин і посилення ролі органів місцевого самоврядування в управлінні землями державної власності, розташованими за межами населених пунктів.

Наступним кроком, логічно, має бути передача повноважень щодо розпорядження землями державної власності органам місцевого самоврядування, або передача таких земель у комунальну власність. Напевно, такий напрям вирішення проблеми належного управління земельними ресурсами має сенс. Адже органи місцевого самоврядування, сьогодні, фактично позбавлені можливості ефективно планувати використання території. Громада не бере участі у прийнятті рішень про використання земельних ресурсів. Значною частиною матеріальної бази є саме земельні ресурси, і, якщо ми прагнемо незалежності та процвітання територіальних громад, то маємо усвідомлювати, що тільки громада з достатньою фінансовою базою може вести незалежну економічну політику.

З метою врегулювання зазначеного питання на розгляд до Верховної Ради було подано три законопроекти. У них пропонується передати право розпоряджатися державними землями за межами населених пунктів на якомога нижчий рівень.

Перший законопроект – «Про деякі заходи щодо посилення ролі територіальних громад в управлінні земельними ресурсами» внесений депутатами О. Кулінічем та В. Лунченком. Другий – «Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо розширення повноважень органів місцевого самоврядування у сфері земельних відносин», внесений депутатами І. Кириленком та ін. Третій – «Про внесення змін до Земельного кодексу щодо порядку розпорядження землями державної власності», внесений депутатом Ю. Дерев'янком.

Відмінність запропонованих новел полягає в наступному: перший передбачає передати державні землі за межами населених пунктів у комунальну власність, залишивши державі лише землі, потрібні їй для реалізації державних функцій: землі оборони, ділянки державних підприємств, установ та організацій, а також землі під державною нерухомістю; другий – надати органам місцевого самоврядування ці землі у розпорядження, залишаючи їх державними. Третій законопроект пропонує передати радам в розпорядження державні землі не в повному обсязі, а обмежитися землями сільськогосподарського призначення, землями для ведення водного господарства та дачного будівництва.

На наш погляд, законопроект щодо передачі земель за межами населених пунктів у комунальну власність виглядає найбільш привабливо. Проте його реалізацію важко уявити без проведення адміністративно-територіальної реформи.

Не викликає сумніву, що система місцевого самоврядування на сьогодні не задовольняє потреб суспільства. Удосконалення потребує система територіальної організації влади. Без таких перетворень запропоновані зміни призведуть до конфлікту компетенції як між органами місцевого самоврядування, так і між органами місцевого самоврядування та місцевими органами виконавчої влади.

У цьому аспекті є корисним досвід Польщі, де позитивні перетворення призвели до поліпшення відносин між центральними та місцевими органами влади, а також розмежування повноважень між рівнями управління, встановлення нових якісних відносин між ними. Головна ідея реформування полягала у тому, що держава має брати на себе лише ті завдання і функції, вирішити які не можуть громадяни та об'єднання громадян. У результаті, на сьогодні в Польщі на центральному рівні зосереджено лише 5 % повноважень, на регіональному – 30 %, на місцевому – 65 % повноважень¹⁴.

Таким чином, одним із можливих варіантів створення ефективної моделі управління державними землями є адміністративно-територіальна реформа та передача земель, які сьогодні знаходяться за межами населених пунктів та є державними у комунальну власність.

Цікавим і корисним, в аспекті підвищення ефективності державного управління землями сільськогосподарського призначення, є досвід зарубіжних країн. Проте слід бути вкрай обережними щодо запозичення

будь яких практик, навіть належних, адже важливу роль відіграють історичні особливості, ментальність, шляхи реформування земельних відносин.

Зарубіжний досвід демонструє різні підходи щодо вибору механізмів управління державними землями. У більшості країн це окремі державні інституції, які опікуються належним використанням земель та ефективним розпорядженням.

У Німеччині в 1992 р. створений державний орган, відповідальний за управління та приватизацію державних ферм та лісових угідь Східної Німеччини – Товариство з управління та реалізації земель (далі – BVVG). Товариство відіграє активну роль у процесі трансформації колишньої НДР, допомагаючи переходу від централізованої планової економіки до ринкової. Воно має децентралізовану структуру, керівництво компанії знаходиться в головному офісі у м. Берлін, а операційна діяльність забезпечується за допомогою відділень у всіх великих містах Східної Німеччини¹⁵.

За словами керівника групи з продажу та оренди BVVG Єви Хельрігель, відділ, яким вона керує, опікується 16000 га сільськогосподарських, лісогосподарських та інших земель на території трьох округів поблизу Берліна. За рік такий відділ має принести прибутку не менше, ніж 20 млн євро як від сплати оренди, так і від продажу земель державної власності. За останні сім років цей відділ BVVG жодного разу не зривав план надходжень¹⁵. Це – яскравий та переконливий приклад ефективного управління.

У Польщі розпорядження землями державної власності сільськогосподарського призначення здійснює державна юридична особа – Агентство сільськогосподарської нерухомості – *Agencja Nieruchomości Rolnych* (далі – Агентство), підпорядковане Міністерству сільського господарства та сільського розвитку. Агентство є довірчою установою, уповноваженою державною скарбницею на здійснення права власності у державному секторі сільського господарства з обов'язком управління власністю ліквідованих державних сільськогосподарських підприємств та сільськогосподарською нерухомістю, що належить державній скарбниці. На Агентство, зокрема, покладено завдання із реструктуризації та приватизації сільськогосподарських підприємств, покращення структури ферм, протидії надмірній концентрації сільськогосподарської власності, забезпечення використання сільськогосподарських господарств фермерами із належними досвідом та кваліфікацією, здійснення права власності на частки у статутних фондах племінних заводів та селекційних установ, що мають виняткове значення для національної економіки. Основним способом укладення договорів купівлі-продажу та оренди Агентством є тендери^{16,6}.

Враховуючи рівень економік зазначених країн, підхід до організації управління державними землями, зокрема сільськогосподарського призначення, заслуговує на ретельний аналіз з метою використання в Україні. Тим більше, такі болючі питання, як охорона та консолідація земель, перерозподіл з метою вирішення соціальних та економічних проблем потребують комплексного вирішення. Отже, передача функцій з управління та розпорядження державними землями спеціальному суб'єкту, який відокремлений від суто адміністративних функцій та діє на засадах ринкової економіки, має сенс.

Додамо, що врахування досвіду країн ЄС є не лише доцільним для України з точки зору перейняття передового світового досвіду. Таке врахування впливає також із формальних зобов'язань нашої держави щодо гармонізації власного законодавства із законодавством ЄС⁶.

Ми розглянули лише деякі аспекти вирішення проблеми дієвості та ефективності управління землями державної власності, насамперед сільськогосподарського призначення. Безумовно, таке складне питання потребує ретельного аналізу, подальшого дослідження та обговорень. Україна має могутній земельний потенціал, та слід пам'ятати, що він належить не тільки нам, а й майбутнім поколінням. Отримання прибутку від земель державної власності із одночасним забезпеченням екологічних інтересів – головні завдання суб'єкта, який буде опікуватися державною земельною власністю.

¹ Європеїзація публічного адміністрування в Україні в контексті європейської інтеграції : матеріали наук.-практ. конф. (м. Дніпропетровськ, 17 грудня 2009 р.) / за заг. ред. Л. Л. Прокопенка. – Дніпропетровськ: ДРІДУ НАДУ, 2009. – 224 с. – С. 77–78; 90–92.

² Пасічник М. В. Механізми впровадження нового публічного менеджменту: досвід США / М. В. Пасічник // Державне управління: теорія та практика. – 2009. – № 1: [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.academy.gov.ua/ej/ej9/doc_pdf/Pasichnyk_MV.pdf

³ Конституція України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=254%EA%2F96-%E2%F0>

⁴ Земельний кодекс України від 25 жовтня 2001 р. № 2768-III : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=2768-14>

⁵ Колегія Держземагентства назвала причини, які стримують роботи із встановлення меж населених пунктів : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.kmu.gov.ua/control/uk/publish/article?art_id=245386541

⁶ Мірошніченко А. М. Проблеми правового забезпечення належного управління землями державної власності : Виступ на Українсько-німецькій науково-практичній конференції «Європейський шлях до належного управління / А. М. Мірошніченко ; К., Інститут законодавства Верховної Ради України, Мюнхенський інститут східноєвропейського права, 31 жовтня 2012 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.amm.org.ua/2011-06-24-09-14-06>

⁷ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо розмежування земель державної та комунальної власності : Закон України від 6 вересня 2012 р. № 5245-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2013. – № 36. – Ст. 472 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/5245-17>

⁸ Кулинич П. Ф. Держава посилила контроль над своєю земельною власністю / П. Ф. Кулинич // Вісник Всеукраїнської асоціації сільських та селищних рад. – 2013. – № 2. – С. 36–38.

⁹ Кулинич П. Ф. Проблеми земельної політики України та шляхи їх розв'язання / П. Ф. Кулинич // Національна безпека і оборона. – 2009. – № 3. – С. 47–50.

¹⁰ Про оптимізацію системи центральних органів виконавчої влади : постанова Кабінету Міністрів України від 10 вересня 2014 р. № 442 // Урядовий кур'єр. – 2014 – № 169 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/442-2014-%D0%BF>

¹¹ Органи місцевого самоврядування долучаються до управління землями державної власності : Урядовий портал. – 2014 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.kmu.gov.ua/control/uk/publish/article?art_2477316

¹² Про схвалення Концепції реформування місцевого самоврядування та територіальної організації влади в [...] : Розпорядження Кабінету Міністрів України від 1 квітня 2014 р. № 333-р // Урядовий кур'єр. – 2014. – № 67 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/333-2014-%D1%80>

¹³ Конституция Республики Польша / пер. с польск. А. Кубика. – Варшава : Изд-во Сейма, 2001. – 104 с.

¹⁴ Самоврядування та територіальна організація влади в Польщі / Я. Гонцяж, Н. Гнидюк, О. Куленкова, В. Гуменюк ; за заг. ред. Я. Гонцяжа. – К. : Міленіум – Вид-во УАДУ, 2001. – С. 69.

¹⁵ Українські фахівці переймають досвід Євросоюзу з управління землями та планування землекористування : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.kmu.gov.ua/control/ru/publish/article?art_id=247778598&cat_id

¹⁶ Informacje o Agencji Nieruchomości Rolnych : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.anr.gov.pl/web/guest/o-agencji2>

Резюме

Чурилова Т. М. Правове забезпечення належного управління державними землями в умовах адміністративної реформи.

Досліджується управління державними землями, що має ґрунтуватися на засадах економічної ефективності при дотриманні екологічних інтересів суспільства, бути дешевим та ефективним. Розглядається декілька варіантів створення ефективної моделі управління державними землями, зокрема, передача земель, що сьогодні знаходяться за межами населених пунктів та є державними, у комунальну власність, але після проведення адміністративно-територіальної реформи. Інший варіант – створення спеціалізованого суб'єкта, враховуючи досвід Німеччини та Польщі.

Ключові слова: належне управління, землі державної власності, адміністративна реформа.

Резюме

Чурилова Т. Н. Правовое обеспечение надлежащего управления государственными землями в условиях административной реформы.

Исследуется управление государственными землями, которое должно основываться на принципах экономической эффективности при соблюдении экологических интересов общества, быть дешевым и эффективным. Рассматривается несколько вариантов создания эффективной модели управления государственными землями, в частности, передача земель, находящихся сегодня за пределами населенных пунктов и являющихся государственными, в коммунальную собственность после проведения административно-территориальной реформы. Другой вариант – создание специализированного субъекта, учитывающая опыт Германии и Польши.

Ключевые слова: надлежащее управление, земли государственной собственности, административная реформа.

Summary

Churilova T. Legal providing proper management of public lands under administrative reform.

We investigate the management of public lands that should be based on the principles of economic efficiency while respecting environmental concerns of society, to be cheap and effective. We consider several variants of an efficient management of public lands particular the transfer of lands which are now outside the settlements and are in the public municipal property, but after conducting of administrative – territorial reform. Another option – to create a specialized subject, given the experience of Germany and Poland.

Key words: good governance, state-owned lands, administrative reform.

УДК 343.9.018+314.8.061

П. П. СЕРДЮК

Павел Павлович Сердюк, доктор юридических наук, доцент, профессор Национальной академии прокуратуры Украины

УРБАНИЗАЦИЯ КАК КОРРЕЛЯТ ПРЕСТУПНОСТИ

Этому вопросу уже немало лет. Спрашивается, а нужно ли к нему возвращаться, ведь ряд исследователей – К. Т. Ростов¹, Д. В. Федоренко², В. И. Шакун³ уже вколотили в него «гвозди по шляпку»? Они утверждали, что урбанизация в сопровождении с плотностью населения и социально-психологическими изменениями последнего, и плотность населения сами по себе играют заметную роль в количественных показателях преступности. Причём нужно отметить, что Д. В. Федоренко повторил выводы К. Т. Ростова о наличии корреляции между плотностью населения и уровнем преступности, не прибегая к перепроверке его выводов, а это следовало бы сделать. Мои исследования показывают, что скепсис относительно такого вывода не лишен оснований, поскольку, на поверку, он основывается, по сути, только на давнишнем утверждении М. Н. Гернета о социально-психологической роли городского уклада жизни⁴, но проверка исходя из количественных методов исследования, оставляет только это умозрительное утверждение. Будучи умозрительным, оно представляет собой довольно блёклую теорию, которую нельзя перепроверить наблюдениями, ибо оценочное – «городской уклад жизни» можно растягивать «всяк на свой аршин». Наоборот, хорошие теории можно проверить посредством наблюдения. На эту роль могут претендовать и теория урбанизации, как концентрации большого количества населения в одном населённом пункте, и даже теория плотности населения, которую тоже можно верифицировать.

Посему иной взгляд на этот вопрос даст возможность для верификации таких устоявшихся взглядов. А изменения акцентов в этом вопросе позволит взглянуть на него с большей точностью, поскольку урбанизация и плотность населения сами по себе, без учёта количества населения, не дают достаточных оснований, чтобы утверждать о самостоятельной корреляционной роли урбанизации и увеличении плотности населения для количественных показателей преступности. Собственно, верификация этого вопроса и составляет цель настоящего исследования.

Придавать особое значение роли урбанизации на макроуровне нецелесообразно. Стоит иметь в виду, что расширение городов, конечно же, ведёт к увеличению населения в регионе именно в городах, а раз так, то в этом вопросе имеет преимущество проблема количества и плотности населения. Есть утверждение, что с увеличением степени урбанизации региона возрастает доля совершаемых в них преступлений, причём в больших городах сравнительно выше показатель, чем в меньших или малых городах. Однако степень регистрации преступлений находится в зависимости от степени возрастания урбанизации региона только в крупных городах, насчитывающих более 500 000 жителей⁵. Это не совсем так. Чем больше население, тем больше совершаемых преступлений, но корреляция, с учётом наличия латентных преступлений, в большей степени заметна в крупных городах по сравнению с малыми.

Возможно, урбанизация может играть коррелирующую роль не столько с количеством населения города, сколько с его плотностью? Увы. Но почему это не должно сказываться на показателях преступности? При низких показателях плотности населения внутривидовая конкуренция снижается и рождаемость превышает смертность, а при увеличении плотности происходит наоборот⁶. Означает ли это, что плотность населения и предполагаемая степень внутривидовой конкуренции повлияют, например, на преступность? Плотность населения влияет на все социальные конфликты положительно. Но это положение оспаривают, утверждая, что повышение плотности населения на 1 чел./км² приводит к снижению преступности на 1,82 единиц⁷. Возникает сомнение, а не допустили ли исследователи ошибку в самом подходе? Другой исследователь указывает на наличие обратной зависимости между плотностью населения и преступностью, то есть чем выше плотность населения, тем ниже преступность, и наоборот, чем меньше плотность населения, тем выше преступность. Пояснение этому исследователь видит в том, что показатель плотности населения коррелирует с показателем уровня жизни – денежных доходов. Различная плотность населения в регионах способствует

дифференцированному поведению людей в одних и тех же ситуациях. Они связаны, прежде всего, с добыванием необходимых для существования средств, разрешением социальных конфликтов, социальной отчужденностью⁸. Но в таком случае преступность не следовало бы относить к социально конфликтному поведению, коль скоро плотность населения имеет обратную связь с преступностью. Хотя авторы и утверждали, что применяли кластерный анализ, достоверность их выводов вызывает сомнения, но не следует ожидать, что корреляция между плотностью населения и текущей преступностью будет всегда срабатывать. Данные моего исследования свидетельствуют о том, что большая или меньшая плотность человеческого населения прямо не влияет на зарегистрированную преступность. Она может быть выше в редконаселенных городах и ниже в густонаселенных городах. При этом большую важность имеет именно само количество населения во влиянии на показатели преступности, а не плотность населения города. Вероятно то, что не столько плотность влияет на преступность, сколько количество особей в популяции.

В середине и конце 1970-х гг. в СССР об этом вопросе говорили очень уверенно, поскольку без тени сомнения отмечали, что увеличение количества мужчин молодого возраста или повышение плотности населения, к сожалению, без наглядных доказательств, являются условиями, способствующими увеличению количества совершаемых преступлений⁹. И, наоборот, среди значимых факторов влияния на преступность в городах выделяли не количество народонаселения, а более высокую плотность населения по сравнению с меньшими городами или сельской местностью¹⁰. Правда, предоставить эмпирическое подтверждение этой уверенности они не потрудились. Но если для увеличения количества народонаселения можно найти эмпирическое подтверждение, то это, к сожалению, не относится к увеличению плотности населения. И всё же, у современных криминологов утвердилась позиция, что повышенная плотность населения, характерная в наибольшей степени городам, является криминогенной «по всеобщему убеждению исследователей»¹¹. Но на чём зиждется такая убежденность? На здравом рассуждении, но не на эмпирических фактах. Иначе нужно было бы учесть, что обычно высокая плотность сопровождается большим количеством населения.

Было и уникальное рассуждение о том, что низкая плотность населения снижает частоту социальных контактов и приводит к ослаблению социального контроля¹². Далеко идущее предположение, если забыть о том, что в городах, особенно крупных, где высокая плотность населения, неформальный социальный контроль, а именно он играет ведущую роль, снижен, но частота социальных контактов высокая, что увеличивает вероятность конфликтов.

Но почему же плотность популяции влияет на внутривидовую агрессию и рождаемость у животных и растений, а у человека – нет? Эта ситуация, в которой плотность населения не демонстрирует увеличения преступности, как известного проявления конфликтов за ресурсы, должна вызывать обоснованные сомнения. Есть искушение парировать старым добрым аргументом о «тёмной цифре» преступности. Однако и «светлая» цифра должна реагировать на этот фактор. По всей видимости, мы столкнулись с загадкой. Тут уместно было бы привести утверждение, что колебания численности человеческого населения не представляют собой строгих, математически чётких циклов. Напротив, они, по-видимому, характеризуются периодом, довольно широко варьирующим вокруг среднего значения. Такую картину и следовало бы ожидать, потому что человеческие общества представляют собой сложные динамические системы, многие части которых перекрестно связаны друг с другом нелинейными обратными связями¹³. Возможно, под такой перекрестный обстрел попала и плотность населения во влиянии на преступность, и очевидные колебания между дисперсией математически ожидаемого количества деликтов и преступлений.

Для правильной оценки влияния плотности народонаселения на число зарегистрированных преступлений нужно сравнивать регионы с одинаковым количеством населения. Поскольку в пределах одной страны найти регионы с одинаковым количеством населения крайне маловероятно, нужно попробовать сравнить регионы с близким количеством населения. Очевидно, что не во всех государствах можно найти такую количественную близость. В тех странах, где регионов больше, есть большая вероятность найти необходимое количество таких регионов.

На примере многих городов различных государств можно убедиться, что не всегда существует корреляция между большей плотностью населения и большим количеством зарегистрированных преступлений в городах с близким количеством населения. Случается, что в городе со значительно более высокой плотностью населения количество зарегистрированных преступлений ощутимо меньше, чем в городе с меньшей плотностью населения. Но во многих случаях, если не в большинстве, происходит наоборот. Правда, количественный перевес зарегистрированных преступлений при таких условиях показывает небольшие расхождения. Часто перевес можно увидеть, когда разница в плотности населения в городах с близким его количеством составляет от 50 % и выше. Вероятно, что не любой перевес по плотности населения может оказывать ощутимое влияние на социально значимые показатели. К тому же, очевидно, что преступность, а посему и её регистрация, подвержена существенным колебаниям, зависящим от многих факторов, но все же остаётся в пределах математически ожидаемого количества и подчиняется дисперсному влиянию. Таким образом, нельзя считать убедительными доводы тех исследователей, которые утверждают, что плотность населения оказывает обратное воздействие на рост зарегистрированных преступлений.

Не следует забывать, что исследователи, делающие вывод об урбанизации как о самостоятельном факторе влияния на количество совершаемых преступлений, часто ошибаются, пользуясь расчётом на 100 000 населения. При этом они игнорируют ведущую роль именно количества городских жителей, но преувеличивают «городские стандарты жизни». Понято, что в сёлах население будет меньше, чем в городах, но не

урбанизация сама по себе влияет на количество преступлений, а увеличивающееся количество жителей в городе. Ведя при этом расчёт, основанный на аналитической единице в 100 000, они теряют связь с картиной влияния количества населения на преступность¹⁴.

Любопытные данные по проблеме дифференциации городской и сельской преступности были приведены в первой трети 1900-х годов. Отмечалось, что меньшие показатели преступности в сельской местности обусловлены культурным фактором, то есть «мирной тишиной» жизни в деревне – старым миром, и динамичностью жизни в новом мире – городе. Эта идея дожила до 1970-х гг., и даже сейчас можно встретить пассажи на эту тему. Но тогда, в 1920-е гг., были приведены данные, демонстрирующие больший индекс преступности на 10 000 населения в не крупных городах, а в столицах, в условиях крупных и особо крупных городов, наоборот, небольшие индексы – 400, 328 преступлений на 10 000 населения соответственно в Москве и Ленинграде, против 3 699 преступлений на 10 000 населения в Усть-Сысольске, 1 547 – Мурманске, 1 431 – Брянске и т.д.¹⁵. Объяснение искали в столкновении старого и нового миров, экономических факторах, войне, голоде, переселении городских жителей, бежавших от голода в деревню. Но я думаю, что причина тут большего масштаба, а именно то, что учёт преступности производился на базе индекса (10 000 населения), дающий возможность разбавить относительно стабильные показатели преступности в те непростые времена в больших городах. В средних и малых же городах индекс оказывался намного ощутимее, поскольку среда для «разбавления» была куда меньше населена, в отличие от больших городов.

Подобные оценки относительно количественных различий городской и сельской преступности, а также преступности больших и малых городов, которые высказывались в 1920-х гг., существуют и сейчас. При этом они исполнены умозрительных доводов и предположений. Признавая, однако, что существует корреляция между величиной города и количественным состоянием в нём преступности, скептики видят корреляцию только в пределах регионов со сходными экономическими и культурными условиями жизни. При этом они отрицают такую корреляцию, когда речь заходит о разных по количеству населения городах с существенно различающимися культурно-экономическими условиями жизни. Например, вы можете увидеть вот такую таблицу (табл. 1).

Таблица 1

Уровень преступности за 1968 год в группах городов с различной численностью населения

Группы городов в зависимости от численности населения, тыс.чел.	Удельный вес группы, %	Уровень преступности, %
От 10 до 20	30,0	100
От 21 до 50	40,7	109
От 51 до 100	17,8	94
От 101 до 200	5,0	90
От 201 и более	6,5	89

В третьем столбце видно, что города с численностью населения от 10 000 до 20 000 человек были взяты за основу, за 100 %. Не трудно заметить, что с увеличением населения, количество которого превышает 50 000 человек, доля преступлений в таких городах снижается по сравнению с базовой группой городов. Вполне очевидно, что удельный вес делинквентов сокращается за счёт эффекта разбавления в более ёмкой по количеству популяции. Но как объяснить падение относительного показателя уровня преступности? В том то и дело. Здесь имеет место именно относительный учёт количества преступлений. Выходит, что исследователь просто взял не абсолютное количество преступлений, которое должно естественно возрастать с увеличением количества народонаселения в городе, а из расчёта коэффициента на 10 000 населения. Таким образом, он дважды учёл количество народонаселения, то есть в делении городов на группы, в зависимости от количества народонаселения, и тут же использовал данные коэффициента на 10 000 населения, как и в предыдущих своих расчётах. Это искажило картину не естественного уравнения уровня преступности, основываясь на аналитической единице. Но вся ирония в том, что при этом подход дважды использовали аналитическое выравнивание, что поставило под сомнение точность самого результата¹⁶.

Утверждение об отсутствии зависимости между величиной города и уровнем преступности не беспримерно. Вот исследователь, сбивый с толку данными, приходит к выводу, что уровень преступности в крупнейших городах на протяжении длительного времени существенно ниже, чем в крупных городах. Совершенно ясно, что так оно и должно быть, поскольку исследователь использовал относительные данные, то есть коэффициент на 100 000 населения города¹⁷. Понятно же, что в крупнейших городах абсолютное количество зарегистрированных преступлений будет больше, но за счёт огромнейшего населения степень «разбавления» будет выше. Оттого и коэффициент преступности в крупнейших или сверхкрупных городах будет меньше, чем в крупных городах. Это же так очевидно!

Скептик спросит, а почему же тогда не однозначны уровни преступности в большом селе и одинаковом по численности населения рабочем посёлке¹⁸? Этот вопрос, в духе универсализма, очевидно, ожидает ответа, если исследователь столкнется с ситуацией, указанной в вопросе. Подобные случаи могут быть связаны с искажённым отражением преступности в выборке, когда рассматривается конкретный пример. Один или несколько случаев, когда такие населённые пункты показывают значительные расхождения в показате-

лях зареєстрованої преступности, ще не говорить о проблеме на уровне закономерности. Я бы стал строить обобщения на этот счёт только тогда, если бы в половине случаев всех измерений заметил ощутимые расхождения в показателях зареєстрованої преступности при схожем количестве населения. Ошибка скептиков в том, что они ставят этот вопрос, не потрудившись предварительно узнать ответ на другой вопрос: насколько часто такие расхождения являются результатом искажённых данных, и насколько часто они встречаются в мире? Полагаю, что указания на особый уклад жизни в деревне, более отчётливый социальный контроль, чем в таком же по количеству населения рабочем посёлке, умозрительны, а посему – вздорны. Количество населения играет принципиальную роль в социальном взаимодействии. Вот почему, например, приматы не могут жить большими племенами, поскольку способности их головного мозга ограничены в том, чтобы реализовывать эволюционно стабильную стратегию социальной жизни, к которой они привыкли. Их мозг должен запоминать всех особей племени, чтобы иметь возможность успешно принимать участие в социальном контроле. Люди же, строя огромные популяции проживающих в одном ареале обитания особей, имеют хоть и гораздо более мощный мозг, однако же, тоже ограничены в том, чтобы принимать участие в широкомасштабном социальном контроле. Посему, и существует такая мегаструктура, как государство, имеющая значительно более скромные возможности в непосредственном взаимодействии со всеми особями популяции, но действующая по иному сценарию.

Что можно заключить из всего вышеуказанного? Очевидно, что умозрительная теория о городском укладе жизни, как корреляте преступности, не получила эмпирического подтверждения. Напротив, нужно отметить, что выводы делались на основе сомнительных методов подсчёта, используя аналитические единицы, которые не учитывают роль количества народонаселения. Для пущего убеждения нужно подчеркнуть, что в нашем распоряжении есть математические доказательства того, что не урбанизация, как таковая, и не плотность населения играют роль коррелята преступности, а количество народонаселения. Показатели же большего числа зареєстрованных преступлений в городах с высокой степенью урбанизации связаны не с ней, а с большим количеством населения.

¹ Ростов К. Т. Геокриминогенная обстановка в Санкт-Петербурге и Ленинградской области : автореф. дис. ... канд. географ. наук : спец. 11.00.02 / Константин Тимофеевич Ростов ; Санкт-Петербург. гос. ун-т. – СПб., 1994. – С. 9.

² Федоренко Д. В. Геокриминогенная обстановка в особо крупном промышленном городе (на основе статистических данных по городу Донецку) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 / Дмитрий Витальевич Федоренко ; Донецкий институт внутренних дел при Донецком национальном университете. – Донецк, 2000. – С. 19.

³ Шакун В. І. Урбанізація і злочинність в Україні : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : спец. 12.00.08 / Василь Іванович Шакун ; Національна юрид. акад. імені Ярослава Мудрого. – Х., 1996. – С. 16–19.

⁴ Гернет М. Н. Статистика городской и сельской преступности / Михаил Николаевич Гернет // Проблемы преступности : сборник ; под ред. членов института Е. Ширвиндта, Ф. Трасковича и М. Гернета ; Государственный институт по изучению преступника и преступности. – М.-Л. : Государственное издательство, 1927. – Вып. 2. – С. 16.

⁵ Kury H. Zur Messung der Kriminalitätsbelastung / Helmut Kury, Joachim Obergfell-Fuchs // Kriminalistik. – 1998. – No. 52 (10). – S. 624, 627.

⁶ Бигон М. Экология. Особи, популяции и сообщества : в 2 т. ; пер. с англ. / [М. Бигон, Дж. Харпер, К. Таунсенд]. – М. : Мир, 1989. – Т. 1. – С. 290–293.

⁷ Ведяхин В. М. Многофакторный регрессионный анализ причин территориальной дифференциации преступности / Владимир Михайлович Ведяхин, Валерий Михайлович Рябцев // Государство и право. – 2000. – № 7. – С. 49, 51.

⁸ Токарев Ю. А. Методология статистического исследования территориальной дифференциации преступности в Российской Федерации и ее факторов : дис. ... канд. экон. наук : спец. 08.00.11 / Юрий Алексеевич Токарев ; Самарская государственная экономическая академия. – Самара, 1999. – С. 126.

⁹ Бабаев М. М. Демографические процессы и проблемы территориальных различий преступности / Михаил Матвеевич Бабаев // Вопросы борьбы с преступностью : сб. статей ; ред. колл.: К. Ф. Скворцов (и.о. отв. редактора), Д. Л. Гладилин, В. И. Курляндский и др. – М. : Юрид. лит., 1974. – Вып. 21. – С. 8, 10.

¹⁰ Сыров А. П. Об особенностях комплексного планирования профилактики преступности в крупном и особо крупном городе / Антон Павлович Сыров // Методологические и методические вопросы изучения и профилактики преступности в крупных городах : сб. науч. трудов ; ред. колл.: В. К. Звирбуль, Г. М. Миньковский (отв. ред.), С. Б. Алимов, Л. А. Волошина, В. Д. Ермаков. – М. : Всесоюзный институт по изучению причин и разработке мер предупреждения преступности, 1979. – С. 26, 31.

¹¹ Черныш А. М. Маргиналы и маргинальная преступность в Украине : моногр. / Алексей Михайлович Черныш, Марина Алексеевна Черныш. – Одесса : Изд-во Украинской академии наук «VIP», 2004. – С. 271.

¹² Кулапина Т. И. Некоторые вопросы методики регионального исследования отклоняющегося поведения населения / Татьяна Ивановна Кулапина // Теоретические проблемы изучения территориальных различий преступности. Труды про криминологии : Учёные записки Тартуского государственного университета. – Тарту, 1985. – Вып. 725. – С. 76.

¹³ Turchin P. Long-term population cycles in human societies / Peter V. Turchin // The Year in Ecology and Conservation Biology, 2009 // Annals of the New York Academy of Sciences. – 2009. – Vol. 1162. – P. 15.

¹⁴ Скабара Р. М. Суспільно-географічні аспекти злочинності (на матеріалах Львівської області) : автореф. дис. ... канд. географ. наук : спец. 11.00.02 / Роман Михайлович Скабара ; Львівський національний університет імені Івана Франка. – Л., 2003. – С. 6.

¹⁵ Гернет М. Вказана праця; Государственный институт по изучению преступника и преступности. – М.-Л. : Государственное издательство, 1927. – Вып. второй. – С. 16.

¹⁶ Овчинский С. С. Преступное насилие. Преступность в городах / Семён Самуилович Овчинский ; сост. и вступ. ст. А. С. Овчинского и В. С. Овчинского. – М. : ИНФРА-М, 2007. – С. 283.

¹⁷ Гилинский Я. Методологические проблемы исследования территориальных различий преступности / Яков Ильич Гилинский // Теоретические проблемы изучения территориальных различий преступности. Труды по криминологии : Учёные записки Тартуского государственного университета. – Тарту, 1985. – Вып. 725. – С. 32.

¹⁸ Криминология: приглашение к дискуссии : моногр. / авт. кол.: Александр Владимирович Баляба, Элеонора Владимировна Виленская, Эдуард Алексеевич Дидоренко, Борис Григорьевич Розовский. – Луганск : РИО ЛИВД, 2000. – С. 204.

Резюме

Сердюк П. П. Урбанизация как коррелят преступности.

В статье рассматривается теория урбанизации как коррелята преступности. Отмечено, что в таком значении её воспринимают в контексте увеличения плотности населения и установления «городского уклада жизни». На основе количественных исследований в статье сделан вывод, что не урбанизация, как таковая, и увеличение в связи с ней плотности населения являются коррелятами преступности, а увеличение количества населения является таким коррелятом.

Ключевые слова: количество населения, коррелят, плотность населения, преступность, урбанизация.

Резюме

Сердюк П. П. Урбанізація як корелят злочинності.

У статті розглядається теорія урбанізації як корелята злочинності. Зазначено, що в такому значенні її сприймають у контексті збільшення густоти населення та встановленні «міського укладу життя». На основі кількісних досліджень у статті зроблено висновок, що не урбанізація як така, і збільшення у зв'язку з нею густоти населення, є корелятами злочинності, а збільшення кількості населення є таким корелятом.

Ключові слова: кількість населення, корелят, густота населення, злочинність, урбанізація.

Summary

Serdiuk P. Urbanization as a correlate of crime.

The article deals with the theory of urbanization as a correlate of crime. It is note that in this sense it perceived in the context of increasing population density and the establishment of “urban lifestyle”. On the basis of quantitative research article concludes that urbanization is not as such and the increase in connection with the population density are the correlates of crime, but increase the number of population is such a correlate.

Key words: number of people, correlate, the density of population, crime, urbanization.

УДК 343.213.5

Р. Ш. БАБАНЛИ

Расім Шагінович Бабанли, кандидат юридичних наук, начальник науково-експертного управління Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ

ІСТОРИЧНИЙ РОЗВИТОК ПОЛОЖЕНЬ ПРО ЗАБОРОНУ ЗВОРОТНОЇ ДІЇ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНУ В ЧАСІ

Питання темпоральної дії нормативно-правових актів набувають особливої актуальності в сучасний період відчутних змін законодавства, нових підходів до правотворення та правозастосування, трансформаційних процесів у суспільстві та державі. За таких умов правила дії закону в часі мають бути непохитною основою, яка забезпечує дотримання основоположних прав людини та унеможливує нехтування такими правами.

Різним аспектам історичного розвитку положень про заборону зворотної дії кримінального закону в часі приділяли увагу у своїх працях такі вчені, як Р. М. Абрамович, Ю. В. Баулін, М. І. Блум, Я. М. Брайнін, С. В. Будзінський, В. О. Гацелюк, М. Д. Дурманов, М. Г. Решняк, М. С. Таганцев, А. А. Тіллі, Є. Н. Трікоз, С. В. Познишев, Ю. А. Пономаренко, М. П. Чубинський, М. Д. Шаргородський та інші вчені, однак з огляду на те, що з'ясування тенденцій історичного розвитку положень про заборону зворотної дії кримінального закону в часі має істотне значення для встановлення його правової природи, аналізоване у цій статті питання не втрачає своєї актуальності.

Традиційно пошук історичних свідчень про розвиток правових категорій, а особливо тих, які мають принципове значення для відповідної галузі права, слід розпочинати із пам'яток римського права. Адже у них закріплено витоки застосування положення про дію кримінально-правової норми у часі, як правового явища.

Як показав аналіз джерел римського права, положення про дію закону в часі у період їх зародження та початкового оформлення в законодавчі норми були тісно пов'язані з правилом про зворотню силу правової норми та наявністю презумпції знання закону обвинуваченим.

Так, правило про дію закону в часі при так званій конкуренції старого та нового законів («*lex posterior derogat legi priori*») – більш пізній закон відміняє попередній) повсюдно застосовувалося у юридичній практиці Римської імперії, однак вперше було законодавчо сформульоване в Конституції Феодосія I. У 440 р. при Феодосії II була створена так звана «феодосійська норма», згідно з якою будь-який закон діє лише на майбутній час, якщо законодавець прямо не надав йому зворотної сили¹.

Поступово застосування принципу «*nullum crimen, nulla poena sine lege*» в юридичній практиці Римської імперії звелось до його складової «*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*» – заборони ретроактивності кримінальних законів. Згодом виникла необхідність у розширенні меж заборони ретроактивності закону. У результаті чого був введений окремий принцип «*Ex post facto law*» (*lex ad praeterian non valet*) (закон зворотної дії в часі немає), який, на відміну від свого двійника «*Nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*», поширював свою дію на всі закони².

Разом із тим слід відмітити, що в римських умовах формула «*nullum crimen, nulla poena sine lege*» не була втілена у своєму класичному вигляді, насамперед через множинність джерел кримінального права, переважання «аккузаційного» начала (приватне обвинувачення – Р. Б.), неузгодженості практики та законодавства, а також умовності принципу невідворотності покарання³.

Таким чином, період Римської держави слід вважати **початковим у генезі** темпоральної дії нормативно-правових актів. Це період появи нової категорії юридичних алгоритмів, їх застосування на практиці та формування уявлень щодо них, їх поняття у римському праві та законодавстві. На цьому етапі відбулися перші законодавчі закріплення положень про те, що закон діє на майбутній час. Однак системні та довершені положення про заборону зворотної дії кримінального закону в часі та особливості дії у часі законів, які визначають злочинні діяння з'явилися дещо пізніше, із розвитком практики римських юристів та формуванням на їх основі відповідних наукових поглядів.

Підтвердженням зазначеного є і позиція М. С. Таганцева, який стверджував про те, що римляни в епоху *quaestiones perpetuae*, встановлюючи з приводу якого-небудь злочинного діяння кримінальний закон, застосовували цей закон до події, яка викликала його прийняття⁴. На користь цієї позиції свідчить і згадана вище «феодосійська норма», яка передбачала право законодавця надавати закону зворотної дії.

Зазначені «римські» підходи до дії закону в часі застосовувалися на практиці протягом тривалого періоду розвитку державності та набули нової трансформації під час розмежування гілок влади та обґрунтування відповідних наукових концепцій⁵.

Так, поняття заборони ретроспективної відповідальності розвивалося у практиці європейських юристів на основі принципу «римського періоду» *nullum crimen sine lege, nullum poena sine lege* (немає злочину без вказівки на це у законі, немає покарання без вказівки на це у законі), оскільки аналізована заборона є складовим, невід'ємним елементом зазначеного принципу. Його застосовували на практиці з часів Римської держави, однак із розподілом гілок влади європейські юристи розвинули його у поняття заборони ретроспективної відповідальності. Пізніше це поняття дістало законодавчого закріплення. Наприклад, у статті 8 Французької декларації прав людини 1789 року та в положеннях Французької Конституції 1791 року. Цей принцип став частиною Баварського кодексу 1813 року коли А.П. Фейербах сформулював латинську максиму *nullum crimen sine lege, nullum poena sine lege*. Відповідна норма була закріплена у Німецькому кримінальному кодексі 1871 року та була гарантована Веймарською Конституцією⁶.

Таким чином, можна стверджувати про те, що нормативне закріплення засади законності, без існування якої неможливо створити правила темпоральної дії кримінального закону в часі відбулось на підставі кримінально-правової доктрини, яка у свою чергу формувалась в розвиток теорії розподілу влад. Саме теоретичні, а не казуальні підстави нормативного закріплення аналізованої засади законності є характерними і для її розвитку на території Російської імперії, у тому числі на території Наддніпрянської України.

Так, відомою та важливою пам'яткою кримінального права на території Російської імперії був Наказ Катерини II Комісії про складення проекту нового

Уложення 1767 року, який вважається плодом кримінально-правової доктрини, оскільки його було розроблено на основі тогочасних європейських вчень Ч. Беккарія та Ш. Л. Монтеск'є. При цьому зазначений Наказ не можна вважати простим копіюванням ідей європейських вчених, оскільки вони здебільшого відображали реалії відповідної практики на теренах Російської імперії.

Прогресивність положень, які були закріплені в Наказі, стала запорукою цивілізованого розвитку кримінального права та правозастосування в Російській імперії, у тому числі й на території сучасної України. На користь зазначеному свідчить і те, що в Наказі знайшли відображення положення *nullum crimen sine lege* та *nullum poena sine lege*. Катерина II як основний творець наказу у цьому принципі вбачала, зокрема, і превентивну функцію кримінального закону. Зокрема зазначалось: «имея законы о наказаниях: всяк может верно выложить и знать точно непристойности худого действия, что весьма полезно для отвращения людей от ононого»⁷.

Згодом на початку XVIII століття ця засада була віднесена до основних засад кримінального права у праці німецького вченого П. А. Фейербаха (того ж науковця, який вважається ініціатором закріплення засади законності в німецькому кримінальному праві), перекладеній російською мовою, яка справила істотний вплив на розвиток кримінально-правової доктрини і на подальше нормотворення та практику в галузі кримінального права.

Зокрема, такою засадою у праці вченого визначалась: будь-яке застосування покарання має бути передбачене законом каральним (*nullum poena sine lege*). Пояснюючи цю засаду вчений зазначав, що лише загроза злом у законі породжує поняття про покарання і правомірну можливість такого⁸.

Також необхідно звернути уваги на нормативно-правові акти, які діяли на територіях сучасної західної України, а саме Кримінального уложення імператриці Марії Терезії 1768 року (Терезіана) (який був розроблений на підставі відомого карного кодексу Німеччини Кароліна) та Кодексу «Про злочини і покарання» імператора Йосифа II (Йосефіна) 1787 року, який прийшов на зміну попередньому. Кодекс Терезіана, який за прикладом Кароліни містив як положення матеріального, так і положення процесуального права в частині матеріальних норм на території Галичини чинності так і не набрав. Водночас необхідно звернути увагу на кодекс Йосефіна, який за даними деяких дослідників вважається першим кримінальним кодексом, у якому було закріплено положення *nullum crimen sine lege*⁹. Така норма значною мірою відрізняла цей акт від Терезіани та Кароліни, які, з-поміж іншого, містили положення про те, що «В дійсному Уложенні не можуть бути згадані і описані всі непередбачені випадки судових рішень і покарань». Відповідно до цього кодексу у випадку неясності чи незрозумілості закону суддя мав звертатись або до місцевих звичаїв або до «законознавців»¹⁰. У порівнянні з таким підходом, закріплення згаданого вище положення про визначення злочинними лише тих діянь, які передбачені законом у чинному, в тому числі на території сучасної України кодекси Йосефіна, можна вважати істотним розвитком загальних засад кримінального права.

Повертаючись до законодавства, яке діяло на території Російської імперії (у тому числі на території Наддніпрянської України), необхідно зауважити, що бурхливий розвиток вчення про темпоральну дію кримінального закону виник у період дії Уложення про покарання кримінальні і виправні, перша редакція якого була прийнята у 1845 році (набула чинності 01 січня 1846 року), наступні у 1857, 1866, 1885 роках¹¹. Уложення було затверджене 15 серпня 1845 року Указом, який визначив дату вступу Уложення в силу – з 1 травня 1846 року, а також межі зворотної дії нового кримінального закону. Указ наказував судам, по-перше, застосовувати Уложення до всіх справ, які не одержали остаточного вирішення до 1 травня 1846 року, по-друге, застосовувати старі закони, якщо вони менш суворі, ніж нове Уложення.

Результати існування такої дискусії можна спостерігати на прикладі Кримінального уложення 1903 року, у якому було закріплено доволі оригінальний підхід до визначення аспектів зворотної дії кримінального закону в часі. Відповідно до ст. 14 цього Уложення «заново виданий кримінальний закон застосовується судом, що постановляє вирок і до тих, вчинених до набрання чинності цим законом сили, діянь, які були заборонені під страхом покарання за них, під час їх вчинення»¹². Таким чином, у цьому нормативно-правовому акті фактично легалізовано зворотню дію кримінальних законів, які не лише пом'якшували, але й посилювали відповідальність. Єдиною умовою такої дії було встановлення відповідальності за певне діяння попереднім законом, якщо ж таке діяння визнавалось злочином, то покарання за нього (яке могло бути й більш суворим) признавалось відповідно до нового закону, а не того закону, який діяв на момент вчинення злочину.

Необхідно зауважити, що передумовою появи такої норми була наукова дискусія, яка велась в доктрині кримінального права Російської імперії під впливом поглядів окремих німецьких вчених, насамперед Біндінга. Ця позиція ґрунтувалась на тому, що жоден закон, ні новий, ні старий не може мати зворотної сили. Кримінальний закон зобов'язує державну владу застосовувати до злочинів лише встановлені у ньому покарання. З моменту початку дії нового закону відносини держави та злочинця мають нормуватись лише цим законом. Якщо держава прийшла до переконання, що попередніми засобами боротись зі злочинами неможливо, то для неї немає жодних підстав застосовувати попередній закон, визнаний незадовільним, а необхідно застосувати новий закон, незважаючи на те, чи є він більш м'яким чи більш суворим¹³.

Особливим підходом до визначення вимог законності та, відповідно, вимог дії закону в часі характеризується постреволюційний період. Зокрема, відповідно до Кримінального кодексу УСРР 1922 року у випадку відсутності у Кримінальному кодексі прямих вказівок на окремі види злочинів, покарання або заходи соціального захисту застосовуються відповідно до статей Кримінального кодексу, які передбачають найбільш схожі по важливості і роду злочини, з дотриманням правил загальної частини цього Кодексу. Таким чином, цим актом фактично допускалась аналогія закону при вирішенні питання про притягнення особи до кримінальної відповідальності. Аналогічний підхід було застосовано і в Кодексі УСРР 1927 року. Жоден з двох наведених законів не містив норми про їх дію в часі. Натомість у Кримінальному кодексі УСРР 1927 року було закріплене положення «якщо конкретна дія, яка була на момент її вчинення була злочином, до моменту розслідування або розгляду в суді втратила суспільну небезпечність внаслідок зміни кримінального закону або в силу зміни соціально-політичної обстановки, або якщо особа, яка його вчинила, на думку суду, до вказаного моменту не може бути визнана суспільно небезпечною, така дія не передбачає застосування заходів соціального захисту до особи, що її вчинила».

У свою чергу, на відміну від кримінальних кодексів норма про те, що злочинність і караність діяння визначаються законом, який діяв на момент вчинення цього діяння на той час була закріплена у процесуальних кодексах, що, на думку учених, вважалось помилковим підходом до регламентації темпоральної дії норм про кримінальну відповідальність. Як зазначають М. І. Блум та А. А. Тіллі, безпосередньо після Жовтневої революції загальним правилом було застосування закону часу здійснення судочинства і лише у виді виключення допускалось застосування раніше діючих законів поваленого царського уряду. Аналогічний законодавчий підхід було застосовано до закріплення положення про зворотню дію закону, який скасовував або пом'якшував відповідальність¹⁴.

Лише в Кримінальному кодексі УРСР 1960 року було закріплено положення про чинність кримінального закону в часі та встановлено, що злочинність і караність діяння визначаються законом, який діяв під час вчинення цього діяння. Закон, що усуває караність діяння або пом'якшує покарання, має зворотну силу, тобто поширюється з моменту набрання ним чинності також на діяння, вчинені до його видання. Закон, що встановлює караність діяння або посилює покарання, зворотної сили не має.

Згодом правила чинності закону в часі набули значення конституційних норм внаслідок їх закріплення у статті 58 Конституції України, яка проголошує, що закони та інші нормативно-правові акти не мають зворотної дії в часі, крім випадків, коли вони пом'якшують або скасовують відповідальність особи. Частина друга цієї ж статті стосується, зокрема, і питання кримінальної відповідальності, оскільки ця норма встановлює правило, відповідно до якого ніхто не може відповідати за діяння, які на час їх вчинення не визнавалися законом як правопорушення. Як зазначив Конституційний Суд України у рішенні від 13 травня 1997 року «Про офіційне тлумачення статей 58, 78, 79, 81 Конституції України та статей 243-21, 243-22, 243-25 Цивільного процесуального кодексу України (у справі щодо несумісності депутатського мандата)» закріплення названого принципу (закони та інші нормативно-правові акти не мають зворотної дії у часі) на конституційному рівні є гарантією стабільності суспільних відносин, у тому числі відносин між державою і громадянами, породжуючи у громадян впевненість у тому, що їхнє існуюче становище не буде погіршене прийняттям більш пізнього закону чи іншого нормативно-правового акта.

У свою чергу, подальшим проявом розвитку положень про правила зворотної дії закону в часі було прийняття Кримінального кодексу України 2001 року, який у статті 5 закріпив положення ретроактивної дії закону про кримінальну відповідальність, які були доповнені та вдосконалені Законом України «Про внесення змін до Кримінального та Кримінально-процесуального кодексів України щодо гуманізації кримінальної відповідальності» від 15 квітня 2008 року. Чинна редакція статті 5 поряд із закріпленням норми про зворотню дію закону, який пом'якшує кримінальну відповідальність та іншим чином поліпшує становище особи, містить положення про дію закону про кримінальну відповідальність, який частково пом'якшує, а частково посилює відповідальність, а також про дію такого закону за умови його килькаразової зміни.

За результатами проведеного дослідження можна дійти висновку про те, що заборона ретроспективної кримінальної відповідальності розвивалась еволюційним шляхом поряд із розвитком засади законності у юридичній практиці та кримінальному праві.

Генезу можна умовно поділити на такі періоди:

– початковий, римський період (коли практика римських юристів стала основою для законодавчого закріплення положень про те, що закон діє на майбутній час);

– період розмежування самостійних гілок державної влади (який дозволив застосування специфічного змісту законодавчої заборони ретроспективної відповідальності до конкретних правовідносин, зокрема у кримінальному праві);

– період формування аутентичних підходів до застосування принципу законодавчої заборони ретроспективної кримінальної відповідальності (із формуванням державних механізмів кожної держави (зокрема, Російської імперії), застосування принципу законодавчої заборони ретроспективної кримінальної відповідальності відображає їх особливості. Про це свідчать відмінності в законодавстві Німеччини, Франції, Російської імперії.

¹ Швеков Г. В. Преемственность в праве. – М., 1983. – С. 26.

² Абрамович Р. М. Еволюція та співвідношення принципів «Nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege» та «Ex post facto law» // Наукові записки НаУКМА. – 2012. – Т. 129. – С. 60.

³ Трикоз Е. Н. Основные принципы уголовного права Древнего Рима. 2. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://web-local.rudn.ru> – Назва з екрану.

⁴ Таганцев Н. С. Русское уголовное право: Лекции. Общая часть. – Т. 1. – М., 1994. – С. 123.

⁵ Монтескье Шарль Луи. Избранные произведения / Ред. И. Щербина. – М.: Государственное издательство политической литературы, 1955. – 799 с.

⁶ James Popple. The Right to Protection from Retroactive Criminal Law // Criminal Law Journal. – 1989. – Vol. 13. – № 4. – P. 252–262.

⁷ Фельдштейн Г. С. Главные течения в истории науки уголовного права в России. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.pravoznavec.com.ua/books/193/15564/28/#chapter> – Назва з екрану.

⁸ Фейербах П. А. Уголовное право. – С.-Петербург: Медицинская типография, 1810. – С. 32. – Система ГАРАНТ: <http://base.garant.ru/6703019/#ixzz3Qmlt1z1Q>

⁹ Austria penal codes – [Електронний ресурс]. – Режим доступу до документу : <http://www.country-data.com/cgi-bin/query/r-924.html> – Назва з екрану.

¹⁰ Каролина – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.vostlit.info/Texts/Dokumenty/Germany/XVI/1520-1540/Karolina/text.phtml?id=5935> – Назва з екрану.

¹¹ Мала енциклопедія кримінального права / За заг. ред. проф. Ю. Л. Бошицького; доц. З. А. Тростюк; Київський університет права НАН України. – К.: Кондор-Видавництво, 2012. – С. 220.

¹² Уголовное уложение 22 марта 1903 г. с мотивами, извлеченными из объяснительной записки редакционной комиссии, представленной Мин. юстиции в Государственный совет и журналов – особого совещания, особого присутствия департаментов и общего собрания Государственного совета. – Санкт-Петербург, 1904. – С. 27–28.

¹³ Познишев С. В. Основния начала науки уголовного права. Вып. 1. – М.: Университетская типография, 1907. – С. 78.

¹⁴ Блум М. И., Тилле А. А. Обратная сила закона. – М.: Юридическая литература, 1969. – С. 45.

Резюме

Бабанли Р. Ш. Развитие положений про заборону зворотної дії кримінального закону в часі.

У статті розглядається генеза положень, які визначають недопустимість караності діянь, що на момент їх вчинення не належали до злочинних. Доведено, що розвиток аналізованого положення напряму залежить від нормативно-правового закріплення основних засад принципу законності у кримінальному праві. Зроблено висновок про те, що заборона ретроспективної відповідальності завдячує своїй появі кримінально-правовій доктрині. Також доведено, що формування національної історії розвитку цієї заборони як на територіях, підконтрольних Австро-Угорщині, так і на територіях Російської імперії, було здійснено на підставі імплементації тогочасної європейської кримінально-правової доктрини.

Ключові слова: принципи кримінального права, принцип законності, дія закону в часі, заборона зворотної дії закону в часі, злочин.

Резюме

Бабанлы Р. Ш. Развитие положений о запрете обратного действия уголовного закона во времени.

В статье рассматривается генезис положений, устанавливающих недопустимость наказуемости деяний, которые на момент их совершения не относились к преступным. Доказано, что развитие рассматриваемого положения напрямую зависит от нормативно-правового закрепления основных элементов принципа законности в уголовном праве. Сделан вывод о том, что запрет ретроспективной ответственности обязан своему появлению уголовно-правовой доктрине. Также доказано, что формирование национальной истории развития этого запрета как на территориях, подконтрольных Австро-Венгрии, так и на территориях Российской империи, было осуществлено на основании имплементации тогдашней европейской уголовно-правовой доктрины.

Ключевые слова: принципы уголовного права, принцип законности, действие закона во времени, запрет обратной силы закона во времени, преступление.

Summary

Babanly R. Development of retroactive criminal law prohibition.

The article discusses the genesis of the provisions establishing the inadmissibility of the offense, which at the moment of its' commitment did not belong to the criminal. It is proved that the development of the provision depends on the regulatory consolidation of elements fundamental principle of legality in criminal law. It is concluded that the prohibition of retrospective liability originated as the criminal law doctrine. It is also proved that the formation of the national history of the ban on the territory controlled by the Austro-Hungarian Empire and the Russian Empire was carried out on the basis implementation of European criminal law doctrine.

Key words: principles of criminal law, the principle of legality, the law in time, the ban retroactive law in time, the crime.

УДК 343.121.4 (447)

Б. Л. ВАЩУК

Богданна Леонідівна Ващук, кандидат юридичних наук, доцент Київського університету права НАН України

ОБОВ'ЯЗКОВА УЧАСТЬ ЗАХИСНИКА У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

Новий Кримінальний процесуальний кодекс України (далі – КПК України) суттєво реформував систему кримінального судочинства. Реорганізовано низку правових інститутів, запроваджено нових суб'єктів кримінально-процесуальної діяльності, суттєво змінено правове становище існуючих. Ліквідовано деякі процесуальні норми, наслідком чого стала докорінна зміна окремих стадій кримінального судочинства, а також його концепції в цілому. Деякі із внесених змін, як свідчить практика, виявилися дієвими та уже зараз сприяють ефективному захисту прав особи у кримінальному процесі. Інші ще потребують вдосконалення відповідно до потреб сьогодення.

У кримінальному судочинстві бере участь багато суб'єктів, які вступають між собою у правовідносини, в межах яких вони реалізують процесуальні права, відстоюють правові позиції, виконують обов'язки. Кожна людина, яка потрапляє в сферу судочинства, у тому числі кримінального, прагне ефективно захистити свої інтереси. Кримінальний процес, який визначає структуру кримінально-процесуальної діяльності, побудований на засадах захисту прав його учасників, зокрема захисту прав такої центральної фігури, як підозрюваний, обвинувачений, засуджений, виправданий¹. Нормативна модель кримінального судочинства передбачає створення дієвих правових механізмів, здатних убезпечити особу від незаконних репресій, безпідставного втручання в її особисте життя, застосування щодо неї заходів кримінально-процесуального примусу². Відповідно до Основного Закону держави кожен має право на правову допомогу. У випадках, передбачених законом, ця допомога надається безоплатно. Кожен є вільний у виборі захисника своїх прав. Для забезпечення права на захист від обвинувачення та надання правової допомоги при вирішенні справ у судах

та інших державних органах в Україні діє адвокатура. Підозрюваний, обвинувачений чи підсудний має право на захист (ст. ст. 59, 63 Конституції України).

Принцип забезпечення підозрюваному, обвинуваченому права на захист, який закріплено у Конституції України, є фундаментальним для кримінального процесу. Одним із найбільш дієвих та ефективних механізмів його реалізації в рамках кримінального провадження, а отже, і захисту прав цього учасника процесу, поряд із можливістю здійснювати свій захист особисто, є право підозрюваного, обвинуваченого мати захисника. У випадках, передбачених законом, участь захисника є обов'язковою.

Перебудова кримінально-процесуального законодавства, яка відбувається в Україні протягом останніх років, фактично починаючи з так званої «Малої судової реформи» (2001 р.), істотно змінила інститут захисту, у тому числі змін зазнало процесуальне становище захисника у кримінальному провадженні, процедура його залучення до процесу, розширені підстави для самовідводу тощо.

Інститут захисту та захисник як суб'єкт кримінально-процесуальної діяльності здавна були предметом дослідження в працях багатьох юристів. Проблеми визначення кола осіб, які можуть бути захисниками у кримінальному провадженні та його правового статусу розглядалися в роботах таких науковців, як В. І. Бояров, Ю. М. Грошевий, В. І. Галаган, Ю. О. Гурджі, В. С. Зеленецький, Я. П. Зейкан, О. М. Ларін, В. Т. Маляренко, П. Д. Письменний, В. О. Попелюшко, М. С. Строгович, Л. Д. Удалова, М. Є. Шумило та ін. Незважаючи на те, що після прийняття та введення в дію нового КПК України юристами-практиками і теоретиками проводилися відповідні дослідження, однак до сьогодні залишається без достатнього обговорення низка проблем, пов'язаних із діяльністю захисника у кримінальному провадженні. Зокрема, не одержало належної уваги питання обов'язкової участі захисника у кримінальному процесі.

На сучасному етапі розвитку Української держави і тих докорінних змін, що відбуваються у нашому суспільстві, виникає необхідність обговорення, виявлення недоліків законодавства, правозастосування та внесення на підставі цього пропозицій щодо вдосконалення КПК України у сфері законодавчої регламентації обов'язкової участі захисника у кримінальному процесі. Значимість такого дослідження підвищується ще й тому, що останнім часом до КПК України були внесені зміни, внаслідок яких запроваджено низку нових правових інститутів та передбачено випадки обов'язкової участі захисника, які досі не були відомі українському кримінально-процесуальному законодавству. Тому в цій статті розглянемо питання, пов'язані з обов'язковою участю захисника у кримінальному провадженні, та перспективи вдосконалення відповідних норм.

Чинний Кримінальний процесуальний закон України, подібно до КПК України 1960 р. (ст. 45)³, передбачає випадки обов'язкової участі захисника у кримінальному процесі, а також чітко визначає початковий момент, з якого в кожному з них захисник повинен бути залучений до провадження. Перелічені в ст. 52 КПК України випадки обов'язкової участі захисника за своїм змістом фактично є аналогічними до тих, що передбачали обов'язкову участь захисника у КПК України 1960 року.

Варто звернути увагу, що в новому КПК України, порівняно з КПК України 1960 р., розширено перелік підстав, відповідно до яких участь захисника у кримінальному судочинстві є обов'язковою. Так, КПК України 1960 р. визначав обов'язкову участь захисника лише у разі, коли санкція статті, за якою кваліфікується злочин, передбачає можливість призначення покарання у вигляді довічного позбавлення волі⁴. Натомість чинний КПК України передбачає обов'язкову участь захисника у кримінальному провадженні щодо особливо тяжких злочинів – з моменту набуття особою статусу підозрюваного (ч. 1 ст. 52 КПК України). Також новелою для кримінального судочинства стала обов'язкова участь захисника щодо реабілітації померлої особи – з моменту виникнення права на реабілітацію (п. 6 ч. 2 ст. 52 КПК України). Схожої норми досі не існувало у кримінальному процесуальному законодавстві.

Водночас варто констатувати, що у ст. 52 КПК України перелічені не усі випадки обов'язкової участі захисника у кримінальному провадженні. На підставі аналізу змісту Кримінального процесуального закону України можна зробити висновок, що в кримінальному процесі має місце ще принаймні декілька ситуацій, в яких участь захисника є обов'язковою, однак законодавець безпідставно про них не згадує у ст. 52 КПК України.

Так, відповідно до ч. 1 ст. 330 КПК України, якщо обвинувачений за повторне порушення порядку судового засідання видалений за ухвалою суду із зали судового засідання тимчасово або на весь час судового розгляду і якщо такий обвинувачений не представлений захисником, то суд зобов'язаний залучити захисника для здійснення захисту за призначенням і відкласти судовий розгляд на строк, необхідний для підготовки до захисту. Тобто, як видно з наведеної норми, судовий розгляд (чи його частина) в жодному разі не може відбутися без представника сторони захисту. І якщо обвинувачений видалений із зали судового засідання, то участь захисника на час його видалення є обов'язковою. Варто наголосити, що схожої норми в КПК України 1960 р. не існувало, а тому, у випадку видалення обвинуваченого із зали судового засідання за порушення порядку, якщо такий обвинувачений не мав у судовому засіданні захисника, судові засідання фактично відбувалися без представника сторони захисту.

З огляду на це відповідну новелу слід віднести до позитивів нового КПК України. Вона покликана сприяти ефективному захисту прав обвинуваченого під час судового розгляду, у тому числі права на захист, а також реалізації принципу змагальності у судовому розгляді. За своєю внутрішньою суттю та, фактично, й кінцевою метою, забезпечення права на захист безпосередньо пов'язане із реалізацією засади змагальності (ст. 22 КПК України), що передбачає самостійне обстоювання стороною обвинувачення і стороною захисту їхніх правових позицій, прав, свобод і законних інтересів засобами, передбаченими КПК України, зважаючи

на положення рівності прав на збирання та подання до суду речей, документів, інших доказів, клопотань, скарг, а також на реалізацію інших процесуальних прав⁵. Принцип змагальності передбачає обов'язкову участь двох протилежних сторін. Тому без наявності сторін, які «ведуть між собою спір» та незалежного «арбітра» в особі суду, який цей «спір» вирішує, не можна говорити про змагальність як принцип кримінального судочинства, а отже, і про наявність змагальності під час судового провадження.

7 жовтня 2014 р. Законом України «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо невідворотності покарання за окремі злочини проти основ національної безпеки, громадської безпеки та корупційні злочини»⁶ КПК України було доповнено нормами, які визначають особливості спеціального досудового розслідування та судового провадження щодо кримінальних правопорушень стосовно підозрюваного, обвинуваченого, крім неповнолітнього, який переховується від органів слідства та суду з метою ухилення від кримінальної відповідальності та оголошений у міждержавний та/або міжнародний розшук. Так, відповідно до ч. 1, 2 ст. 297-3 КПК України, клопотання про здійснення спеціального досудового розслідування розглядається слідчим суддею не пізніше десяти днів з дня його надходження до суду за участі особи, яка подала клопотання, та захисника. Якщо підозрюваний самостійно не залучив захисника, слідчий суддя зобов'язаний вжити необхідних заходів для залучення захисника⁷. Тобто, законодавець прямо вказує, що участь захисника під час розгляду такого клопотання є обов'язковою. Ця позиція правотворця видається цілком слушною, оскільки повною мірою відповідає засадам кримінального судочинства, що передбачені у Конституції України, у тому числі сприяє ефективності забезпечення права на захист, а також реалізації засади змагальності під час усього кримінального провадження.

На відміну від прямої вказівки закону про обов'язкову участь захисника під час розгляду слідчим суддею клопотання про здійснення спеціального досудового розслідування, законодавець в тексті Глави 24-1 КПК України «Особливості спеціального досудового розслідування кримінальних правопорушень» безпосередньо не визначає, що участь захисника під час усього спеціального досудового розслідування також є обов'язковою. Однак такий висновок можна зробити на підставі комплексного аналізу змісту норм цієї глави. Так, відповідно до ч. 2 ст. 297-5 КПК України під час здійснення спеціального досудового розслідування копії процесуальних документів, що підлягають врученню підозрюваному, надсилаються захиснику. Таких документів під час досудового розслідування є доволі багато, один із найважливіших з них – обвинувальний акт. Іншого учасника процесу, якому б можна було вручити відповідні документи, законодавець не передбачає. Таким чином, фактично визначає, що у кожному випадку здійснення спеціального досудового розслідування участь захисника є обов'язковою. Окрім того, участь захисника, як представника сторони захисту, в таких ситуаціях (тобто, при безпосередній відсутності підозрюваного під час проведення досудового розслідування) слугуватиме неодмінною запорукою реалізації справжньої, а не лише декларативної змагальності у кримінальному процесі на цій стадії кримінального судочинства. За відсутності ж захисника сторона захисту під час спеціального досудового розслідування ніким не буде представлена. А це входить у розріз з демократичними стандартами, оскільки за таких умов підозрюваний буде позбавлений можливості ефективно захистити свої права. Відсутність представника сторони захисту хоча б під час частини спеціального досудового розслідування суперечить суті принципу змагальності, на основі якого законодавець прагне побудувати українське кримінальне судочинство (ст. 22 КПК України). За своїм змістом справжня змагальність неможлива без двох сторін з протилежними інтересами. Очевидно, з огляду на це, одночасно із доповненнями КПК України главою 24-1, було також доповнено норму його Загальної частини (ч. 2 ст. 52) положенням про те, що участь захисника є обов'язковою щодо осіб, стосовно яких здійснюється спеціальне досудове розслідування або спеціальне судове провадження, – з моменту прийняття відповідного процесуального рішення (п. 8 ч. 2 ст. 52 КПК України).

Відповідно до ч. 3 ст. 323 КПК України питання про здійснення спеціального судового провадження вирішує своєю ухвалою суд на підставі клопотання прокурора. Участь захисника у спеціальному судовому провадженні є обов'язковою. Як видно з наведеної норми, законодавець прямо не передбачає обов'язкову участь захисника під час розгляду клопотання про здійснення спеціального судового провадження. Проте таку норму доцільно було б передбачити. Необхідність обов'язкової участі захисника у цій ситуації є очевидною. Задоволення чи незадоволення відповідного клопотання прокурора є інтересом обвинуваченого. Оскільки під час такого розгляду він відсутній, то без участі захисника сторона захисту ніким не буде представлена. Відсутність представників однієї зі сторін (в даному випадку – сторони захисту) під час розгляду клопотання про здійснення спеціального судового провадження порушуватиме низку засад кримінального процесу, зокрема, забезпечення права на захист, змагальність тощо. Окрім того, на обов'язкову участь захисника законодавець прямо вказує у схожій ситуації – під час розгляду слідчим суддею клопотання про здійснення спеціального досудового розслідування (ч. 1, 2 ст. 297-3 КПК України). Ця норма обумовлена існуванням принципу змагальності кримінального судочинства, пріоритетом захисту прав особи у кримінальному провадженні та забезпеченням підозрюваному, обвинуваченому права на захист. З огляду на це, не логічно передбачити обов'язкову участь захисника під час розгляду клопотання про здійснення спеціального досудового розслідування, дотримуючись усіх приписів законотворчої техніки та принципів кримінального процесу, та не передбачити її під час розгляду клопотання про здійснення спеціального судового провадження. І в першому, і в другому випадку рішення, прийняте суддею за результатами розгляду відповідного клопотання, – інтерес кожної зі сторін. Саме тому для об'єктивного та неупередженого його вирішення необхідна участь представників обох сторін.

Більше того, подання прокурором та розгляд судом клопотання про здійснення спеціального судового провадження зовсім не означає, що в цьому провадженні мало місце спеціальне досудове розслідування, а тому у ньому обов'язково бере участь захисник. Не виключені ситуації, коли проводилося звичайне досудове розслідування і захисник не був залучений до провадження, а потім, після завершення досудового розслідування, виникла необхідність у проведенні спеціального судового розгляду і прокурор звернувся про це з відповідним клопотанням до суду. Також можливі випадки, коли здійснювалося спеціальне досудове розслідування, у якому брав участь захисник, але після його завершення він, в силу певних обставин (наприклад, внаслідок самовідводу), уже не бере участь у провадженні. З огляду на викладене, в законі слід чітко передбачити обов'язкову участь захисника під час розгляду клопотання про здійснення спеціального судового провадження та необхідність залучення захисника судом у разі його відсутності.

Отже, як впливає зі змісту аналізованих норм, внаслідок доповнень до КПК України, які відбулися останнім часом, участь захисника є обов'язковою не лише у випадках, які перелічені у ст. 52 КПК України, але також і в інших ситуаціях, про що можна зробити висновок на підставі комплексного аналізу норм Кримінального процесуального закону України, зокрема, щодо обвинуваченого, який за порушення порядку судового засідання видалений за ухвалою суду з зали судового засідання тимчасово або на весь час судового розгляду, якщо такий обвинувачений не представлений захисником, під час розгляду слідчим суддею клопотання про здійснення спеціального досудового розслідування, під час вирішення суддею клопотання про здійснення спеціального судового провадження.

Норма КПК України (ст. 52), яка перелічує випадки обов'язкової участі захисника у кримінальному провадженні, є загальною. Саме тому, відповідно до техніки конструювання правових норм, у ній повинні бути передбачені усі, без винятку, ситуації, в яких участь захисника у кримінальному процесі є обов'язковою, а не лише деякі з них.

Тож пропонуємо доповнити ч. 2 ст. 52 КПК України такими положеннями: «9) щодо обвинуваченого, який за порушення порядку судового засідання видалений за ухвалою суду з зали судового засідання тимчасово або на весь час судового розгляду, якщо такий обвинувачений не представлений захисником, – з моменту оголошення ухвали про видалення обвинуваченого із зали судового засідання; 10) щодо підозрюваного, стосовно якого розглядається клопотання про здійснення спеціального досудового розслідування, – з моменту розгляду клопотання про здійснення спеціального досудового розслідування; 11) щодо обвинуваченого, стосовно якого розглядається питання про здійснення спеціального судового провадження, – з моменту розгляду клопотання про здійснення спеціального судового провадження».

¹ Кримінальний процес : підруч. / за ред. Ю. М. Грошевого, О. В. Капліної. – Х. : Право, 2010. – С. 71.

² Шнягін О. Г. Реалізація функції захисту в кримінальному процесі України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 «Кримінальний процес та криминологія; судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність» / О. Г. Шнягін. – К., 2010. – С. 6.

³ Кримінально-процесуальний кодекс України : Закон, кодекс від 28 грудня 1960 р. № 1001-05 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1001-05/page3>

⁴ Там само.

⁵ Алієв Г. З. Окремі аспекти залучення захисника у кримінальне провадження за новим кримінальним процесуальним законодавством України / Г. З. Алієв, О. О. Самодіна, А. В. Самодін // Юридична наука. – 2013. – № 3. – С. 93.

⁶ Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо невідворотності покарання за окремі злочини проти основ національної безпеки, громадської безпеки та корупційні злочини : Закон України від 7 жовтня 2014 р. № 1689-VII : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1689-18/paran27#n27>

⁷ Там само.

Резюме

Ващук Б. Л. Обов'язкова участь захисника у кримінальному провадженні.

У статті здійснено комплексний аналіз законодавства та наукових праць в сфері обов'язкової участі захисника у кримінальному процесі. На підставі цього автор звертає увагу на недосконалість певних норм кримінального процесуального законодавства, які регламентують обов'язкову участь захисника, та формулює пропозиції щодо їх вдосконалення.

Ключові слова: захисник, право на захист, підозрюваний, обвинувачений, спеціальне досудове розслідування, спеціальне судове провадження.

Резюме

Ващук Б. Л. Обязательное участие защитника в уголовном производстве.

В статье осуществлен комплексный анализ законодательства и научных трудов в сфере обязательного участия защитника в уголовном процессе. На основании этого автор обращает внимание на несовершенство некоторых норм уголовного процессуального законодательства, регламентирующих обязательное участие защитника, и формулирует предложения по их совершенствованию.

Ключевые слова: защитник, право на защиту, подозреваемый, обвиняемый, специальное досудебное расследование, специальное судебное производство.

Summary

Vashchuk B. Mandatory defense counsel in criminal proceedings.

The article is a comprehensive analysis of legislation and scientific works in the field of compulsory participation of defense counsel in criminal proceedings. On this basis, the author draws attention to the imperfection of certain rules of criminal procedure law governing mandatory participation of defense counsel, and formulates proposals for their improvement.

Key words: defense counsel, the right to protection, suspected person, accused person, special pre-trial investigation, and special proceedings.

УДК 343.827

Н. В. КОЛОМІЄЦЬ

Наталія Володимирівна Коломієць, кандидат юридичних наук, доцент Навчально-наукового інституту права і соціальних технологій Чернігівського національного технологічного університету

УДОСКОНАЛЕННЯ ЗАКОНОДАВСТВА ПРО ЗАМІНУ НЕВІДБУТОЇ ЧАСТИНИ ПОКАРАННЯ БІЛЬШ М'ЯКИМ ТА ПРАКТИКИ ЇЇ ЗАСТОСУВАННЯ (ЧАСТИНА 1)

Заміна невідбутої частини покарання більш м'яким – складний багатоцільовий інститут. Його наявність покликана стимулювати процес виправлення засуджених у місцях позбавлення волі, забезпечити закріплення й розвиток результатів їх виправлення при відбуванні більш м'якого покарання, призначеного у порядку заміни. В кінцевому результаті заміна покликана сприяти превентивним цілям покарання.

Метою даної статті є спроба визначення основних напрямів удосконалення законодавства про заміну невідбутої частини покарання більш м'яким та практики її застосування. Враховуючи значний обсяг матеріалу, стаття складатиметься з двох частин.

Питання кримінально-виконавчого права були і є у полі зору як вітчизняних, так і зарубіжних вчених, таких як: В. А. Бадира, І. Г. Богатирьов, О. І. Богатирьова, В. О. Глушков, О. М. Джужа, Т. А. Денисова, О. Г. Колб, В. О. Корчинський, О. В. Лисодед, Р. М. Підвисоцький, В. М. Романов, А. Х. Степанюк, В. М. Трубников, С. Я. Фаренюк, С. В. Царюк, Ю. В. Шинкарьов, І. С. Яковець та ін. Проте питання удосконалення заміни невідбутої частини покарання більш м'яким залишаються поза увагою вчених.

Одна із найближчих цілей застосування заміни невідбутої частини покарання більш м'яким є стимулювання процесу виправлення і заохочення засудженого, який став на шлях виправлення. Менш наближеними цілями даного правового інституту є: забезпечення закріплення й розвитку результатів виправлення засуджених після звільнення; запобігання вчиненню ними нових злочинів як в період відбування більш м'якого покарання, так і після його відбуття. Практичні працівники органів і установ виконання покарань виділяють ще одну мету вказаного правового інституту – це механізм розвантаження місць позбавлення волі. Такої думки дотримується 28 (13,9 %) опитаних нами осіб. При цьому 8 (3,9 %) не готові дати відповідь.

Одним із напрямів досягнення цілей заміни є удосконалення законодавства про заміну невідбутої частини покарання більш м'яким.

Аналіз рішень судів свідчить про певну недосконалість та наявність у нормативному регулюванні й практиці застосування до засуджених передбачених законом заохочувальних норм непоодиноких прогалин та відсутності одноманітності у вирішенні вказаних питань¹.

Однією із гострих проблем застосування заміни невідбутої частини покарання більш м'яким на сьогоднішній день є питання про те, яке покарання може бути застосоване на заміну попередньому. Спробуємо проаналізувати його.

Багато авторів вважає, що на заміну невідбутої частини покарання більш м'яким може бути застосоване будь-яке із покарань, що йде за ним за тяжкістю покарань². Автори науково-практичного коментарю кримінального кодексу України М. І. Мельник та М. І. Хавронюк зазначають, що закон не забороняє заміну невідбутої частини покарання на будь-яке покарання, яке є більш м'яким. Тому позбавлення волі може бути замінене засудженому не тільки на обмеження волі, а, наприклад, на арешт або виправні роботи, тощо. Так само й обмеження волі може бути замінене не тільки на арешт³. Такої думки дотримувались і автори коментарю Кримінального кодексу Латвійської РСР, вважаючи, що заміна можлива будь-яким покаранням, за винятком випадків, коли заміна призначеного судом покарання іншим заборонена кримінальним законом. Так, наприклад, позбавлення волі можна замінити будь-яким покаранням, окрім штрафу, оскільки ч. 5 ст. 29 Кримінального кодексу не допускає заміну позбавлення волі штрафом⁴. І. Д. Перлов також був прибічником

ідеї, відповідно до якої суд має право обрати будь-який вид покарання, окрім штрафу⁵. Як зазначає А. В. Жуков, відсутність чітких законодавчих формулювань щодо вибору покарання стимулювало вчених до дискусії у всі часи⁶.

Ю. М. Ткачевський переконаний, що незважаючи на відсутність прямої законодавчої заборони застосувати будь-яке м'яке покарання не варто, така заміна може бути недоцільна й неможлива. Його міркування зводяться до наступного. Система, або, як інколи називають, «сходи» покарань дають змогу у загальних рисах визначати принципи здійснення заміни одного покарання іншим. Якщо здійснюється заміна одного покарання більш м'яким, нове покарання повинно бути розміщене нижче у системі покарань і навпаки – при заміні покарання більш тяжким покарання, призначене у порядку заміни, повинно розміщатись в системі вище⁷. На його думку, позбавлення волі (з урахуванням наведених винятків) може бути замінене будь-яким покаранням. Послідовність такої заміни не обов'язкова, тому позбавлення волі одразу може бути замінене на виправні роботи⁸.

Одним із обмежень при заміні може бути лише вид покарання у контексті строковості, адже на засудженого протягом цього часу необхідно здійснювати виправний та виховний вплив для закріплення успіху, досягнутого у процесі відбування покарання, призначеного за вироком суду⁹.

Проте, як видається, ці твердження не є правильними, оскільки все викладене суперечить КК України. Передбачені у ст. 51 КК України види покарань являють собою їх систему і, отже, знаходяться у певному співвідношенні, взаємозв'язку і взаємодії один з одним. Тому всі види покарання розташовані в ст. 51 КК України у суворо визначеному порядку і перелічені в послідовності від менш суворого до більш суворого.

У науковій літературі вносились пропозиції про поетапне застосування різних видів дострокового звільнення: після відбуття певної частини призначеного покарання – переведення на будівництво народного господарства у порядку умовного звільнення, а вже потім – умовно-дострокове звільнення¹⁰.

Цікавою видається позиція авторів теоретичної моделі кримінального кодексу. Вони досить змістовно розписали, що чим замінюється. Наприклад, позбавлення волі – направленням у колонію поселення, колонія поселення – обмеженням волі, обмеження волі – виправними роботами і т.д.¹¹. На жаль, законодавець відійшов від такої суворої регламентації. У свою чергу, це не усунуло такого явища, як зловживання судовим розсудом, що досить часто негативно впливає на застосування заміни невідбутої частини покарання більш м'яким.

Слід зазначити, що ідея про встановлення диференційованих меж пом'якшення покарання не нова для вітчизняного законодавства. Так, в одному із проектів КК, підготовленому робочою групою Кабінету Міністрів України в 1994 р., у ч. 2 ст. 69 КК України передбачалося, що суд, замість позбавлення волі, вправі призначити обмеження волі або арешт, замість обмеження волі – арешт або виправні роботи, замість арешту – виправні роботи, замість виправних робіт – штраф або обов'язок відшкодувати заподіяну шкоду¹².

На нашу думку, таке положення проекту може цілком сприйматись і щодо ст. 82 КК України. Порівняльна суворість (строгість) покарання є саме тим критерієм, який покладено в основу побудови законодавчого переліку покарань. Тому цей перелік являє собою своєрідну «сходинку покарань», у якій кожному окремому виду покарання відведено певний щабель, який відповідає ступеню його суворості. На верхньому щаблі цих сходів знаходиться найменш суворий вид покарання (штраф), а на нижньому – найбільш суворий (довічне позбавлення волі). Суд, визначаючи більш м'яке основне покарання, керується переліком видів покарань з урахуванням їх розташування в системі покарань, зазначених в ст. 51 КК України, визначаючи одне із більш м'яких його видів. Отже, при заміні покарання більш м'яким суд може застосувати покарання лише на один щабель вище. У результаті, позбавлення волі може бути замінене виключно – обмеженням волі, а обмеження волі – лише виправними роботами. При цьому не слід забувати, що навіть у тому разі, коли засуджені утримуються на дільницях соціальної реабілітації або в колоніях мінімального рівня безпеки, вони все одно відбувають покарання у виді позбавлення волі.

Вбачається, що це можна здійснити, наприклад, за рахунок чіткої формалізації правил переходу від одного виду покарання до іншого. Так, можна скористатись зарубіжним досвідом і піти шляхом визначення: а) видів покарання, до яких може перейти суд при пом'якшенні покарання (наприклад, як це зроблено в КК Франції¹³, КК Японії¹⁴); або б) не тільки видів покарання, а й їхніх меж, у рамках яких суд може призначити більш м'яке покарання (за прикладом КК Польщі¹⁵, КК Болгарії¹⁶).

Закон, надає суду право переходити до іншого, більш м'якого виду основного покарання, в той же час не встановивши яких-небудь вимог, критеріїв до такого переходу, за винятком настанови, що призначене таким способом покарання повинне бути більш м'яким, ніж попереднє покарання. Вважаємо, що таким формулюванням зазначеного способу пом'якшення покарання законодавець тим самим надав суду надмірно широкі повноваження в питанні індивідуалізації покарання. Однак існування такого широкого простору в сфері судового розсуду навряд чи можна визнати виправданим.

Прикладом зловживання судовим розсудом може бути постановою Галицького районного суду Івано-Франківської області від 11 травня 2007 р. під головуванням судді І. І. Мельника у справі № 5-122/2007. У відкритому судовому засіданні було розглянуто подання начальника Галицького ВЦ № 128 про заміну невідбутої частини покарання більш м'яким засудженій Н., 1961 року народження, уродженки с. Кошаринці Бершадського району Вінницької області та жительки с. Висока Піч Житомирського району Житомирської області, українки, громадянки України, освіта середня, раніше не судимої. У ході судового засідання встановлено, що Адміністрація ВЦ № 128 разом із спостережною комісією Галицької РДА звернулась в суд

із поданням і просить замінити невідбуту частину покарання засудженій Н. на більш м'яке, так як вона своєю зразковою поведінкою і сумлінним ставленням до праці *довела своє виправлення* (курсив мій. – К.Н.).

На підставі викладеного та ст. 82 КК України, керуючись ст. 407 КПК України (1960 р.) суд постановив: подання задовольнити, невідбуту частину покарання засудженій Н. у вигляді позбавлення волі замінити на 200 годин громадських робіт¹⁷. На якій підставі суд перейшов від позбавлення волі до громадських робіт, сказати важко. І такі судові рішення нашою практикою наводять на неоднозначні думки про зловживання судовим розсудом.

Аналогічне рішення суддею І. І. Мельник було прийняте у справі № 5-123/2007 щодо подання начальника Галицького ВЦ №128 про заміну невідбутої частини покарання більш м'яким засудженій М., прийнявши рішення про заміну невідбутої частини покарання у виді обмеження волі на 240 годин громадських робіт¹⁸.

Такі рішення непоодинокі, загалом автор у ході дослідження нарахувала понад 100 подібних рішень, коли позбавлення волі одразу замінювалось або виправними, або громадськими роботами.

У ході дослідження нас цікавила думка практичних працівників щодо цього питання. У результаті анкетування отримано такі результати: 82 (40,6 %) опитаних осіб вважають, що позбавлення волі можна замінити обмеженням волі; 44 (21,9 %) – арештом; 36 (17,8 %) – виправними роботами; 40 (19,8 %) – громадськими. Отже, думка практичних працівників розділилась, хоча й відчувається перевага нашої позиції, відповідно до якої покарання має замінюватись східчасто тобто поступово.

У зв'язку з цим з метою забезпечення уніфікації правозастосовної практики, попередження випадків призначення безпідставно м'якого покарання при застосуванні ст. 82 КК України доречно було б на законодавчому рівні обмежити судовий розсуд у питанні вибору іншого, більш м'якого виду основного покарання.

Слід погодитись, що досить складно виробити які-небудь точно визначені, жорстко формалізовані критерії переходу до іншого, більш м'якого виду основного покарання. Однак відсутність у законі таких критеріїв позбавляє суд конкретних нормативно-правових орієнтирів при використанні розглянутого варіанта пом'якшення покарання, що призводить до різнобою в судовій практиці, коли в аналогічних правових ситуаціях застосовуються різні за ступенем суворості види покарань. Аналіз постанов про застосування ст. 82 КК України за регіонами показав наступні результати. Сумська область – покарання у виді позбавлення волі замінюють на обмеження волі. Івано-Франківська область – обмеження волі замінюють на громадські роботи. Миколаївська область – позбавлення волі змінюють на виправні роботи¹⁹. Донецька область – позбавлення волі замінюють на виправні роботи²⁰. Харківська область – позбавлення волі замінюють на виправні роботи²¹. У Полтавській та Київській областях позбавлення замінюють на обмеження волі²².

Уявляється, що більш раціональним є варіант удосконалення закону шляхом внесення до КК України вимоги, відповідно до якої суд розглядав би питання про заміну невідбутої частини покарання більш м'яким поетапно, східчасто. Для цього у законі треба визначити, що в таких випадках застосуванню підлягає найближчий за ступенем суворості вид основного покарання. І тільки якщо це основне покарання не може бути призначене у зв'язку з існуванням в КК України прямої заборони на його призначення до особи винного, суд послідовно розглядає можливість обрання інших видів покарання, перерахованих у ст. 51 КК України. При цьому кожний наступний вид використовується, якщо міра покарання не може бути призначена шляхом застосування попереднього виду основного покарання.

На нашу думку, нормативне закріплення такої вимоги допоможе запобігти надмірному пом'якшенню покарання насамперед за тяжкі й особливо тяжкі злочини. А також урегулює проблему неоднаковості застосування ст. 82 КК України судами України.

У зв'язку з викладеним пропонуємо до ст. 82 КК України внести зміни, доповнивши дану статтю ч. 5 наступного змісту: **«Більш м'яким покаранням вважається покарання, яке найближче за ступенем суворості від призначеного основного покарання. У разі прямої заборони на його призначення суд переходить до іншого покарання, перерахованого у ст. 51 цього Кодексу».**

«Частини 5 та 6 ст. 82 КК України у зв'язку зі змінами визнати частинами 6 та 7 відповідно».

¹ Опанасенков О. І. Проблеми застосування заміни невідбутої частини покарання більш м'яким покаранням у період виконання-відбування покарання / О. І. Опанасенков // Вісник Харківського нац. ун-ту внутрішніх справ : зб. наук. праць. – 2009. – № 3 (46). – С. 65–70.

² Кримінальне право України: Загальна частина : підруч. для студентів юрид. спец. вищ. закладів освіти / М. І. Бажанов, Ю. В. Баулін, В. І. Борисов та ін. ; за ред. професорів М. І. Бажанова, В. В. Сташиса, В. Я. Тація. – К. ; Х. : Юрінком Інтер-Право, 2001. – 416 с.

³ Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України. – 3-тє вид., переробл. та доповн. / за ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка. – К. : Атіка, 2005. – 1064 с.

⁴ Коментарій уголовного кодекса Латвійської ССР / М. И. Блум, Г. И. Бушуев, К. П. Витол и др. – Рига : Лиесма, 1967. – С. 138.

⁵ Перлов И. Д. Исполнение приговора в советском уголовном процессе : учеб. пособ. / И. Д. Перлов. – М. : Юрид. лит., 1963. – С. 162–165.

⁶ Жуков А. В. Замена наказания в уголовном праве России : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / А. В. Жуков. – Самара, 2002. – С. 67.

⁷ Ткачевский Ю. М. Замена неотбытой части наказания более мягким / Ю. М. Ткачевский // Правоведение. – Л. : Изд-во Ленингр. ун-та. – 1981. – № 3. – С. 89.

⁸ Там само. – С. 89.

⁹ *Багрий-Шахматов Л. В.* Теоретические проблемы классификации уголовных наказаний / Л. В. Багрий-Шахматов, В. И. Гуськов. – Воронеж : Изд-во Воронеж. ун-та, 1971. – С. 40.

¹⁰ *Гальперин И. М.* Использование наказания в борьбе с преступностью / И. М. Гальперин // Соц. законность. – 1974. – № 6. – С. 21.

¹¹ Уголовный закон. Опыт теоретического моделирования / Г. З. Анашкин, С. В. Бородин, И. М. Гальперин и др. ; отв. ред. : С. Г. Келина, В. Н. Кудрявцев. – М. : Наука, 1987. – С. 196.

¹² Проект Кримінального кодексу України підготовленого робочою групою Кабінету Міністрів України // Іменем Закону. – 1994. – № 50 (4821). – 16 грудня.

¹³ Уголовный кодекс Франции / пер. Н. Е. Крыловой. – СПб. : Юр. центр Пресс, 2002. – 650 с.

¹⁴ Уголовный кодекс Японии // Уголовное законодательство зарубежных стран (Англии, США, Франции, Германии, Японии) : сб. законодат. матер. / под ред. И. Д. Козочкина. – М. : Изд-во «Зерцало», 2001. – 352 с.

¹⁵ Уголовный кодекс Республики Польша / пер. Д. А. Барилевич. – Мн. : Тесей, 1998. – 128 с.

¹⁶ Уголовный кодекс Республики Болгария / пер. с болгарского ; науч. ред. : А. И. Лукашов (пер.), Д. В. Милушев (пер.); вступ. ст. : Й. И. Айдаров. – СПб. : Юрид. центр Пресс, 2001. – 298 с.

¹⁷ Постанова Галицького районного суду Івано-Франківської області від 11 травня 2007 р. (справа № 5-122/2007 р.).

¹⁸ Там само.

¹⁹ Постанова Вознесенського міськрайонного суду Миколаївської області від 20 листопада 2007 р. (справа № 5-216/2007 р.); Постанова Вознесенського міськрайонного суду Миколаївської області від 11 листопада 2008 р. (справа № 5-218/2008 р.).

²⁰ Постановление Калининского районного суда г. Горловка Донецкой области от 20 июля 2007 г. (5-599/2007 г.); Постановление Кировского городского суда Донецкой области от 26 февраля 2009 г. (5-86/09 г.).

²¹ Постанова Первомайського міськрайонного суду Харківської області від 28 лютого 2007 р. (5-77/2007 р.); Постанова Первомайського міськрайонного суду Харківської області від 24 квітня 2007 р. (5-198/2007 р.); Постанова Первомайського міськрайонного суду Харківської області від 12 квітня 2007 р. (5-142/2007 р.); Постанова Первомайського міськрайонного суду Харківської області від 28 лютого 2007 р. (5-78/2007 р.).

²² Постанова Бориспільського міськрайонного суду Київської області від 22 січня 2008 р. (5-11/2008 р.); Постанова Бориспільського міськрайонного суду Київської області від 22 січня 2008 р. (5-13/2008 р.); Постанова Бориспільського міськрайонного суду Київської області від 23 січня 2007 р. (5-29/2007 р.); Постанова Бориспільського міськрайонного суду Київської області від 23 січня 2007 р. (5-30/2007 р.); Постанова Полтавського районного суду Полтавської області від 2 листопада 2009 р. (5-823/2009 р.); Постанова Полтавського районного суду Полтавської області від 3 листопада 2009 р. (5-838/2009 р.); Постанова Полтавського районного суду Полтавської області від 3 листопада 2009 р. (5-830/2009 р.); Постанова Полтавського районного суду Полтавської області від 26 листопада 2009 р. (5-925/2009 р.).

Резюме

Коломієць Н. В. Удосконалення законодавства про заміну невідбутої частини покарання більш м'яким та практики її застосування (частина 1).

Стаття є продовженням циклу публікацій, присвячених вивченню проблем застосування заміни невідбутої частини покарання більш м'яким. У статті проаналізовано ряд законодавчих прогалин інституту заміни невідбутої частини покарання більш м'яким та практики її застосування. Запропоновано пропозиції до Кримінального кодексу України (ст. 82), запровадження яких допоможе уникнути правових колізій при застосуванні заміни невідбутої частини покарання більш м'яким. Обґрунтовується пропозиція, за якою більш раціональним є варіант удосконалення закону шляхом внесення до КК України вимоги, відповідно до якої суд розглядав би питання про заміну... поетапно, східчасто.

Ключові слова: заміна невідбутої частини покарання більш м'яким, засуджені, покарання, виправлення, заохочення.

Резюме

Коломієць Н. В. Совершенствование законодательства о замене неотбытой части наказания более мягким и практики ее применения (часть 1).

Статья является продолжением цикла публикаций, посвященных изучению проблем применения замены неотбытой части наказания более мягким. В статье проанализирован ряд законодательных пробелов института замены неотбытой части наказания более мягким и практики ее применения. Внесены предложения в Уголовный кодекс Украины (ст. 82), внедрение которых позволит избежать правовых коллизий при применении замены неотбытой части наказания более мягким. Обосновывается предложение, согласно которому более рациональным является вариант усовершенствованию закона путем внесения в УК Украины требования, в соответствии с которой суд рассматривал бы вопрос о замене ... поэтапно, ступенчато.

Ключевые слова: замена неотбытой части наказания более мягким, осужденные, наказание, исправление, поощрения.

Summary

Kolomyec N. Improvement of legislation to replace the unserved part of the punishment milder and practices (part 1).

The article is a continuation of the series of publications devoted to the study of problems of application replacing the unserved part of a more lenient punishment. This paper examines a number of legislative gaps Institute replacing the unserved part of the punishment milder and practices. Proposals submitted to the Criminal Code of Ukraine (article. 82), the introduction of which will avoid legal conflicts when using replace the unserved part of a more lenient punishment. Substantiated proposal is more efficient option to improve laws, by making claims to the CC of Ukraine, according to which the court would consider replacing ... gradually, in steps.

Key words: replacement of the unserved part of a more lenient punishment, prisoners, punishment, correction, encouragement.

В. І. ЦИМБАЛЮК

Валерій Іванович Цимбалюк, кандидат юридичних наук, завідувач кафедри Національного університету водного господарства і природокористування

РОЛЬ СУДОВО-ПСИХІАТРИЧНОЇ ЕКСПЕРТИЗИ В ПИТАННІ ОЦІНКИ ПСИХІЧНОГО СТАНУ ОСОБИ

Сучасна юридична практика достатньо часто, виконуючи свої завдання, потребує проведення досліджень психічного стану певних осіб (потерпілих, підозрюваних, слідчих, цивільних відповідачів) та ін. Зокрема, застосовуючи виключення чи пом'якшення кримінальної чи іншої відповідальності душевнохворого обов'язково необхідно провести обстеження стану розумової діяльності та розумових здібностей за участю відповідних спеціалістів чи фахівців з метою оголошення справедливого рішення чи вироку суду.

Саме тому юриспонденція не може якісно розв'язати свої завдання (особливо вирішуючи питання психічного стану осіб, виключення чи пом'якшення кримінальної чи іншої відповідальності душевнохворого та інших) без психіатрії.

Метою статті є теоретичне та легальне визначення категорії «психіатрична експертиза», з'ясування ролі судової психіатрії в питанні оцінки психічного стану особи.

Різні питання проведення судової експертизи (зокрема й судово-психіатричної) стали об'єктами досліджень таких науковців: В. М. Абрамової, Г. О. Аубакірова, Р. С. Белкіна, І. Г. Вермеля, А. І. Вінберга, Г. Л. Грановського, І. М. Каплунова, Н. І. Клименка, Л. В. Кочневої та інших. Дослідження ролі судової психіатрії, як інструменту з'ясування питань з приводу психічного стану особи носить фрагментарний характер, а отже, є актуальним науковим пошуком.

Судова психіатрія є спеціальним відокремленим інститутом науки психіатрії, що покликана розв'язувати особливі специфічні завдання. Психіатрія та судова психіатрія мають схожі методи дослідження та здебільшого вивчають тотожні об'єкти дослідження (різні форми та види психічних хвороб). Різняться ж ці науки своєю метою та завданнями, що перед ними стоять.

Основним завданням судової психіатрії є дослідження психічних хвороб, що можуть мати місце в цивільному та кримінальному процесі.

Головна особливість судової психіатрії полягає в тому, що в своєму практичному розрізі вона тісно взаємопов'язана із юриспонденцією.

Під час юридичної практики достатньо часто стає необхідним проведення досліджень психічного стану певних осіб (потерпілих, підозрюваних, слідчих, цивільних відповідачів) тощо.

Ні для кого не є секретом, що застосовуючи виключення чи пом'якшення кримінальної чи іншої відповідальності душевнохворого обов'язково необхідно провести обстеження стану розумової діяльності та розумових здібностей за участю відповідних спеціалістів чи фахівців з метою оголошення справедливого рішення чи вироку суду¹.

Юристи різних спеціалізацій повинні володіти психіатричними знаннями, а навчальна дисципліна «судова психіатрія» має викладатись у всіх навчальних закладах, де готують юристів.

Суддя, прокурор, слідчий, адвокат повинні вміти якісно та ефективно застосовувати фахові знання спеціалістів інших галузей, зокрема судових експертів-спеціалістів².

Юрист-практик має на достатньому рівні володіти знаннями психології, адже саме при їх використанні та застосуванні можливо виявити, дослідити, розкрити злочин, а також здійснити профілактичні заходи щодо його попередження. Саме використання таких знань надає можливість встановити формування злочинного умислу, мотив вчинення злочину і деяких інших елементів та ознак складу злочину.

Завданням судового психіатра є не лише встановлення факту наявності психічного розладу та діагноз, а й визначення, чи психічнохворий міг володіти своїми діями в конкретній практичній ситуації. Така діяльність лікарів є ключовою при визначенні осудності, дієздатності чи їх антиподів.

На наш погляд, система завдань судової психіатрії має наступний вигляд:

1. Психіатричне обстеження і надання об'єктивних висновків, що стосуються осудності, неосудності чи рівня осудності особи, яка притягується до кримінальної відповідальності.
2. Проведення заходів щодо попередження девіантної поведінки душевнохворих осіб.
3. Обстеження осіб – учасників цивільного процесу, дії яких свідчать про їх незадовільний психічний стан.
4. Оцінка психічного стану свідків та потерпілих а також осіб, які захворіли психічними хворобами під час відбування покарання в місцях позбавлення волі.
5. Надання, в необхідних випадках, фахової психіатричної допомоги у проведенні слідчих, процесуальних дій та методики розслідування злочинів³.

Отже, загальним завданням судової психіатрії є об'єктивна та змістовна оцінка наявності чи відсутності психічних розладів і подальше використання такої оцінки з метою з'ясування об'єктивної істини у кримінальних, цивільних та адміністративних справах.

Важливим є дослідження психічних розладів, встановлення факту наявності яких у цивільному чи кримінальному судочинстві тягне за собою наступні юридично-правові наслідки:

1. Звільнення від кримінальної відповідальності (при вчиненні кримінального правопорушення).
2. Визнання цивільно-правового договору недійсним (при вирішенні цивільного спору).

Такі юридичні наслідки матимуть місце, якщо суб'єкт процесуальних правовідносин хворіє на психічний розлад, що підтверджено актом експертизи. Цей акт містить в собі вступну, досліджувальну, мотивувальну частини і психіатричний висновок⁴.

При оцінці психічного стану особи, яка вчинила правопорушення чи цивільного позивача або відповідача експерт-психіатр згідно із Кримінально-процесуальним та Цивільно-процесуальним кодексами України на письмову (в окремих випадках – усну) вимогу слідчих відділів органів внутрішніх справ чи судів надає оцінку щодо:

- 1) наявності чи відсутності психічного розладу;
- 2) діагнозу (якщо особа хворіє на психічний розлад);
- 3) визначення ступеня та складності психічних порушень.

Необхідно розуміти, що в юриспруденції здоров'я розглядається як загальне правило. При відсутності законно підтвердженого висновку про психічне нездоров'я ніхто не може стверджувати, що особа є душевно хворою, недієздатною чи неосудною. Саме тому у судовій психіатрії встановлено категорію «презумпція психічного здоров'я». Якщо ж в особі присутні ознаки психічного захворювання, то цей випадок потрібно дослідити та визначити. «Презумпція психічного здоров'я» за своєю природою схожа на «презумпцію невинності».

Науковці даної галузі з метою ефективного розв'язання завдань судової психіатрії розробляють концептуальні засади об'єктивної та змістовної оцінки тих чи інших психічних захворювань та певні критерії, на основі яких фахівці дають висновки про неосудність чи недієздатність осіб – учасників цивільного чи кримінального процесу. Через це наука *судова психіатрія* досліджує природу психічних хвороб, їх ознаки, риси перебігу, які зустрічаються в судово-психіатричній практиці.

Особливим чином досліджуються виняткові або виключні стани. Передусім це патологічне сп'яніння, реакція короткого замикання, патологічний просонковий стан. У рамках судово-медичної експертизи дані стани необхідно продіагностувати, проаналізувати або відкинути, дати відповідь, чи могла дана особа перебувати в тому чи іншому стані в той час, коли вона вчиняла правопорушення. Проблема вчинення суспільно небезпечних діянь психічнохворих осіб тісно взаємопов'язана із розробленням певних критеріїв для виписки хворих, організації та провадження нагляду за виписаними хворими з боку органів внутрішніх справ, відповідних медичних установ.

Наразі наукового дослідження потребує питання психіатрично-правової оцінки ситуації, коли фіксуються нечіткість, розмитість симптомів хвороби або її зміни, що часто виникають під загрозою відповідальності за вчинене особою суспільно небезпечного діяння. Також уваги до себе вимагає розроблення концепцій, що дають змогу чітко визначити закономірності полегшеного перебігу шизофренії, органічного ураження головного мозку, психопатії та ін.

Нині є актуальною судово-психіатрична експертиза під час вирішення трудових, сімейних та цивільних спорів, коли необхідно з'ясувати питання дієздатності чи недієздатності особи-учасника спору.

У законодавчих органах багатьох країн світу обговорюються питання «обмеженої осудності». При декларації вищевказаної категорії необхідно ввести механізми оцінки осудності. Що стосується України, то поняття «обмеженої осудності» встановлено в Кримінальному кодексі⁵.

Після курсу примусового лікування душевнохворі часто залишаються без належної уваги та вчиняють правопорушення повторно, чим становлять суспільну небезпеку. Саме тому питання профілактики правопорушень серед психічнохворих є дуже важливим та актуальним у судовій психіатрії. Ефективна профілактика правопорушень серед душевнохворих можлива лише після повного та змістовного вивчення «механізмів», що зумовили розлади психіки та життєвих чи побутових ситуацій, що можуть негативно вплинути на психічний стан вказаних осіб. Дані об'єкти дослідження певним чином поєднують у собі і соціальну реабілітацію психічнохворих, і судову психіатрію.

На основі проведення практичних заходів щодо правопорушень серед психічнохворих та судово-психіатричної експертизи напрацьовуються законодавчі акти, методичні та інструктивні матеріали з питань проведення психіатричної експертизи, ефективного примусового лікування й інших медико-психіатричних заходів.

Наразі такі дослідження дали можливість впровадити комплексну психолого-психіатричну експертизу, що здатна виявити збої в адекватному психічному відображенні та здатності особи до нормального психічного мислення і волевиявлення.

Стрімкий розвиток судової психіатрії виділив її окремий спеціальний розділ – пенітенціарна психіатрія, основною метою якою є надання якісної психіатричної допомоги ув'язненим. Також завданням пенітенціарної психіатрії є виявлення з числа засуджених, осіб, що мають психічні розлади а також надання їм ефективної психіатричної, психологічної, наркологічної допомоги, в необхідних випадках здійснення примусового лікування від алкоголізму чи наркоманії.

Рівень розвитку суспільства, загальна та правова культура може бути охарактеризована ставленням людей до психічнохворих. Адже розвинуте громадянське суспільство використовує лише гуманні наукові засоби в лікуванні та соціальної реабілітації душевнохворих⁶.

Потреби практики та приділення більшої уваги до особи підекспертного стали причиною виділення нових видів експертизи. До них належить комплексна психолого-психіатрична експертиза, що допомагає визначити конкретну міру втрати здатності особи до волевиявлення і адекватного психічного відображення.

Висновки. Судова психіатрія займає особливе місце в площині загальної психіатрії та є самостійним розділом науки і практики, який вбирає в себе різномірний комплекс даних про патологію психічної діяльності людей. Використання знань судової психіатрії як в науковій, так і в практичній діяльності юристів зумовлено природою людини. Суддя, прокурор, адвокат чи слідчий при дослідженні обставин справи, учасники якої мають певні психічні особливості, повинен ефективно використовувати фахові знання судових експертів-спеціалістів. У свою чергу, проводячи психічну чи психіатричну експертизу, судові експерти-спеціалісти повинні розуміти всю вагу покладеної на них відповідальності. Вони мають бути точними у встановленні діагнозів, адже легальна кваліфікація того чи іншого психічного стану особи в експертному акті може носити доленосний характер для учасників проваджень. Тому експертний висновок повинен бути точний, обґрунтований, об'єктивний та змістовний.

¹ Кримінальний процесуальний кодекс України : від 13 квітня 2012 р. № 4651-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2013. – № 9–13. – Ст. 88. – Електрон. версія ред. 11.08.2013 р.

² Макаренко С. І. Експертизи на досудовому слідстві : навч. посіб. / С.І. Макаренко, О. В. Негодченко, В. М. Тертишник. – Д. : ДЮІ МВС України, 2001. – 204 с.

³ Білецький С. М. Судова медицина та судова психіатрія : навч. посіб. / С. М. Білецький, Г. А. Білецька. – К. : Одіссей, 2010. – 200 с.

⁴ Кримінальний процесуальний кодекс України : від 13 квітня 2012 р. № 4651-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2013. – № 9–13. – Ст. 88. – Електрон. версія ред. 11.08.2013 р.

⁵ Кримінальний кодекс України : Закон від 5 квітня 2001 р. № 2341-III // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 2001. – № 25–26. – Ст. 131.

⁶ Білецький С. М. Вказана праця.

Резюме

Цимбалюк В. І. Роль судово-психіатричної експертизи в питанні оцінки психічного стану особи.

У статті досліджується судова психіатрія як єдиний можливий інструмент з'ясування питань з приводу психічного стану особи. Визначено, що медико-експертна діяльність медичних працівників у багатьох випадках є необхідною для одержання об'єктивної істини під час провадження кримінальних, цивільних чи адміністративних справ.

Ключові слова: психіатрія, діагноз, презумпція психічного здоров'я, судова психіатрія, юриспонденція, судовий психіатр.

Резюме

Цимбалюк В. И. Роль судебно-психиатрической экспертизы в вопросе оценки психического состояния человека.

В статье исследуется судебная психиатрия как единственно возможный инструмент выяснения вопросов по поводу психического состояния человека. Определено, что медико-экспертная деятельность медицинских работников во многих случаях является необходимой для выяснения объективной истины при осуществлении уголовных, гражданских и административных дел.

Ключевые слова: психиатрия, диагноз, презумпция психического здоровья, судебная психиатрия, юриспонденция, судебный психиатр.

Summary

Tsybaliuk V. The role of forensic psychiatric examination to evaluate the mental condition of the person.

The article examines the forensic psychiatric examination as tool for finding out about the mental state of a person. Determined that the medical and expert activities of health workers in many cases are necessary to determine the objective truth in the proceedings of criminal, civil or administrative cases.

Key words: psychiatry, diagnosis, presumptive competency of mental health, forensic psychiatry, forensic psychiatrist.

В. А. ВОЛОШИНА

Віта Анатоліївна Волошина, провідний спеціаліст канцелярії управління забезпечення діяльності Судової палати у цивільних справах Верховного Суду України

ОКРЕМІ ПИТАННЯ НАУКОВО-КОНСУЛЬТАТИВНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ РЕАЛІЗАЦІЇ ПОВНОВАЖЕНЬ ВЕРХОВНОГО СУДУ УКРАЇНИ

Становлення України як суверенної, демократичної та правової держави тісно пов'язано з тривалим та суперечливим процесом формування судової влади. Забезпечення законності і правопорядку, захист прав і свобод людини і громадянина, охорона законних прав та інтересів держави і суспільства - функції адекватно притаманні правовій демократичній державі і складають мету і повсякденну діяльність органів державної влади, в тому числі, і влади судової, яка діє як самостійна і незалежна гілка державної влади. Як слушно зазначає О. Г. Яновська, система правосуддя повинна бути ефективною не тільки тому, що від неї залежить законне, обґрунтоване та справедливе вирішення судових спорів, а й тому, що саме від цієї системи залежить захист ідеалів та свобод людини, демократії, законності та справедливості, забезпечується побудова правової держави та громадянського суспільства¹. Разом із тим, порядок організації та діяльності судової влади прямо впливає на правову систему країни, її розвиток та стабільність. На незалежний суд у правовій державі покладається контроль за дотриманням законності в усіх без винятку сферах суспільного життя. Зокрема, суд має захищати основи конституційного ладу в державі, законність створення та діяльності політичних партій, проведення виборів, гарантувати дотримання основних прав та свобод людини і громадянина. Саме тому осмислення судової влади як самостійного правового явища потребує консолідованого теоретико-методологічного підходу.

Політика будь-якої держави спрямована на встановлення певного балансу інтересів між особистістю та суспільством; судова політика спрямована на забезпечення цього балансу і залежить, більшою мірою, від того, чиї інтереси і яким чином повинні бути захищені. Саме тому організації судової системи завжди надавалося одне з першорядних значень. Система правосуддя в будь-якій державі завжди є об'єктом пильної уваги. Не менша увага приділяється діяльності найвищого судового органу, від якого залежить функціонування судової системи країни в цілому. Правильне і нормальне функціонування правосуддя в більшій мірі залежить і від організації верховного суду.

У вивченні цієї теми можна виділити кілька основних напрямків.

Частина вітчизняних дослідників розглядала історію становлення радянських судових органів, основний акцент роблячи на функціонування системи революційних трибуналів, органів позасудової репресії. Тут ми можемо виділити роботи В. П. Портнова, М. М. Славіна, Ю. П. Титова, В. В. Шимановського, І. А. Ушакова. Інші автори основну увагу приділяли становленню НКР'янської судової системи, починаючи з 1918 року. Це роботи Н. А. Антонової, М. В. Кожевникова, Н. В. Криленка, Д. І. Курського, Е. А. Скрипільова.

Зокрема, окремим питанням організації та діяльності судової влади в умовах становлення правової держави й громадянського суспільства присвячені наукові праці вітчизняних вчених: О. В. Батанова, С. В. Бобровник, М. І. Гаврилова, В. Г. Гончаренка, В. П. Горбатенка, О. В. Зайчука, В. С. Ковальського, М. І. Козюбри, А. М. Колодія, В. В. Копейчикова, О. М. Костенка, М. В. Костицького, В. В. Костицького, О. Л. Копиленка, Е. Б. Кубка, І. О. Кресіної, Л. А. Луць, О. М. Мироненка, О. Г. Мурашина, В. П. Нагребельного, Н. М. Оніщенко, О. В. Петришина, В. Ф. Погорілка, П. М. Рабіновича, О. Д. Святоцького, В. Ф. Сіренка, О. Ф. Скакун, О. В. Скрипнюка, В. Є. Скоморохи, І. Б. Усенка, М. В. Цвіка, В. В. Цветкова, В. М. Шаповала, В. Я. Тація, Г. П. Тимченка, М. І. Хавронюка, Ю. С. Шемшученка, О. І. Ющика, О. Н. Ярмиша та ін.

Водночас, абсолютно недослідженими є питання, пов'язані з науковим забезпеченням діяльності як судових органів загалом, так і Верховного Суду України зокрема. Аналіз історії становлення Верховного Суду України, зміни його ролі, функцій та компетенції в різні періоди вітчизняної історії є однією з актуальних завдань правової науки. Воно впливає і з того факту, що в даний час не вжито комплексного дослідження з вивчення та аналізу історії верховного судового органу – Верховного Суду України, з урахуванням сучасних імплементаційних та євроінтеграційних процесів, що відбуваються в нашій країні. У вітчизняній науці більшою мірою аналізувалися питання становлення судової системи в цілому. Набагато менше уваги приділялося проблемам становлення верховної судової влади, організації судового контролю в Україні, починаючи з моменту створення Верховного суду України.

Загалом, як слушно зауважує А. О. Краснейчук, система державного управління являє собою сукупність органів державного управління, комунікацію їх взаємозв'язків між собою та з об'єктами державного управління, роль яких виконують різноманітні суспільні відносини, організації, підприємства, громадяни². Без теоретичного знання, що безпосередньо слугує конкретній державотворчій практиці, неможливе виконання стра-

тегічного завдання – побудови демократичної держави й громадянського суспільства на теренах України. На сучасному етапі розвитку українського суспільства відчувається гострий дефіцит узагальнюючих досліджень щодо концептуалізації організаційно-управлінських засад державної політики у сфері науки в реальному соціально-економічному та соціокультурному середовищі з високою динамікою соціальних процесів.

Представлена робота частково усуває цю прогалину та має на меті здійснити аналіз ролі та значення науково-консультативного забезпечення ефективного функціонування Верховного Суду України. Необхідність розробки дослідження значення науково-консультативного забезпечення ефективного функціонування Верховного Суду України обумовлена фрагментарністю і епізодичністю існуючих робіт по становленню Верховного Суду в Україні та повною відсутністю наукових пошуків вирішення актуальних проблем наукового забезпечення діяльності судових органів.

Верховний Суд України як і суди першої, апеляційної, касаційної інстанцій діє для забезпечення кожному права на судовий захист його прав, свобод та законних інтересів незалежним і безстороннім судом, справедливим та неупередженим розглядом справ у розумні строки, встановлені законом. Розгляд справ Верховним Судом України є засобом реалізації права учасників судового процесу та інших осіб на перегляд судового рішення у випадках і порядку, встановлених процесуальним законом.

Верховний Суд України – найвищий судовий орган у системі судів загальної юрисдикції. Верховний Суд України з 1991 року є правонаступником Верховного Суду УСРР, а він відповідно Верховного Суду УСРР, який функціонував з 1923 року. Верховний Суд України як найвищий судовий орган у системі судів загальної юрисдикції (стаття 125 Конституції України³, частина 3 статті 17, частина 1 статті 38 Закону України від 7 липня 2010 року «Про судоустрій і статус суддів»⁴) є четвертою ланкою в судовій системі України (місцеві, апеляційні, вищі спеціалізовані, Верховний Суд України).

Про місце Верховного Суду України в системі судів загальної юрисдикції як найвищого судового органу повинен свідчити обсяг його повноважень. Наприклад, до повноважень Верховного Суду України, як найвищого судового органу у вітчизняній системі судів загальної юрисдикції, згідно з положеннями статті 17, частини 2 статті 38 Закону України від 7 липня 2010 року «Про судоустрій і статус суддів» та процесуальних кодексів (КПК, ЦПК, ГПК, КАС України) належить перегляд справ з підстав неоднакового застосування тільки судами (судом) касаційної інстанції однієї і тієї ж норми виключно матеріального права у подібних правовідносинах у порядку, передбаченому процесуальним законом. Перегляд судових рішень Верховним Судом України – це надзвичайний (екстраординарний) спосіб їх перевірки, який дає додаткові, порівняно з апеляцією і касацією, можливості для заінтересованих осіб домогтися виправлення судових помилок, відстояти свої права і в кінцевому підсумку мати справедливе правосуддя. При цьому Верховним Судом України повинно забезпечуватися однакове застосування судами (судом) касаційної інстанції норм матеріального права.

Забезпечення Верховним Судом України однакового застосування судами (судом) касаційної інстанції норм матеріального права є одним із елементів єдності системи судів загальної юрисдикції. Рішення Верховного Суду України, прийняті за наслідками розгляду заяв про перегляд судового рішення з мотивів неоднакового застосування судом (судами) касаційної інстанції одних і тих самих норм матеріального права у подібних правовідносинах, є обов'язковими для всіх суб'єктів владних повноважень, які застосовують у своїй діяльності нормативно-правовий акт, що містить зазначену норму права, та для всіх судів України. Суди зобов'язані привести свою судову практику у відповідність із рішенням Верховного Суду України. Фактично, процесуальні кодекси надали рішенням Верховного Суду України статусу судового прецеденту. Таким чином, рішення Верховного Суду України мають загальнообов'язковий характер, а роз'яснення Вищих спеціалізованих судів тільки рекомендаційний.

У законі України від 7 липня 2010 року «Про судоустрій і статус суддів» та процесуальних кодексах (КПК, ЦПК, ГПК, КАС України) встановлено порядок подання сторонами та іншими учасниками судового розгляду, заяв про перегляд судових рішень Верховним Судом України і визначено процедуру перевірки та допуску до провадження у Верховному Суді України зазначених звернень вищими спеціалізованими судами України із закріпленням права останніх приймати рішення про допуск або відмову в допуску до такого провадження. На наш погляд, такі дискреційні повноваження вищих спеціалізованих судів України суттєво обмежують дію принципу доступу до правосуддя, зокрема і право на звернення за судовим захистом до Верховного Суду України. З моменту ратифікації (1997) Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, яка стала частиною національного законодавства України, згідно із статтею 6 Конвенції кожному гарантується право на справедливий суд. Право на суд включає в себе і такий елемент, як право на доступ до суду, тобто, кожній особі гарантується право на справедливий розгляд та вирішення справи судом без зайвих та неналежних правових чи практичних перешкод. Це покладає на державу обов'язок у вигляді утримання від створення у законодавстві неналежних процесуальних перешкод для доступу до суду. У ситуації, що розглядається, державою якраз і створено процесуальний порядок, який фактично унеможливує звернення особи за судовим захистом безпосередньо до Верховного Суду України та вирішення питання про розгляд справи самим Верховним Судом України. Таким чином, положення розділів «Провадження у Верховному Суді України» КПК, ЦПК, ГПК, КАС України, на нашу думку, вимагають вдосконалення, зокрема закріплення положення про те, що звернення сторін та інших учасників судового розгляду повинні направлятися безпосередньо до Верховного Суду України, а приймати рішення про відкриття провадження та розгляд справи повинна відповідна палата Верховного Суду України.

На нашу думку, змістом реалізації Верховним Судом України, як найвищим судовим органом у системі судів загальної юрисдикції, конституційної функції судочинства (правосуддя) повинен бути перегляд судових рішень на предмет однакового застосування судами всіх ланок та інстанцій як норм матеріального, так і норм процесуального права, зокрема, до предмету перевірки, крім існуючих підстав, слід віднести порушення судом касаційної інстанції вимог процесуального закону та перевірку законності судових рішень при викладі суддею касаційної інстанції окремої думки. Будучи найвищим судовим органом у системі судів загальної юрисдикції, Верховний Суд України зобов'язаний забезпечити законність – єдність судової практики (правозастосування) в діяльності всіх інших судів, які здійснюють судочинство в Україні, крім Конституційного Суду України.

Також Верховний Суд України здійснює перегляд справ у разі встановлення міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною, порушення Україною міжнародних зобов'язань при вирішенні справи судом. Якщо за результатами розгляду питання про допуск справи до провадження з підстави, встановлення міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною, порушення Україною міжнародних зобов'язань при вирішенні справи судом буде встановлено, що порушення Україною міжнародних зобов'язань є наслідком недотримання норм процесуального права, Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ постановляє ухвалу про відкриття провадження у справі та сам вирішує питання про необхідність витребування справи. Розгляд справи здійснюється колегією у складі п'яти суддів Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ за правилами, встановленими для перегляду справ у касаційному порядку. Слід зробити висновок, що як наслідок касаційного дуалізму в повноваженнях цих судів, можуть мати місце випадки, коли правові позиції вищих спеціалізованих судів будуть різними, по-різному можуть трактуватися та роз'яснюватися одні й ті самі положення законодавства, що ускладнює спеціалізованим судам правозастосування та порушує одну з основних засад судочинства – законність (пункт 1 частини 3 статті 129 Конституції України).

Верховному Суду України як найвищому судовому органу в системі судів загальної юрисдикції, на нашу думку, необхідно повернути право законодавчої ініціативи з внесенням відповідних змін до законодавства про судоустрій.

Результатом звуження повноважень Верховного Суду України на користь вищих спеціалізованих судів є нівелювання та необґрунтоване приниження його ролі як найвищого судового органу державної влади в системі судів загальної юрисдикції. Питання місця та повноважень Верховного Суду України як найвищого судового органу в системі судів загальної юрисдикції потребують розширення та належного правового врегулювання.

Правовий статус Науково-консультативної ради (далі – НКР) при Верховному Суді України врегульований ст. 46 Закону України «Про судоустрій і статус суддів», відповідно до якої НКР утворюється при Верховному Суді України з числа висококваліфікованих фахівців у галузі права для попереднього розгляду проектів постанов Пленуму Верховного Суду України стосовно надання висновків щодо проектів законодавчих актів та з інших питань діяльності Верховного Суду України, підготовка яких потребує наукового забезпечення. Порядок організації та діяльності Науково-консультативної ради визначається положенням, що затверджений Постановою № 5 Пленуму Верховного Суду України від 16.09.2011 р. із змінами, внесеними згідно з Постановою Верховного Суду № 6 від 23.05.2014 р.⁵

Це Положення визначає правові засади організації та діяльності Науково-консультативної ради при Верховному Суді України. НКР є постійно діючим консультативно-дорадчим органом при Верховному Суді, який утворюється Пленумом Верховного Суду України. До повноважень НКР належать:

- надання наукових висновків щодо норм матеріального права, які неоднаково застосовані судом (судами) касаційної інстанції у подібних правовідносинах;
- попередній розгляд проектів висновків Пленуму Верховного Суду України щодо проектів законодавчих актів, які стосуються судової системи і діяльності Верховного Суду України;
- попередній розгляд проектів конституційних подань Верховного Суду України до Конституційного Суду України щодо конституційності законів та інших правових актів Верховної Ради України, актів Президента України, Кабінету Міністрів України, правових актів Верховної Ради Автономної Республіки Крим та щодо офіційного тлумачення положень Конституції та законів України;
- попередній розгляд інших питань діяльності Верховного Суду України, підготовка яких потребує наукового забезпечення.

НКР утворюється строком на п'ять років із числа висококваліфікованих фахівців у галузі права в кількості, яка забезпечуватиме виконання НКР покладених на неї завдань. Повноваження НКР припиняються в день затвердження Пленумом Верховного Суду України нового складу НКР. Членом НКР може бути обраний фахівець, який має науковий ступінь доктора або кандидата юридичних наук.

Персональний склад НКР за поданням Голови Верховного Суду України затверджується Пленумом Верховного Суду України шляхом відкритого голосування і є додатком до цього Положення. Пропозиції щодо персонального складу НКР можуть надавати Голові Верховного Суду України судді Верховного Суду України, керівник апарату Верховного Суду України та його заступник, керівники юридичних вищих навчальних закладів та наукових установ за погодженням із кандидатом у члени НКР.

Повноваження члена НКР припиняються у разі: 1) закінчення строку, на який його обрано; 2) складання повноважень за його особистою заявою; 3) набрання законної сили обвинувальним вироком щодо нього;

4) його смерті. Повноваження члена НКР можуть бути також достроково припинені за рішенням Пленуму Верховного Суду України в разі невиконання обов'язків члена НКР понад шість місяців.

Члени НКР відповідно до визначеної судової спеціалізації за дорученням суддів Верховного Суду України надають у встановлені законом строки наукові висновки щодо норм матеріального права, які неоднаково застосовані судом (судами) касаційної інстанції у подібних правовідносинах, а також на прохання голови НКР вивчають питання, що виникають у судовій практиці, і подають до Верховного Суду України рекомендації щодо: а) проектів законодавчих актів, що стосуються судової системи та діяльності Верховного Суду України; б) проектів конституційних подань Верховного Суду України до Конституційного Суду України щодо конституційності законів та інших правових актів Верховної Ради України, актів Президента України, Кабінету Міністрів України, правових актів Верховної Ради Автономної Республіки Крим або щодо офіційного тлумачення положень Конституції та законів України; в) інших питань діяльності Верховного Суду України, підготовка яких потребує наукового забезпечення.

У разі необхідності голова НКР може скликати засідання НКР. Засідання НКР вважається повноважним за умови присутності на ньому більше половини членів НКР. До засідання членам НКР заздалегідь надсилаються порядок денний і матеріали з питань, що виносяться на обговорення.

Організацію і забезпечення роботи НКР здійснюють її голова, заступник голови і вчений секретар. Вони обираються з числа суддів та працівників апарату Верховного Суду України, які мають науковий ступінь доктора або кандидата юридичних наук, та звільняються Пленумом Верховного Суду України шляхом відкритого голосування.

До повноважень голови НКР належать:

- організація направлення членам НКР доручень суддів Верховного Суду України про надання висновків з питань неоднакового застосування судом (судами) касаційної інстанції норм матеріального права в подібних правовідносинах, а також проектів законодавчих актів, які стосуються судової системи і діяльності Верховного Суду України, що надійшли на розгляд Пленуму Верховного Суду України, проектів конституційних подань Верховного Суду України до Конституційного Суду України;
- визначення порядку денного засідання НКР;
- організація підготовки проектів рекомендацій та рішень НКР;
- головування на засіданнях НКР;
- внесення пропозицій керівнику апарату Верховного Суду України щодо організаційного, фінансового, матеріально-технічного та іншого забезпечення діяльності НКР апаратом Верховного Суду України;
- здійснення інших повноважень, передбачених цим Положенням.

У разі відсутності голови НКР його повноваження виконує заступник голови НКР, а в разі відсутності заступника голови НКР – вчений секретар НКР.

Вчений секретар НКР здійснює організаційно-методичне, документальне та інформаційне забезпечення роботи НКР та її членів. До повноважень вченого секретаря НКР належать:

- підготовка матеріалів на засідання НКР;
- повідомлення членів НКР про дату, час, місце, порядок денний засідання НКР;
- підготовка проектів документів НКР з урахуванням рекомендацій, наданих членами НКР;
- у разі необхідності забезпечення членів НКР офіційними виданнями Верховного Суду України, іншою юридичною літературою та матеріалами. У разі тимчасової відсутності голови НКР та його заступника вчений секретар НКР виконує повноваження Голови НКР.

Члени НКР мають право:

- бути присутніми на засіданнях Верховного Суду України та засіданнях Пленуму Верховного Суду України;
- знайомитися з матеріалами судової практики Верховного Суду України і судовою статистикою.

У разі необхідності з числа членів НКР можуть утворюватися робочі групи для вивчення та обговорення окремих питань застосування законодавства в судовій практиці, надання висновків на законопроекти, які стосуються судової системи і діяльності Верховного Суду України, тощо. Члени НКР виконують свої обов'язки на безоплатній основі. За добросовісне виконання своїх обов'язків члени НКР можуть бути в установленому порядку заохочені наказом Голови Верховного Суду України за поданням заступника Голови Верховного Суду України.

За результатами розгляду науково-консультативних питань НКР більшістю голосів присутніх на засіданні приймає мотивовані рекомендації, а з питань організації роботи НКР – рішення. У разі відсутності на засіданні члена НКР він може у письмовому вигляді подати свою пропозицію щодо прийняття чи неприйняття рекомендації (рішення) НКР, яка підлягає врахуванню під час ухвалення цієї рекомендації (рішення). Робота НКР висвітлюється в журналі «Вісник Верховного Суду України», на веб-сайті Верховного Суду України та в інших засобах масової інформації.

Фінансове, матеріально-технічне забезпечення діяльності НКР здійснюється за рахунок коштів державного бюджету, передбачених для забезпечення здійснення правосуддя Верховним Судом України, за кодом економічної класифікації видатків «інші видатки» на підставі затвердженого кошторису.

Таким чином, проблематику наукового забезпечення функціонування Верховного Суду України можна визначити як одну з ключових у загальній системі гарантування ефективної діяльності судової гілки влади. Підсумовуючи хотілось би відзначити, що кінцевою метою наукового забезпечення юрисдикційної діяль-

ності Верховного Суду України на сучасному етапі фактично є формування стабільної та ефективної системи цього забезпечення, що сприятиме перетворенню його із суду формального права на суд права реально-го. Актуальність теми цієї статті навряд чи можна заперечувати, адже, на нашу думку, в основу системи наукового забезпечення ефективного функціонування Верховного Суду України мають бути покладені сучасні фундаментальні наукові знання, які дали б можливість змінити парадигму юрисдикційної діяльності найвищого судового органу від традиційної моделі до інноваційної.

¹ Яновська О. Г. Проблемні питання функціонування Верховного Суду України як найвищого судового органу в Україні / О. Г. Яновська // Українській адвокат: проф. видання. – 2013. – № 4 (68). – С. 36.

² Краснейчук А. О. Становлення і розвиток консультативної діяльності в державному управлінні України: автореф. дис. ... канд. наук з держ. упр.: 25.00.02 / Алла Олексіївна Краснейчук ; Академія муніципального управління. – К., 2008. – С. 11.

³ Конституція України від 28 червня 1996 року // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 1996. – № 30. – Ст. 141.

⁴ Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 7 липня 2010 року // Офіційний вісник України. – 2010. – № 55/1. – Ст. 1900.

⁵ Про затвердження Положення про Науково-консультативну раду при Верховному Суді України: Постанова № 5 Пленуму Верховного Суду України від 16.09.2011 р. // Вісник Верховного суду України. – 2011. – № 10. – Стр. 25.

Резюме

Волошина В. А. Окремі питання науково-консультативного забезпечення реалізації повноважень Верховного Суду України.

У статті досліджується стан наукової розробленості та значення науково-консультативного забезпечення реалізації повноважень Верховного Суду України. Автором з'ясовано, що аналіз історії становлення Верховного Суду України, зміни його ролі, функцій та компетенції в різні періоди вітчизняної історії є однією з актуальних завдань правової науки. Доведено необхідність дослідження значення науково-консультативного забезпечення ефективного функціонування Верховного Суду України, що обумовлено фрагментарністю і епізодичністю існуючих робіт щодо становлення Верховного Суду в Україні та повною відсутністю наукових пошуків вирішення актуальних проблем наукового забезпечення діяльності судових органів. Автор робить висновок, що кінцевою метою наукового забезпечення юрисдикційної діяльності Верховного Суду України на сучасному етапі фактично є формування стабільної та ефективної системи цього забезпечення, що сприятиме перетворенню його із суду формального права на суд права реального.

Ключові слова: наукове забезпечення, науково-консультативна рада, організаційне забезпечення, Верховний Суд України, повноваження Верховного Суду України.

Резюме

Волошина В. А. Отдельные вопросы научно-консультативного обеспечения реализации полномочий Верховного Суда Украины.

В статье исследуется уровень научной разработанности и значения научно-консультативного обеспечения реализации полномочий Верховного Суда Украины. Автором определено, что анализ истории становления Верховного Суда Украины, изменения его роли, функций и компетенции в различные периоды отечественной истории является одной из актуальных задач правовой науки. В статье доказана необходимость исследования значения научно-консультативного обеспечения эффективного функционирования Верховного Суда Украины, что обусловлено фрагментарностью и эпизодичностью существующих работ по становлению Верховного Суда в Украине и отсутствием научных поисков решения актуальных проблем научного обеспечения деятельности судебных органов. Автором сделан вывод, что конечной целью научного обеспечения юрисдикционной деятельности Верховного Суда Украины на современном этапе фактически является формирование стабильной и эффективной системы этого обеспечения, которая будет способствовать превращению его из суда формального права в суд права реального.

Ключевые слова: научное обеспечение, научно-консультативный совет, организационное обеспечение, Верховный Суд Украины, полномочия Верховного Суда Украины.

Summary

Voloshina V. Selected issues of the scientific advisory of ensuring of the implementation of the authority of the Supreme Court of Ukraine.

It was found that the analysis of the history of the formation of the Supreme Court of Ukraine, changing its role, function and competence in different periods of national history is one of the urgent tasks of legal science. It's proved the necessity of the study of mentioned scientific advisory of the effective functioning of the Supreme Court of Ukraine, due to the fragmented and episodic existing work on the formation of the Supreme Court of Ukraine and a complete lack of scientific research of the pressing problems of scientific support of the judiciary.

Justice system in any country is always the object of steadfast attention. No less attention is paid to the highest judicial body, which depends on the judicial system as a whole. The policy of any state aimed at establishing a balance of interests between the individual and society; judicial policy aims to ensure this balance depends, largely, on whose interests and how to be protected. That is why the organization of the judicial system has always attached one of paramount importance. The correct and proper functioning of justice is more dependent on the organization and the Supreme Court.

The process of making such decisions by the Supreme Court of Ukraine, and the consequences of their decision requiring the provision of the Supreme Court of Ukraine wide range of powers to ensure the highest court of a substantial analytical support to provide just that tribunal consultative assistance to lower courts.

Key words: scientific support, Scientific Advisory Board, organizational support, the Supreme Court of Ukraine, the powers of the Supreme Court of Ukraine.

Т. Ю. ДОМАНОВА

*Тетяна Юріївна Доманова, здобувач Київського
університету права НАН України*

ПІДХОДИ ДО РЕГЛАМЕНТАЦІЇ СКЛАДНОЇ ВИНИ У ЗАКОНОДАВСТВІ ЗАРУБІЖНИХ ДЕРЖАВ

Проблеми належного з'ясування особливостей суб'єктивної сторони злочинних діянь мають істотне значення для визначення кримінально-правових наслідків таких діянь та забезпечення того, щоб покарання особи, яка вчинила злочин, було необхідним та достатнім і максимально відповідало суспільній небезпечності вчиненого.

Центральне місце у питаннях регламентації ознак суб'єктивної сторони займають питання визначення форм вини та конститутивних ознак кожної із них. Відповідно до статей розділу V Загальної частини Кримінального кодексу України нормативно закріплено дві форми вини: умисел та необережність. Разом із тим, у науці кримінального права та в законодавстві зарубіжних держав виокремлюється третій вид (форма) вини, який поєднує умисел та необережність та охоплює, зокрема, випадки, коли при вчиненні певного діяння в особи був умисел щодо дії і водночас необережність щодо наслідків. У теорії кримінального права такі злочини визначають, як злочини зі «змішаною», «подвійною», «складною», «комбінованою» формою вини.

Враховуючи те, що вітчизняний КК зазначеної форми вини не передбачає, актуальним є дослідження кримінального законодавства зарубіжних держав на предмет виявлення підходів до регламентації випадків складної вини при вчиненні злочину. Дослідники вини за законодавством зарубіжних держав на підставі проведеного аналізу зарубіжного кримінального законодавства стверджують про відсутність єдиних законодавчих підходів до регламентації цього складного кримінально-правового поняття. Особливо це стосується аспекту закріплення легального визначення вини у нормах закону. Як зазначає М. О. Федоров, кримінальні кодекси європейських держав, крім України і Білорусі, поняття вини не визначають, хоча в більшості з них зазначено про такі форми вини як умисел і необережність, однак поняття цих форм у зазначених законодавчих актах взагалі не розкривається¹. Питаннями, пов'язаними зі з'ясуванням змісту терміну «вина» та правової оцінки випадків поєднання різних її форм, займалися ряд вітчизняних та зарубіжних вчених, до числа яких можна віднести таких вчених як І. Я. Фойницький, М. П. Чубинський, М. С. Таганцев, Л. Є. Владимиров, Б. С. Волков, Л. І. Петражицький, С. В. Познишев, С. А. Тарарухін, В. М. Кудрявцев, П. С. Дагель, А. П. Тузов, К. Є. Ігошев, І. Г. Філановський та інші. За часів незалежної України окремі питання мотиву злочину розглядали у своїх роботах П. А. Воробей, Р. В. Вереша, М. Й. Коржанський, О. М. Костенко, А. В. Савченко, А. П. Шеремет, А. П. Тузов, П. Л. Фріс та інших, однак багато із питань залишаються невирішеними та потребують подальшого вивчення. Зокрема, необхідно встановити законодавчі підходи у зарубіжних країнах до визначення складної форми вини, що і є метою даної статті.

Варто розпочати аналіз підходів до регламентації складної вини у законодавстві зарубіжних держав із близьких до вітчизняної за правовими традиціями систем законодавства, а саме законодавства так званих «пострадянських держав». Відомий російський правознавець О.І. Парог присвятив багато уваги питанням вини у своїй науковій діяльності. Вчений зазначив, що вина є психічним ставленням особи в формі умислу або необережності до вчинюваного нею суспільно небезпечного діяння, у якому виявляється антисоціальна або недостатньо виражена соціальна сутність цієї особи відносно найважливіших соціальних цінностей². У Кримінальному кодексі Російської Федерації поряд із закріпленням умислу та необережності міститься положення, яке регламентує випадки, за яких зазначені форми поєднуються. Відповідно до статті 27 КК РФ, якщо в результаті вчинення умисного злочину заподіюються тяжкі наслідки, які по закону тягнуть більш суворе покарання і які не охоплювались умислом особи, кримінальна відповідальність за такі наслідки настає лише у випадку, якщо особа передбачила можливість їх настання, однак без достатніх для цього підстав самовпевнено розраховувала на їх відвернення, або у випадку, якщо особа не передбачала, але повинна була і могла передбачити можливість настання цих наслідків. У цілому такий злочин визнається вчиненим умисно³. Таким чином, незважаючи на невикористання у аналізованій нормі терміна «необережність», ця стаття оперує поняттями, за допомогою яких ця форма вини розкривається у законі. Також необхідно звернути увагу на дві характерні особливості цитованої норми: по-перше, закріплення положення про те, що відповідне діяння у цілому оцінюється як умисне; по-друге, норма регламентує лише випадок поєднання двох форм вини за тих умов, коли умислом не охоплювались наслідки, які тягнуть більш суворе покарання, іншими словами кваліфікуючі ознаки певного злочину.

У свою чергу, дещо відмінним підходом до регламентації аналізованого питання характеризується КК Білорусі. У статті 25 «Поєднання умислу і необережності при вчиненні злочину» цього кодексу закріплено таке положення «складна вина характеризується умисним вчиненням злочину і необережністю по відношенню до наслідків, з якими закон пов'язує підвищену кримінальну відповідальність»⁴. Також у цій же статті закріп-

лено норму про те, що у цілому такий злочин визнається вчиненим умисно. Характерними особливостями правового регулювання можна назвати такі: по-перше, термінологічна особливість, яка виявляється у використанні терміна «складна вина» та прямому використанні терміну «необережність», по-друге, як і КК РФ, КК Білорусі визначає випадок поєднання форми вини лише щодо наслідків, які посилюють відповідальність.

Щодо термінологічних аспектів закріплення положення про поєднання форм вини, необхідно звернути увагу на те, що поряд із використаними у законодавчих актах термінами «змішана вина», «складна вина», у кримінальних кодексах використовується і такий термін як «умисний злочин, що кваліфікується за його супутнім наслідком». Так, відповідно до ст. 11 КК Грузії «якщо кримінальним законом передбачається підвищення покарання внаслідок настання супутнього наслідку, що не охоплювався умислом винного, таке підвищення можливе тільки у випадку, коли особа здійснила цей наслідок через необережність. Такий злочин визнається умисним». Важливим положенням цього Кодексу є те, що він передбачає можливість необережного (неумисного) ставлення лише до наслідку як ознаки (елементу) злочину, оскільки згідно з ч. 2 ст. 11 «інша ознака, що кваліфікує умисний злочин, інкримінується у вину особи тільки тоді, коли ця ознака охоплювалася її умислом»⁵.

У ст. 9 КК Республіки Польща після розкриття змісту понять «вчинення злочину умисно» (§ 1 «Заборонене діяння вчинюється умисно, якщо особа має намір його вчинити, тобто бажає його вчинити або, передбачаючи можливість його вчинення, погоджується на це») та «вчинення злочину неумисно» (§ 2 «Заборонене діяння вчинюється неумисно, якщо особа, не маючи наміру його вчинити, все таки вчинює його в результаті недотримання обережності, яка вимагається при даних обставинах, не дивлячись на те, чи передбачала або могла передбачити можливість вчинення цього діяння»), у § 3 зазначається, що «винний несе більш сувору відповідальність, яку закон ставить у залежність від певного наслідку забороненого діяння, якщо цей наслідок вона передбачала чи могла передбачити»⁶.

Таким чином, за результатами аналізу наведених нормативно-правових актів можна констатувати, що підхід, який передбачає закріплення норми, яка регулює випадки поєднання двох форм вини є достатньо поширеним у зарубіжних державах. Разом із тим, в основному відповідна норма регламентує випадок, який передбачає умисел щодо усіх ознак основного складу злочину і необережність щодо наслідку як його кваліфікуючої ознаки. Також характерною ознакою правового регулювання аналізованого питання є закріплення норми про те, що відповідний злочин визнається умисним.

У свою чергу, окремі кримінальні кодекси передбачають поєднання двох форм вини і у випадках існування умислу щодо дії при необережному ставленні до наслідків, які є обов'язковою ознакою відповідного злочину. Так, згідно § 20 КК Данії: «якщо покарання чи більша суворість покарання залежить від того факту, що умисний злочин призвів до неумисного наслідку, то застосування такого покарання повинно мати місце, тільки якщо даний наслідок пояснюється недбалістю обвинуваченого чи якщо він в силу своїх можливостей не відвернув настання даного наслідку, після того як дізнався про небезпеку»⁷. Наведене законодавче положення свідчить про те, що відповідна норма регламентує випадки поєднання різних форм вини не лише щодо наслідку як кваліфікуючої ознаки злочину, але й як основної його ознаки.

Особливостями у контексті регламентації форм вини вирізняється КК ФРН, який в п. 2 абз. 9 § 11 встановлює, що «умисним у розумінні цього закону є діяння також тоді, коли воно утворює передбачений законом склад злочину, який стосовно дії передбачає умисел, а відносно спричиненого цією дією спеціального наслідку вважає достатнім необережність». Крім цього, непрямим підтвердженням можливості неоднорідного психічного ставлення до діяння та наслідку злочину є § 18 КК ФРН: «якщо закон передбачає за який-небудь особливий наслідок діяння більш суворе покарання, то це положення стосується виконавця або підбурювача і пособника тільки в тому випадку, якщо йому ставиться у вину по відношенню до цього наслідку, принаймні, необережність»⁸. Таким чином, у КК ФРН відповідну особливість, яка передбачає поєднання двох форм вини сформульовано саме як одну із ознак умисного злочину без використання термінів «складна», «змішана», «комбінована» форма вини, тощо. Крім того, як і КК Данії, КК ФРН характеризується тим, що він регламентує два випадки поєднання форм вини: умисел щодо дії та необережність щодо наслідків як обов'язкової ознаки складу злочину; умисел щодо дії та необережність щодо наслідку як кваліфікуючої ознаки складу злочину.

У ч. 2 ст. 38 КК Японії передбачено, що «якщо особа, що вчинила злочин, під час його вчинення не знала, що вчинює більш тяжкий злочин, ніж той, що вона, на її думку, вчинює, то до неї не можуть застосуватися міри відповідно до вчиненого нею в дійсності більш тяжкого злочину»⁹. В. Гримайло у контексті наведеної норми зазначає, що це формулювання (чи, принаймні, його російськомовний переклад), якщо розуміти його буквально, не дає можливості розглядати ситуації як такі, що регламентують складну вину. Основна проблема, на його думку, полягає в розумінні та тлумаченні словосполучення «не знала», від розкриття внутрішнього змісту якого залежить, що саме (яку саме кримінально-правову ситуацію, чи, можливо, дві одразу) намагався регламентувати законодавець¹⁰. Разом із тим, необхідно зауважити, що використання тих чи інших понять залежить від того, які із них використовуються у відповідному правовому акті. Очевидним є те, що запозичення певного позитивного досвіду має здійснюватись у спосіб, який б був характерним та традиційним для конкретної правової системи. У контексті КК України необхідно зауважити, що норма, яка б регламентувала випадки поєднання двох форм вини має бути сформульована винятково із використанням тих понять, які характеризують умисел та необережність, а саме «усвідомлення», «передбачення», «бажання», «припущення», «самовпевненість», «недбалість».

Щодо терміна, який використовується до позначення аналізованої правової категорії необхідно звернути увагу на те, що використання різних термінів у різних кримінальних законах можна пояснити зокрема, відсутністю єдиної позиції у цьому питанні в науці кримінального права. Так, можна виокремити такі варіанти найменування випадків поєднання різних форм вини: «змішана форма вини», «подвійна вина», «складна форма вини», «складна вина». При цьому, в науці кримінального права існують позиції щодо оцінки зазначених термінів як тотожних за змістом, так і наповнення їх різним змістом. Є. В. Шевченко у цьому контексті пропонує виокремлювати три групи випадків поєднання різних форм вини для позначення яких, на думку вченого, необхідно використовувати різні терміни: першу групу становлять одиничні ускладнені злочини, формула суб'єктивного змісту у яких може бути записана як «умисел + необережність» (умисне тяжке тілесне ушкодження, що спричинило смерть), для позначення якої пропонується використовувати термін «подвійна форма вини», друга група – делікти, у яких психічне ставлення винного до похідного наслідку може характеризуватись як умисною, так і необережною формою вини (доведення до самогубства або замаху на самогубство особи, що є наслідком жорстокого з нею поводження), для позначення якого використовується термін «складна форма вини»; третя група – злочини з альтернативно викладеними похідними наслідками, які можуть наставати одночасно, при яких щодо одних наслідків психічне ставлення характеризується умисною формою вини, а щодо інших – необережною. У такому випадку пропонується використовувати термін «комбінована форма вини»¹¹. Існування різних підходів як у законодавстві, так і у науці кримінального права свідчить про те, що питання використання того чи іншого терміну для позначення випадків поєднання різних форм вини потребує детального аналізу. Разом із тим, необхідно зауважити, що створення штучних відмінностей між тотожними за своєю правовою природою правовими поняття та перенесення таких відмінностей у норми закону про кримінальну відповідальність не сприятиме вдосконаленню правозастосовної практики, а скоріше навпаки, ускладнить її. Головним, на наш погляд, є фактор існування відповідної норми у статтях кримінального закону, який може бути забезпечено і без закріплення його назви.

Натомість існують законодавчі акти, у яких випадки необережного ставлення до наслідків при умисній формі вини до дії оцінюються як такі, що не є кримінально-караними. В якості прикладу можна навести КК Республіки Корея. Відповідно до § 2 ст. 15 цього кодексу, параграф перший якої регламентує фактичну помилку, закріплено, що «злочин, покарання за який є більш суворим при наявності певних результатів, не повинен каратися як більш тяжкий злочин у випадку, якщо такі результати не передбачалися»¹². Використання відповідного формулювання «якщо такі результати не передбачались» свідчить про те, що воно охоплює випадки необережного ставлення до наслідків, які згідно аналізованого нормативно-правового акту регулюються за правилами про фактичну помилку, яка, у свою чергу, виключає кримінальну відповідальність.

Таким чином, аналіз кримінального законодавства зарубіжних держав дозволяє виокремити чотири підходи до регламентації випадків поєднання різних форм вини при вчиненні злочину: 1) відсутність норми, яка б регулювала такі випадки; 2) наявність норми, яка регламентує випадки поєднання двох форм вини при умислі щодо дії та необережності щодо наслідків як обов'язкової ознаки злочину; 3) наявність норм, які регулюють випадки поєднання двох форм вини при умислі щодо дії та необережності щодо наслідків як обов'язкової ознаки злочину, а також – за яких має місце необережне ставлення до наслідків як кваліфікуючої ознаки злочину; 4) наявність норми, яка регламентує, що необережне ставлення до наслідків як кваліфікуючої ознаки злочину при умислі щодо дії не може оцінюватись за нормою, яка встановлює відповідальність за такий кваліфікований склад, а отже виключає кримінальну відповідальність за такою нормою.

Також, за результатами проведеного дослідження встановлено існування проблемних питань, які пов'язані із законодавчою регламентацією складної вини. Так, правового значення складна вина може набувати у двох випадках: умисел щодо дії і необережність щодо наслідків; умисел щодо дії та наслідків при необережному ставленні до наслідків, настання яких зумовлює більш сувору міру відповідальності. Проте, як зазначено вище, не всі кодекси, закріплюючи норму, яка б регламентувала поєднання форм вини, передбачають, що така норма поширюється на обидва випадки. Крім того, до числа проблемних можна віднести питання про термін, яким слід позначати поєднання форм вини: «змішана», «подвійна», «складна», «комбінована».

У контексті питання про підходи до регламентації у кримінальному законі положень, які б допускали складну вини при вчиненні злочину, за результатами проведеного дослідження встановлено, що відповідний підхід є досить поширеним у законодавстві зарубіжних держав. У свою чергу, слід констатувати, що внаслідок відсутності норми, яка б визначала правові наслідки складної вини, це питання залишається на розсуд правозастосовувача. Тобто, незважаючи на те, що закон про кримінальну відповідальність не визначає діяння, суб'єктивна сторона якого характеризується умисною формою вини щодо дії та необережністю стосовно наслідків, правозастосувач констатує їх поєднання у відповідних рішеннях. Прикладом застосування такого підходу характеризується судова практика в Україні. Так, відповідно до пункту 13 постанови Пленуму Верховного Суду України від 4 червня 2010 року № 7 «Про практику застосування судами кримінального законодавства про повторність, сукупність і рецидив злочинів та їх правові наслідки» у випадках, коли стаття чи частина статті Особливої частини КК передбачає спричинення відповідним діянням загибелі людини чи інших тяжких (особливо тяжких) наслідків, заподіяння таких наслідків через необережність охоплюється цією статтею чи частиною статті і окремою (додатковою) кваліфікацією за іншими статтями Особливої частини КК не потребує. Як приклад відповідного теоретико-практичного положення у зазначеній постанові

наводяться необережне заподіяння смерті чи тяжкого тілесного ушкодження при захопленні заручників, умисному знищенні або пошкодженні майна, перевищенні влади або службових повноважень.

Таким чином, результати проведеного дослідження дозволили визначити два основні аргументи, які свідчать на користь доцільності закріплення у Кримінальному кодексі України положення про поєднання двох форм вини при вчиненні одного діяння: по-перше, поширеність застосування відповідного підходу на практиці, незважаючи на відсутність відповідних правових передумов у кримінальному законі, по-друге, зарубіжний досвід закріплення відповідної норми безпосередньо у кримінальному законодавстві.

¹ Федоров М. О. Поняття вини у сучасній юриспруденції // Наука і правоохорона. – 2013. – № 2 (20). – С. 140–147. – С. 143.

² Рапог А. И. Субъективная сторона и квалификация преступлений / А. И. Рапог. – М.: Наука, 2001. – С. 26.

³ Уголовный кодекс Российской Федерации – [Электронный ресурс] – Режим доступа : http://www.consultant.ru/popular/ukrf/10_6.html#p276 – Назва з екрану.

⁴ Уголовный кодекс Республики Беларусь – [Электронный ресурс] – Режим доступа: http://etalonline.by/?type=text®num=НК9900275#load_text_nope_1_ – Назва з екрану.

⁵ Уголовный кодекс Грузии. – СПб.: Издательство «Юридический центр Пресс», 2001. – С. 90.

⁶ Уголовный кодекс Республики Польша. – СПб.: Издательство «Юридический центр Пресс», 2001. – С. 48–49.

⁷ Уголовный кодекс Дании. – СПб.: Издательство «Юридический центр Пресс». – 2001 – С. 86.

⁸ Уголовный кодекс ФРГ / Пер. с нем. А. В. Серебренниковой. – М.: Зерцало, – 2000. – С. 16.

⁹ Уголовный кодекс Японии. – СПб.: Издательство «Юридический центр Пресс», 2001. – С. 51–52.

¹⁰ Гримайло В. Неоднорідне психічне ставлення суб'єкта до обставин вчиненого ним злочину: деякі порівняльно-правові аспекти // Бюлетень Міністерства юстиції України. – № 4 (42). – 2005. – С. 89.

¹¹ Шевченко С. В. До питання змісту і співвідношення понять «змішана», «подвійна» і «складна форма вини» в кримінальному праві // Проблеми законності, 2011 – № 115. – [Електронний ресурс] – Режим доступа : <http://cyberleninka.ru/article/n/k-voprosu-soderzhaniya-i-sootnosheniya-ponyatiy-smeshannaya-dvoynaya-i-slozhnaya-forma-viny-v-ugolovnom-prave-1> – Назва з екрану.

¹² Уголовный кодекс Республики Корея. – СПб.: Издательство «Юридический центр Пресс», 2003. – С. 80.

Резюме

Доманова Т. Ю. Підходи до регламентації складної вини у законодавстві зарубіжних держав

У статті досліджується кримінальне законодавство зарубіжних держав на предмет регламентації випадків поєднання умислу та необережності при вчиненні одного злочинного діяння. За результатами дослідження встановлено існування проблемних питань, які пов'язані із законодавчою регламентацією складної вини. Правового значення складна вина може набувати у двох випадках: умисел щодо дії і необережність щодо наслідків; умисел щодо дії та наслідків при необережному ставленні до наслідків, настання яких зумовлює більш сувору міру відповідальності. Проте не всі кодекси, закріплюючи норму, яка б регламентувала поєднання форм вини, передбачають, що така норма поширюється на обидва випадки. Крім того, до числа складних віднесено питання про термін, яким слід позначати поєднання форм вини в одному діянні.

Ключові слова: вина, умисел, необережність, складна вина, змішана форма вини.

Резюме

Доманова Т. Ю. Подходы к регламентации сложной вини в законодательстве зарубежных государств.

В статье исследуется уголовное законодательство зарубежных государств на предмет регламентации случаев сочетания умысла и неосторожности при совершении одного преступного деяния. По результатам исследования установлено существование проблемных вопросов, связанных с законодательной регламентацией сложной вини. Правовое значение сложная вина может принимать в двух случаях: умысел относительно действия и неосторожность в отношении последствий; умысел относительно действия и последствий при неосторожном отношении к последствиям, наступления которых обуславливает более строгую степень ответственности. Однако не все кодексы, закрепляя норму, которая бы регламентировала сочетание форм вини, предполагают, что такая норма распространяется на оба случая. Кроме того, к числу сложных проблемных отнесен вопрос о понятии, которым следует обозначать сочетание форм вини в одном деянии.

Ключевые слова: вина, умысел, неосторожность, сложная вина, смешанная форма вини.

Summary

Domanova T. Approaches to the regulation of complex guilt (mens rea) in the law of foreign countries.

The article examines the criminal law of foreign countries in terms of regulation when combined intent and negligence occurred in the commission of a criminal act. The study revealed the existence of issues that are associated with the legislative regulation of complex guilt. Thus, the legal significance of complex guilt can take on two occasions, intent on actions and negligence of the consequences; intent on action and effects by careless attitude to consequences occurrence which causes a higher level of responsibility. However, not all codes, establishing a norm regulating combination forms provide that this rule applies to both cases. In addition, the number of problematic issues include a term used to refer cases a combination of forms of guilt.

Key words: guilt (mens rea), intent, negligence, complex guilt, mixed form of guilt.

О. А. ІВАХНЕНКО

*Олександр Анатолійович Івахненко, аспірант
Дніпропетровського державного університету
внутрішніх справ*

ЗАРУБІЖНИЙ ДОСВІД КРИМІНАЛІЗАЦІЇ ХУЛІГАНСЬКИХ ДІЯНЬ

Важливим прийомом отримання кримінально-правових знань є вивчення зарубіжного досвіду криміналізації тих чи інших діянь і порівняння з вітчизняним підходом до відповідних питань. У літературі зазначається, що порівняння залежно від об'єктів дослідження може проводитися на таких рівнях: а) макрорівень – порівняння типів права, правових сімей, правових систем чи галузей права; б) мікрорівень – порівняння правових інститутів, норм, окремих категорій¹. У межах цього дослідження здійснюється порівняння на мікрорівні, при цьому для порівняння використовується кримінальне законодавство тих країн, які не лише належать до однієї правової сім'ї – континентальної правової системи, але й мають найбільшу спорідненість між своїми національними законодавствами внаслідок історичних, соціально-економічних та соціально-психологічних традицій. Отже, для порівняння пропонується дослідити кримінальні кодекси тих держав, які утворилися на пострадянському просторі.

Питання кримінально-правової протидії хуліганським злочинам, у тому числі у порівняльному аспекті, розглядалися у роботах таких українських учених, як В. І. Борисов, І. М. Даньшин, В. Т. Дзюба, В. П. Ємельянов, А. П. Закалюк, О. М. Костенко, Л. О. Кузнецова, В. А. Ломако, О. А. Мартиненко, П. П. Михайленко, В. О. Навроцький, М. Л. Наклович, В. В. Налуцишин, А. В. Савченко, В. В. Сташис, А. П. Тузов, В. І. Тютюгін, М. І. Хавронюк, С. С. Яценко та ін. Але переважна увага при цьому приділялася складу злочину під назвою «хуліганство», тоді як у реальному житті хуліганський характер мають багато інших злочинів і в певних випадках про це або прямо вказується у статтях кримінального закону, або свідчить сам зміст суспільно небезпечних діянь.

Вивчення кримінального законодавства у галузі досліджуваної проблематики показує, що національний законодавець пострадянських країн неоднаковим чином ставиться як до визначення кола діянь, які вважаються хуліганськими, так і до визначення ознак складу хуліганства та інших складів, що містять ознаки діянь, вчинених з хуліганських мотивів, або хоча б і з інших мотивів, але вчинених з очевидним грубим порушенням громадського порядку, однак переважними при цьому залишаються загальні для всіх кримінальних кодексів цих країн положення та тенденції.

Так, у Кримінальному кодексі Литовської Республіки немає окремого складу злочину під назвою «хуліганство», а диспозиція ст. 284 («Порушення громадського порядку»), що міститься у Главі XL «Злочини та кримінальні проступки проти громадського порядку» має такий вигляд: «Той, хто у громадському місці зухвалими діями, погрозами, знущанням, вандалськими вчинками демонстрував неповагу до оточуючих та порушив громадський спокій або порядок»².

Як бачимо, особливістю цього складу злочину є те, що він своїми ознаками охоплює не лише дії, які традиційно називають хуліганством, але також і прояви вандалізму.

Водночас у Кримінальному кодексі Литовської Республіки (далі – КК) прямо передбачаються конкретні складі злочинів, вчинених з хуліганських мотивів, які мають місце на рині кваліфікуючих ознак певних складів злочинів. Зокрема, у п. 8 ч. 2 ст. 129 КК встановлюється відповідальність за вбивство, вчинене з хуліганських мотивів, у п. 8 ч. 2 ст. 135 КК – за вчинене з хуліганських мотивів заподіяння тяжкого тілесного ушкодження, у п. 8 ч. 2 ст. 138 КК – за вчинене з хуліганських мотивів заподіяння середньої тяжкості тілесного ушкодження³.

Більш того, у п. 3 ч. 1 ст. 60 КК Литовської Республіки як обставина, що обтяжує покарання, вказується вчинення злочину з хуліганських мотивів⁴.

Водночас у КК Латвійської Республіки і КК Республіки Молдова має місце склад хуліганства, але відсутні будь-які вказівки на вчинення з хуліганських мотивів інших злочинів.

Склад злочину під назвою «хуліганство» передбачається традиційно у кодексах всіх пострадянських держав (крім КК Литовської Республіки), але ознаки кримінально караного хуліганства суттєво відрізняються за рахунок неоднакових конструкцій диспозицій відповідних статей, у зв'язку з чим, залежно від особливостей конструкції, можна виділити шість типів диспозицій статей, що встановлюють відповідальність за хуліганство як таке:

1) диспозиція, яка містить ознаки так званого «простого» хуліганства і не охоплює жодних ознак зухвалості або цинізму (ст. 195 КК Естонської Республіки⁵);

2) диспозиція, яка містить ознаки простого хуліганства, а також ознаки цинізму (ст. 231 КК Латвійської Республіки⁶);

3) диспозиція, яка містить ознаки хуліганства, поєданого з насильством, знищенням чи пошкодженням майна (ст. 221 КК Азербайджанської Республіки⁷, ст. 258 КК Республіки Вірменія⁸, ст. 239 КК Грузії⁹, ст. 234

КК Киргизької Республіки¹⁰, ст. 237 КК Республіки Таджикистан¹¹, ст. 279 КК Туркменістану¹², КК Республіки Узбекистан¹³;

4) диспозиція, яка містить ознаки хуліганства, що відрізняється особливою зухвалістю чи винятковим цинізмом (ст. 339 КК Республіки Білорусь¹⁴, ст. 257 КК Республіки Казахстан¹⁵);

5) диспозиція, яка містить ознаки хуліганства, що відрізняється особливою зухвалістю чи винятковим цинізмом, або пов'язаного з опором представникові влади чи іншій особі, яка припиняє хуліганські дії (ст. 287 КК Республіки Молдова¹⁶);

6) диспозиція, яка містить ознаки лише такого хуліганства, що вчинюється або із застосуванням зброї чи інших схожих предметів, або за наявності екстремістських мотивів (ст. 213 КК Російської Федерації¹⁷).

Диспозиція ст. 296 КК України містить ознаки такого хуліганства, який передбачається у диспозиціях четвертої групи наданої класифікації і має такий вигляд: «Хуліганство, тобто грубе порушення громадського порядку з мотивів явної неповаги до суспільства, що супроводжується особливою зухвалістю чи винятковим цинізмом»¹⁸.

При цьому слід зауважити, що відсутність у КК Литовської Республіки складу злочину під назвою «Хуліганство» не означає відсутності складів злочинів, які встановлюють відповідальність за такі дії. Таким складом злочину є насамперед передбачений раніше згадуваною ст. 284 КК склад, який встановлює відповідальність за порушення громадського порядку, у тому числі за хуліганство та вандалізм. І це цілком зрозуміло, оскільки хуліганство і вандалізм – досить близькі явища. Тому, як зазначають О. М. Бандурка й А. Ф. Зелінський у відомій монографії, присвяченій розгляду питань вандалізму, багато актів вандалізму кваліфікуються у судах як хуліганство¹⁹.

Що стосується етимологічного походження терміна «вандалізм», то у Великому тлумачному словнику сучасної української мови визначення цього поняття здійснюється таким чином: «Вандали – 1. Група східногерманських племен, які завоювавши частину Римської імперії і Рим, знищили велику кількість цінних пам'яток мистецтва і архітектури. 2. Люди, які знищують, руйнують культурні цінності // некультурні, малосвідомі люди; Вандалізм – нещадне руйнування і нищення пам'яток мистецтва й культури // Безжальне ставлення до чого-небудь цінного»²⁰.

Самостійний склад вандалізму має місце у кримінальних кодексах Республіки Білорусь (ст. 341), Республіки Вірменія (ст. 260), Республіки Казахстан (ст. 258), Киргизької Республіки (ст. 235), Республіки Молдова (ст. 288), Російської Федерації (ст. 214), Республіки Таджикистан (ст. 237-1), але його визначення у зазначених статтях здійснено дещо інакше, ніж загальне визначення у відповідних словниках. У вказаних статтях кримінального закону вандалізм визначається як осквернення будинків або інших споруд, а так само знищення майна у громадському транспорті або громадських місцях. Що ж стосується відповідальності за умисне знищення або пошкодження пам'яток історії і культури, то вона встановлюється в інших статтях відповідних кодексів; в окремих статтях передбачається також відповідальність за наругу над державними символами, тілом померлого, могилою чи іншим місцем поховання померлого. Якщо та чи інша спеціальна норма про відповідальність за ті чи інші прояви вандалізму відсутня, то такі дії за певних обставин кваліфікуються згідно з тією статтею КК, яка передбачає відповідальність за хуліганство.

Така ж ситуація і з іншими діями, які за своєю суттю є хуліганськими, але в кодексах тих чи інших держав можуть бути піддані окремій криміналізації.

Так, у всіх кодексах, крім КК Республіки Молдова, окремо встановлено відповідальність за перешкодження здійсненню релігійного обряду, а у ст. 312 КК Республіки Білорусь, ст. 282 КК Грузії, ст. 205-1 КК Естонської Республіки, ст. 301 КК Республіки Казахстан, ст. 259 КК Латвійської Республіки, ст. 270 КК Республіки Молдова, ст. 219 КК Республіки Таджикистан і ст. 283 КК України окремо встановлюється відповідальність за самовільне без нагальної потреби зупинення поїзда.

У всіх розглянутих кодексах, крім КК Естонської Республіки, Латвійської Республіки та Республіки Узбекистан, має місце норма, яка передбачає відповідальність за завідомо неправдиве повідомлення про небезпеку. При цьому у ст. 340 КК Республіки Білорусь, ст. 285 КК Литовської Республіки аналогічно зі ст. 259 КК України як у назві, так і в диспозиції статті йдеться про загальну загрозу безпеці громадян, знищення чи пошкодження об'єктів власності; у ст. 259 КК Республіки Вірменія, ст. 331 КК Грузії, ст. 242 КК Республіки Казахстан як у назві, так і в диспозиції статті вказується на завідомо неправдиве повідомлення про акт тероризму; у ст. 216 КК Азербайджанської Республіки, ст. 228 КК Киргизької Республіки, ст. 281 КК Республіки Молдова, ст. 207 КК Російської Федерації, ст. 180 КК Республіки Таджикистан, ст. 272 КК Туркменістану назва статті говорить про завідомо неправдиве повідомлення про акт тероризму, а в диспозиції статті йдеться про завідомо неправдиве повідомлення про підготовку вибуху, підпалу або інших дій, які загрожують загибеллю людей чи іншими тяжкими наслідками. У зв'язку з цим виникає питання про те, різновидом яких дій є діяння, що передбачається вказаними статтями, – терористичних чи хуліганських. Вирішуючи це питання, в антитерористичній літературі дослідники доходять висновку, що завідомо неправдиве повідомлення про небезпеку є різновидом не терористичних, а хуліганських дій²¹, з чим слід цілком погодитись, оскільки до введення в кодекси цих спеціальних норм передбачені ними дії відповідно до кодексів радянських республік кваліфікувалися як злісне хуліганство.

Крім того, слід зауважити, що, наприклад, ст. 285 КК Литовської Республіки, яка передбачає відповідальність за неправдиве повідомлення про загрозу безпеці суспільства або про нещастя, що начебто сталося, міститься у главі XL «Злочини та кримінальні проступки проти громадського порядку» вслід за ст. 284

КК, яка передбачає відповідальність за порушення громадського порядку, тоді як ст. 250 КК, що передбачає відповідальність за терористичний акт, має місце у главі XXXV «Злочини проти громадської безпеки». Так само розміщено ст. 340 КК Республіки Білорусь, яка передбачає відповідальність за завідомо неправдиве повідомлення про небезпеку, і включена у главу 30 «Злочини проти громадського порядку та громадської моральності» вслід за ст. 339 КК («Хуліганство»), тоді як статті, в яких містяться ознаки терористичних злочинів (124, 126, 289, 290, 359), віднесено до інших глав КК.

Водночас у КК Республіки Вірменія ст. 259 КК, хоча й передбачає відповідальність лише за неправдиве повідомлення про акт тероризму, але міститься у главі 25 «Злочини проти громадського порядку та моральності» вслід за ст. 258 КК, що встановлює ознаки складу хуліганства, тоді як ст. 217, яка передбачає відповідальність за тероризм, міститься у главі 23 «Злочини проти громадської безпеки».

В інших кодексах хоча стаття, що встановлює відповідальність за завідомо неправдиве повідомлення про акт тероризму, і розміщена у главі, яка охоплює злочини проти громадської безпеки, зробити висновок щодо приналежності зазначеного злочину до терористичних неможливо, оскільки в кількох кодексах, які в окремих статтях встановлюють вичерпний перелік терористичних злочинів (ст. 214-1 КК Азербайджанської Республіки, ст. 233 КК Республіки Казахстан, ст. 226-2 КК Киргизької Республіки, ст. 134-11 КК Республіки Молдова, ст. 205-1 КК Російської Федерації, ст. 179-1–179-2 КК Республіки Таджикистан), розглядуваний злочин не включений до цього переліку, тобто є не терористичним, а хуліганським злочином.

Проведений аналіз змісту кримінальних кодексів пострадянських держав також показує, що у більшості кодексів хуліганські злочини визначаються не тільки як дія, а й як мотив, і передбачаються таким чином: 1) на рівні альтернативної ознаки основного складу злочину; 2) на рівні кваліфікуючої ознаки певного складу злочину; 3) на рівні обставини, що обтяжує покарання.

На рівні альтернативної ознаки основного складу злочину хуліганський мотив передбачено у ст.ст. 215-2, 215-3 та 245 КК Російської Федерації, ст. 276 КК Республіки Казахстан і ст. 299 КК України.

Отже, у диспозиції ст. 215-2 КК РФ встановлюється відповідальність за руйнування, пошкодження або приведення у непридатний стан об'єктів енергетики, електроз'язку, житлового чи комунального господарства або інших об'єктів життєзабезпечення, якщо такі діяння вчинено з корисливих або хуліганських мотивів, а у диспозиції ст. 215-3 КК РФ – за приведення у непридатний стан нафтопроводів, нафтопродуктопроводів чи газопроводів, якщо такі діяння вчинено з корисливих або хуліганських мотивів. Аналогічним чином у диспозиціях ст. 245 КК РФ, ст. 276 КК Республіки Казахстан та ст. 299 КК України встановлюється відповідальність за жорстоке поводження з тваринами і в якості альтернативної ознаки основного складу злочину передбачається вчинення такого злочину у тому числі з хуліганських мотивів.

На рівні кваліфікуючої ознаки певних складів злочинів хуліганський мотив указується в наступних випадках: у статтях, які передбачають відповідальність за умисне вбивство, умисне заподіяння тяжкого тілесного ушкодження, умисне заподіяння середньої тяжкості тілесного ушкодження, умисне заподіяння легкого тілесного ушкодження, нанесення побоїв, умисне знищення або пошкодження майна – у КК Російської Федерації; у статтях, які передбачають відповідальність за умисне вбивство, умисне заподіяння тяжкого тілесного ушкодження, умисне заподіяння середньої тяжкості тілесного ушкодження – у КК Азербайджанської Республіки, Республіки Вірменія, Республіки Казахстан, Киргизької Республіки, Литовської Республіки, Республіки Таджикистан, Туркменістану; у статтях, які передбачають відповідальність за умисне вбивство та умисне заподіяння тяжкого тілесного ушкодження – у КК Республіки Білорусь, Грузії, Естонської Республіки, Республіки Узбекистан; у статтях, які передбачають відповідальність за умисне вбивство, наругу над могилою чи іншим місцем поховання або над тілом померлого – у КК України.

На рівні обставини, що обтяжує покарання, вчинення будь-якого злочину з хуліганських мотивів прямо передбачено лише у п. 3 ч. 1 ст. 60 КК Литовської Республіки. У кодексах деяких інших держав як на обставину, що обтяжує покарання, вказується на вчинення злочину з «інших низьких мотивів» (ст. 61.1.6. КК Азербайджанської Республіки, п. 8 ч.1 ст. 64 КК Республіки Білорусь, п. 3 ч. 1 ст. 38 КК Естонської Республіки, п. 3 ч. 1 ст. 55 КК Киргизької Республіки, п. «п» ч. 1 ст. 62 КК Республіки Таджикистан, п. «к» ч.1 ст. 56 КК Республіки Узбекистан), що можна розцінювати як згадування у тому числі також і про хуліганські мотиви. Решта кодексів, у тому числі КК України, у відповідних статтях жодних згадувань про такого роду мотиви не містять.

Отже, проведений аналіз змісту кримінальних кодексів пострадянських держав показує, що у переважній кількості кодексів хуліганські злочини визначаються і як дія, і як мотив, а склади злочинів, що передбачають відповідальність за такі діяння, являють собою певний кримінально-правовий інститут, котрий складається з норм, що передбачають відповідальність за хуліганство як таке, за дії, що є хуліганськими за своєю суттю, але кваліфікуються за окремими статтями (вандалізм, самовільне без нагальної потреби зупинення поїзда, неправдиве повідомлення про небезпеку, перешкоджання здійсненню релігійного обряду, наруга над державними символами, тілом померлого, могилою чи іншим місцем поховання померлого тощо), а також норм, що встановлюють відповідальність за злочини, вчинені з хуліганських мотивів, і передбачають їх ознаки на рівні альтернативної ознаки основного складу злочину у диспозиції статті чи на рівні кваліфікуючої ознаки певного складу злочину, або в якості обставини, що обтяжує покарання.

¹ Бигич О. Л. Порівняльне правознавство: природа та методологічне значення : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00. 01 / Бигич Ольга Леонідівна. – К., 2002. – 208 с. – С. 123.

² Уголовный кодекс Литовской Республики / науч. ред. докт. юрид. наук, проф. В. Павилониса; предисл. канд. юрид. наук, доц. Н. И. Мацнева; вступ. статья докт. юрид. наук, проф. В. Павилониса, докт. юрид. наук, доц. А. Абрамовичуса, докт. юрид. наук, доц. А. Дракшене; пер. с лит. канд. филол. наук, доц. В. П. Казанскене. – СПб. : Юрид. центр Пресс, 2003. – 470 с. – С. 354–355.

³ Там само. – С. 242, 246, 248.

⁴ Там само. – С. 174.

⁵ Уголовный кодекс Эстонской Республики / науч. ред. и пер. с эст. В. В. Запелова; вступ. статья канд. юрид. наук, доц. Н. И. Мацнева. – СПб. : Юрид. центр Пресс, 2001. – 282 с. – С. 203.

⁶ Уголовный кодекс Латвийской Республики / науч. ред. и вступ. статья канд. юрид. наук А. И. Лукашова и канд. юрид. наук Э. А. Саркисовой; пер. с лат. канд. юрид. наук А. И. Лукашова. – СПб. : Юрид. центр Пресс, 2001. – 313 с. – С. 226.

⁷ Уголовный кодекс Азербайджанской Республики. – Баку : Юрид. лит., 2011. – 304 с. – С. 176–177.

⁸ Уголовный кодекс Республики Армения : [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.parliament.am> – Загол. з екрану.

⁹ Уголовный кодекс Грузии / науч. ред. З. К. Бигвава; вступ. статья канд. юрид. наук, доц. В. И. Михайлова; обзорн. статья докт. юрид. наук, проф. О. Гомкрелидзе; пер. с груз. И. Мериджанашвили. – СПб. : Юрид. центр Пресс, 2002. – 409 с. – С. 263.

¹⁰ Уголовный кодекс Кыргызской Республики : [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://online.adviser.kg> – Загол. з екрану.

¹¹ Уголовный кодекс Республики Таджикистан : [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.wipo.int> – Загол. з екрану.

¹² Уголовный кодекс Туркменистана : [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://aarhus.ngo-tm.org> – Загол. з екрану.

¹³ Уголовный кодекс Республики Узбекистан : [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.lex.uz> – Загол. з екрану.

¹⁴ Уголовный кодекс Республики Беларусь : [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://etalonline.by> – Загол. з екрану.

¹⁵ Уголовный кодекс Республики Казахстан : [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://online.zakon.kz> – Загол. з екрану.

¹⁶ Уголовный кодекс Республики Молдова : [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://lex.justice.md> – Загол. з екрану.

¹⁷ Уголовный кодекс Российской Федерации : [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.consultant.ru> – Загол. з екрану.

¹⁸ Кримінальний кодекс України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua> – Загол. з екрану.

¹⁹ Бандурка А. М. Вандализм / А. М. Бандурка, А. Ф. Зелинский. – Х. : Ун-т внутр. дел, 1996. – 198 с. – С. 31.

²⁰ Великий тлумачний словник сучасної української мови (з дод., допов. та CD) / уклад. і голов. ред. В. Т. Бусел. – К., Ірпінь : ВТФ «Перун», 2007. – 1736 с. – С. 111.

²¹ Емельянов В. П. Уголовно-правовое противодействие терроризму / В. П. Емельянов, М. Н. Иманлы, И. Н. Рыжов. – Х. : Право, 2014. – 88 с. – С. 80–82.

Резюме

Ивахненко О. А. Зарубіжний досвід криміналізації хуліганських діянь.

У статті здійснюється порівняльний аналіз встановлення відповідальності за хуліганські діяння у кримінальних кодексах пострадянських держав, який показує, що у переважній більшості кодексів хуліганські злочини визначаються і як дія, і як мотив, а склади злочинів, що передбачають відповідальність за такі діяння, являють собою певний кримінально-правовий інститут, котрий складається з норм, які містять ознаки хуліганства як такого та інших злочинів, вчинених з хуліганських мотивів.

Ключові слова: хуліганські діяння, склад злочинів, порівняльний аналіз.

Резюме

Ивахненко А. А. Зарубежный опыт криминализации хулиганских деяний.

В статье осуществляется сравнительный анализ установления ответственности за хулиганские деяния в уголовных кодексах постсоветских государств, который показывает, что в подавляющем большинстве кодексов хулиганские преступления определяются и как действие, и как мотив, а составы преступлений об ответственности за такие деяния представляют собой уголовно-правовой институт, состоящий из норм про хулиганство как таковое и других преступлений, совершенных из хулиганских побуждений.

Ключевые слова: хулиганские деяния, состав преступления, сравнительный анализ.

Summary

Ivakhnenko O. The foreign criminalization's experience for hooligan acts.

In the article the comparative analysis of accountability for hooligan acts in the criminal codes of the post-Soviet States is done. This analysis shows that in the vast majority of codes hooligan crimes are defined and as the action, and as a motive, and so the crimes about the responsibility for such acts. One represents criminal law institute, consisting of norms about hooliganism as such and other crimes committed from hooligan motives.

Key words: the hooligan acts, corpus delicti, the comparative analysis.

Я. Т. НАВАЛЯНА

Яна Тарасівна Наваляна, аспірантка Науково-дослідного інституту вивчення проблем злочинності імені академіка В. В. Сташиса НАПрН України

ПОНЯТТЯ ТА ВИДИ ЛАТЕНТНИХ ЗґВАЛТУВАНЬ

Розкриття змісту одних понять можливе лише при достеменному розумінні значення інших. Для правильного розуміння поняття «латентні зґвалтування» необхідне з'ясування основного категоріального апарату та визначення змісту термінів як «латентність» та «зґвалтування».

Словник іншомовних слів визначає термін «латентний» (від лат. *latens (latentis)* – прихований) як «прихований», «невидимий», «той, що не виявляє себе видимими ознаками»¹. У міжнародному значенні латентна ознака явища злочинності в основному позначається виразом «dark side», або «темний бік злочинності» чи «nonreported crimes», тобто «злочини, про які не було повідомлено поліції». Для позначення латентності також використовується термін «темна цифра» злочинності².

Єдиного визначення змісту латентності на сьогодні не існує, як і розуміння того, чи слід говорити про латентну злочинність як самостійне явище або ж розглядати латентність як властивість злочинності.

У науковій літературі можна знайти визначення латентності з точки зору криміналістики, кримінального процесу та кримінології, але всі вони ще досі викликають палкі дискусії серед кримінологів. Із позиції криміналістики та кримінального процесу латентність розуміється як «нерозкритість» злочину. У той же час кримінологічне визначення латентності пов'язане з поняттям «відомості» правоохоронним органам, тому всі вчинені, але не зареєстровані злочини є латентними³.

В. С. Зеленецький до латентних відносить злочини, які вчиняються, однак залишаються невідомими правоохоронним органам та суспільству в цілому⁴. Тобто ознака непоінформованості є необхідною та найбільш характерною для латентної злочинності.

В. Ф. Оболенцев пропонує розглядати латентність як «явище латентної злочинності взагалі, абстрактно, у відриві від її реального стану», а щодо конкретних злочинів, як їх особливий статус, за якого правопорушення не виявлені або внаслідок інших обставин про них не стало відомо відповідним органам, у зв'язку з чим відомості про них не відбиваються у статистичній звітності⁵.

Більшість авторів для встановлення змісту латентності злочинності використовують дві основні ознаки: «невідомість» та «неврахованість». Невідомість тлумачиться як сукупність злочинних діянь, які залишилися невідомими правоохоронним органам, а неврахованість вказує на те, що ці злочини не відображаються у статистичній звітності⁶.

Як справедливо зазначав І. М. Даньшин, до латентних не можна відносити, як це роблять криміналісти, злочини, які залишаються нерозкритими, а також суспільно небезпечні діяння, які не спричинили юридичних наслідків із різного роду неправомірних обставин. У цих обох випадках йдеться про конкретні зареєстровані злочини, а не про злочинність як соціальне явище в цілому. Латентна злочинність, на думку І. М. Даньшина, це сукупність фактично вчинених, однак невиявлених злочинів, відомості про які через це не відображаються у кримінально-правовій статистиці⁷.

Таким чином, латентність – це такий стан частини злочинності, при якому правопорушення залишаються невиявленими або невідомими правоохоронним органам і в результаті цього не відображаються в офіційній кримінально-правовій статистиці.

Латентність злочинності з'являється тоді, коли ті особи, що безпосередньо залучені в сферу кримінально-правових відносин, зокрема потерпілі, не турбуються про її виявлення та кримінальне переслідування. Це яскраво ілюструють кримінальні провадження у формі приватного обвинувачення. Зґвалтування без обтяжуючих обставин (ч. 1 ст. 152 Кримінального Кодексу України) та зґвалтування, вчинене повторно або особою, яка раніше вчинила будь-який із злочинів, передбачених статтями 153–155 Кримінального Кодексу України (ч. 2 ст. 152), у разі їх вчинення чоловіком (дружиною) потерпілого належать до кримінальних проваджень приватного обвинувачення. Вони можуть бути розпочаті лише за заявою потерпілого⁸. Тому потерпілі мають всю повноту повноважень у цій категорії проваджень, однак з якихось причин не подають заяв про вчинення щодо них кримінального правопорушення. Це в більшості випадків і призводить до латентності цієї категорії справ. Таким чином, до латентних зґвалтувань передусім необхідно відносити лише ту частину зґвалтувань, про які не заявила потерпіла сторона чи інший заявник.

Визначити та проаналізувати поняття латентних зґвалтувань неможливо без дослідження поняття зґвалтувань. Як слушно зазначає М. М. Корчовий, історично проблема зґвалтувань взаємопов'язана з падінням моралі, розпустою та проституцією, що «програмувало» психологію чоловіків на схильність до сексуальної вседозволеності, насильства та статевих оргій⁹.

Перші згадки про зґвалтування (тоді вони мали назву «пошибання») і означали зґвалтування чужої дружини або доньки) містилися в церковних статутах Володимира і Ярослава¹⁰. Якщо ці церковні статuti містили положення щодо відповідальності за зґвалтування жінок із шляхетних родин, то Статут Великого князівства Литовського 1529 р. передбачав відповідальність за зґвалтування жінки або дівчини «незалежно від її стану»¹¹.

Словник української мови тлумачить зґвалтування як примушення до статевого акту силою¹², акцентуючи таким чином увагу на тому, що необхідною умовою є застосування сили. Тобто в самому терміні вже закладена ідея насильства.

У ч. 1 ст. 152 Кримінального Кодексу України закріплено, що зґвалтуванням є «статеві зносини із застосуванням фізичного насильства, погрози його застосування або з використанням безпорадного стану потерпілої особи»¹³. Під статевими зносинами в цьому визначенні розуміється гетеросексуальний природний статевий акт, тобто вчинення статевого акту шляхом сполучення чоловічих та жіночих статевих органів. Дефлорація чи еякуляція для наявності складу злочину не є обов'язковою, оскільки він вважається закінченим із моменту початку статевого акту всупереч волі потерпілої особи.

Необхідною умовою притягнення до відповідальності за ст. 152 ККУ є застосування фізичного насильства, погрози його застосування або використання безпорадного стану потерпілого. За роз'ясненнями офіційних джерел, фізичне насильство тут виражається в «нанесенні удару, побоїв, позбавленні або обмеженні особистої волі, заподіянні тілесних ушкоджень різного ступеня тяжкості тощо і спрямовується на те, щоб учинити з потерпілою особою природний статевий акт, подолати здійснюваний або очікуваний з її боку фізичний опір, пов'язаний з небажанням вступити у статевий контакт»¹⁴. При цьому існує необхідність, щоб це небажання чітко виражалось у діях потерпілої особи, оскільки свого роду опір потерпілий може чинити і при звичайних статевих зносинах. Але, тим не менш, «насильство не є засобом вчинення статевого акту та ніколи не має настільки брутального характеру і не досягає такої насиченості, як при зґвалтуванні»¹⁵.

Під погрозою застосування фізичного насильства мається на увазі «заякування потерпілої особи застосуванням фізичного насильства за допомогою висловлювань, жестів, інших дій». Погроза обов'язково повинна сприйматися як реальна, що буде реалізована в разі відмови виконувати умови гвалтівника. Не має значення, чи мав злочинець насправді намір реалізувати погрозу та фактичну можливість втілити її в життя. Достатньо того факту, що потерпіла особа, зважаючи на обстановку, в якій опинилася, вважає свою протидію та невиконання вимог гвалтівника негайною причиною реалізації погроз злочинця¹⁶.

Безпорадний стан потерпілої особи визначається як відсутність у неї можливості розуміти характер і значення вчинюваних з нею дій за своїм фізичним чи психічним станом, або відсутність можливості чинити опір вступу з нею у статеві відносини. Тобто, виділяють два види безпорадного стану: психічна безпорадність та фізична безпорадність. Фізична безпорадність може мати місце при важких захворюваннях, які не є психічними, специфічних фізичних вадах, похилому віці, сильному сп'янінні, а психічна безпорадність проявляється в душевних хворобах, непритомному стані, інших формах несвідомого стану, а також малолітній вік потерпілої особи. Стан сп'яніння визнається безпорадним тоді, коли в результаті вживання алкоголю, наркотичних чи токсичних речовин особа не усвідомлювала обстановку, в якій опинилася та не мала фізичної можливості протидіяти вчинюваному із нею діям¹⁷.

Таким чином, розглянувши поняття «латентність» та «зґвалтування», можна сформулювати загальну дефініцію. Під латентними зґвалтуваннями слід розуміти частину зґвалтувань, про які не повідомили жертва або інший заявник, та в результаті не відображені кримінально-правовою статистикою.

Одним з критеріїв поділу латентних зґвалтувань можуть бути типові ситуації та особливості поведінки злочинців: латентні зґвалтування з метою самоствердження в чоловічій ролі, латентні зґвалтування в середовищі молодіжних груп, латентні зґвалтування знайомих жінок, латентні зґвалтування на основі парафілії у вигляді садизму, та латентні зґвалтування, зумовлені наявністю психопатичної симптоматики¹⁸.

Злочинці першого типу нападає зненацька на самотню жінку в безлюдних місцях, намагаючись не вступати із нею в контакт. Вибір жертви в цій ситуації часто буває випадковим, а характеристики потенційного потерпілого не є принциповими для гвалтівника. Оскільки зґвалтування – це не лише задоволення сексуальних потреб, не лише вияв власницької психології та примітивного відношення до жінки, не лише неповага до неї, а, перш за все, ствердження своєї особистості. Такі чоловіки зазвичай характеризуються позитивно вдома і на роботі, турботливі в родині, однак почуваються невпевнено в присутності жінок, мають страх перед ними. Вони займають по відношенню до жінки підпорядковану, пасивну позицію, жінка домінує над чоловіком та направляє його. Як правило, у таких чоловіків порушена аутоідентифікація з чоловічою роллю¹⁹.

Важливу роль при цьому відіграють збереження несвідомої емоційної залежності від матері, вплив рольових функцій сім'ї, в якій матері належить верховенство. У житті злочинець свідомо або несвідомо залежить від матері, дружини або іншої жінки. Щоб перебороти цю залежність, він скоює насильство.

Такими діями він несвідомо намагається знищити психологічне домінування жінок взагалі, а не окремих осіб, а також домогтися ідентифікації з чоловічою статевою роллю, самоствердитись, набути особистісно-емоційної автономію²⁰.

Слід зазначити, що характерною ознакою цих злочинів є те, що гвалтівник уникає контакту із жертвою, щоб не стати психічно залежним від неї. Оскільки в цьому разі злочинець переходить у підлегле становище, і вже не зможе вчинити насильство²¹. Жертви цього типу зґвалтувань можуть не звертатися за допомогою в правоохоронні органи у зв'язку зі страхом розголосу та суспільного осуду, або відчувають сором та глибокі переживання щодо події.

Щодо латентних зґвалтувань другого типу, тобто в середовищі молодіжних груп, то їх, у свою чергу, також поділяють на кілька видів. По-перше, це вчинення злочину щодо «спільних дівчат», добровільно або насильно втягнутих у злочинні групи, які намагаються самоствердитися в них. Ці дівчата зазвичай безвольні, слабохарактерні, фізично чи морально пригнічені та неодноразово піддавалися насильству, тому і не повідомляють, як правило, про вчинення щодо них зґвалтування. При цьому провокаторами зґвалтування можуть бути лідери цієї молодіжної групи, а також інші дівчата.

По-друге, це зґвалтування раніше незнайомих дівчат. Їх скоюють під час спільного дозвілля. Тут грає роль позиція лідера групи та його психологічні якості. Часто він є психопатичною особистістю з вираженою агресивністю, явними або прихованими патологічними насильницькими чи сексуально-насильницькими девіаціями. Переважна більшість гвалтівників є конформними, безініціативними та слабовільними особами, які самостійно ніколи би не наважились на подібного роду діяння²².

Третім типом є латентні зґвалтування раніше знайомих жінок. Вони можуть бути знайомими по роботі, друзями, такими, що познайомилися на вулиці чи дискотеках, або, що зустрічається не рідше, були родичами, перебували у шлюбі та раніше мали стосунки інтимного характеру. Цьому типу злочинів притаманне те, що зґвалтування несвідомо могли спровокувати жінки: флірт, добровільна згода залишитися ночувати у чоловіка, заохочення поцілунків і пестощів. Наприклад, жінка вступає в сексуальну гру з чоловіком, визначаючи йому при цьому пасивну роль. Жінка в такому випадку готова вести любовну гру до певної межі, а чоловік, звичайно, про це не здогадується. Але коли певна межа цієї сексуальної гри досягнута, жінка стає жорсткою та невмовною, визиваючи в чоловіка стан фрустрації. Жінка у цей час свідомо або несвідомо отримує психологічне задоволення від емоційних страждань чоловіка і його сексуальної незадоволеності. Однак справа тут не тільки в тому, що чоловік відчуває сильне сексуальне збудження, що потребує задоволення, а й у тому, що категорична відмова жінки на цьому етапі сприймається чоловіком як тяжке приниження його чоловічої гідності та удар по самооцінці. Або чоловік просто не сприймає серйозно відмову від статевої близькості, а вважає її кокетством жінки. Якщо на цьому етапі ситуація не завершується, настає зґвалтування. Жінки при цьому можуть не звертатися за захистом в правоохоронні органи, відчуваючи, що вони самі частково винні у тому, що сталося, або намагалися самостійно врегулювати зі злочинцем питання щодо відшкодування шкоди.

Певна частина гвалтівників мають парафілії у вигляді садизму. Такі чоловіки отримують задоволення від болю, що спричиняють жінці та прагнуть її страждань для отримання сексуального задоволення.

Зґвалтування, обумовлені наявністю психопатичної симптоматики, не пов'язані з сексуальними девіаціями чи перверсіями. Такі зґвалтування скоюють хворі на шизофренію, які часто не розуміють, що роблять під час галюцинацій або марення. Такі зґвалтування рідше за інші залишаються латентними, оскільки їх виконавців частіше за всіх злочинців затримують і притягують до кримінальної відповідальності, бо через свою патологію вони не можуть швидко зникати з місця події та залишають сліди.

¹ Словник іншомовних слів за ред. О. С. Мельничука. – К.: Головна редакція «Українська радянська енциклопедія» (УРЕ), 1977. – С. 385.

² *Горишков Г. Н.* Криминологический словарь. 2-е изд., доп. – Н. Новгород, 2007. – С. 182.

³ *Смирнов А. М.* Латентная преступность в России: учебное пособие. – М.: Юрлитинформ, 2013. – С. 14.

⁴ *Зеленецкий В. С.* Возбуждение уголовного дела / В. С. Зеленецкий – Харьков : КримАрт, 1998. – С. 36.

⁵ *Оболонец В. Ф.* Латентна злочинність: проблеми теорії та практики попередження. – Х.: Видавець СПД ФО Вапнярчук Н. М., 2005. – С. 19.

⁶ *Криминология: учебник / под ред. В. Н. Кудрявцева и В. Е. Эминова.* – 4-е изд., перераб. и доп. – М.: Норма, 2009. – С. 96.

⁷ *Даньшин И. Н.* Проблемы латентной преступности // Сб. крат. тезисов докл. и науч. сообщ. науч.-практ. конф. по итогам науч.-исслед. работ, вып. проф.-препод. составом УЮА в 1992 г. (4–5.03.1993). – Х.: Укр. юрид. акад., 1993. – С. 108–109.

⁸ *Кримінальний процесуальний кодекс України : станом на 1 січ. 2013 р. : відповідає офіц. тексту.* – Х. : Право, 2013. – Ст. 477.

⁹ *Корчовий М. М.* Кримінально-правове та криминологічне поняття зґвалтування // Вісник Національної академії внутрішніх справ України. – 1999. – Вип. 1. – С. 71–78.

¹⁰ *Кримінальна відповідальність за зґвалтування та насильницьке задоволення статевої пристрасті неприродним способом: монографія / А. В. Савченко, В. В. Кузнецов, Д. П. Москаль, М. В. Сийпюкі ; за заг. ред. д. ю. н., проф. О. М. Джузи.* – Ужгород : ТОВ «ІВА», 2012. – С. 13.

¹¹ *Отечественное законодательство XI–XX веков : пособие для семинаров. Ч. I (XI–XX вв.) / Под ред. О. И. Чистякова.* – М. : Юристъ, 2006. – С. 100.

¹² *Словник української мови: в 11 томах. Том 3.* – 1972. – С. 511.

¹³ *Кримінальний кодекс України : станом на 11 лют. 2013 р. : відповідає офіц. тексту / упоряд. В. І. Тютюгін.* – Х. : Право, 2013. – Ст. 152.

¹⁴ *Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред.: М. І. Мельник, М. І. Хавронюк.* – 9-те вид., переробл. та допов. – К. : Юрид. думка, 2012. – 1316 с.

¹⁵ *Джузи О. М.* Запобігання злочинам, пов'язаним із сексуальним насильством : Монографія. – К.: Атіка, 2009. – С. 37.

¹⁶ *Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред.: М. І. Мельник, М. І. Хавронюк.* – 9-те вид., переробл. та допов. – К. : Юрид. думка, 2012. – 1316 с.

¹⁷ Там само.

¹⁸ *Джузи О. М.* Вказана праця. – С. 80.

¹⁹ Барданова Е. В. Особенности выбора жертвы преступником / Е. В. Барданова // Практична психологія та соціальна робота : Науково-практичний та освітньо-методичний журнал. – 05/2010. – № 5. – С. 55.

²⁰ Там само.

²¹ Чуприков А. П., Цупрык Б. М. Общая и криминальная сексология: Учеб. пособие. – К.: МАУП, 2002. – С. 150.

²² Джусжа О. М. Вказана праця. – С. 81–83.

Резюме

Наваліана Я. Т. Поняття та види латентних зґвалтувань.

У статті розроблено поняття та пропонується визначення латентних зґвалтувань. Розглядаються види латентних зґвалтувань залежно від типових ситуацій та особливостей поведінки злочинців. Характеризуються латентні зґвалтування з метою самоствердження в чоловічій ролі, латентні зґвалтування в середовищі молодіжних груп, латентні зґвалтування знайомих жінок, латентні зґвалтування на основі парафілії у вигляді садизму, та латентні зґвалтування, зумовлені наявністю психопатичної симптоматики.

Ключові слова: латентні зґвалтування, статевая свобода і недоторканість, незареєстровані злочини, кримінально-правова статистика.

Резюме

Наваліана Я. Т. Понятие и виды латентных изнасилований.

В статье разработано понятие и предлагается определение латентных изнасилований. Рассматриваются виды латентных изнасилований в зависимости от типичных ситуаций и особенностей поведения преступников. Характеризуются латентные изнасилования с целью самоутверждения в мужской роли, латентные изнасилования в среде молодежных групп, латентные изнасилования знакомых женщин, латентные изнасилования на основе парафилии в виде садизма, и латентные изнасилования, обусловленные наличием психопатической симптоматики.

Ключевые слова: латентные изнасилования, половая свобода и неприкосновенность, незарегистрированные преступления, уголовно-правовая статистика.

Summary

Navaliana Y. The concept and types of latent rapes.

The paper developed the concept of latent rapes and offers its definition. Discusses the types of latent rape depending on typical situations and features of the behavior of criminals. This article describes the latent rapes in order to self-affirmation in the male role, latent rapes among youth groups, latent rapes of familiar women, latent rapes on the basis of paraphilia in the form of sadism, and latent rapes, due to the presence of psychopathic symptoms.

Key words: latent rapes, sexual freedom and integrity, unregistered crimes, criminal law statistics.

УДК 343.8.

В. Б. ПОЛЯХ

В'ячеслав Борисович Полях, здобувач Науково-дослідного інституту вивчення проблем злочинності імені академіка В. В. Сташиса НАПрН України

РЕСОЦІАЛІЗАЦІЯ НЕПОВНОЛІТНІХ, ЗАСУДЖЕНИХ ДО ПОЗБАВЛЕННЯ ВОЛІ: ПОНЯТТЯ ТА ЗНАЧЕННЯ

У криминології, педагогіці та науці кримінально-виконавчого права доволі сталою є думка, що саме ресоціалізація осіб, позбавлених волі, є основою для боротьби зі злочинністю, запобігання рецидиву злочинів¹. Оскільки ресоціалізація за загальним визначенням включає в себе виправлення, вона здатна знижувати ступінь суспільної небезпечності злочинця², з огляду на що головним завданням системи виконання покарань є саме ресоціалізація засуджених³. Остання теза знайшла своє відбиття й у Концепції реформування Державної кримінально-виконавчої служби України, схваленої Указом Президента України від 25 квітня 2008 р. № 401/2008, в якій прямо зазначено, що ресоціалізація засуджених є головною кінцевою метою функціонування кримінально-виконавчої служби.

Натомість, щоб глибше зрозуміти сутність ідеї ресоціалізації неповнолітніх, засуджених до позбавлення волі, а також чітко окреслити порядок її практичного впровадження, слід спочатку розглянути деякі загальні положення, пов'язані з цим поняттям, які в подальшому становитимуть концептуальну основу дослідження. Це визначення стосується, по-перше, загальнонаукового розуміння категорії «ресоціалізація», а, по-друге, специфіки визначення такої категорії, як неповнолітні. І хоча окремі вчені вказують на недоцільність термінологічної визначеності, оскільки для практичного працівника відмінності між «ресоціаліза-

цією» та іншими суміжними категоріями завжди будуть мінімальні, якщо не нульові⁴, ми вважаємо, що неточна термінологія дезорієнтує практичних працівників. Отож, починати слід саме з тлумачення категорії «ресоціалізація».

Вагомий внесок у розвиток вчення про злочинність неповнолітніх та роботи з ними під час відбування позбавлення волі зробили такі вітчизняні та зарубіжні науковці, як Ю. М. Антонян, В. С. Батиргарєєва, В. Й. Бочелюк, А. В. Блага, Б. М. Головкін, В. В. Голіна, А. П. Гусак, І. М. Даньшин, С. Ф. Денисов, О. М. Джужа, В. П. Ємельянов, А. П. Закалюк, А. Ф. Зелінський, І. І. Карпець, Н. Ф. Кузнецова, В. М. Кудрявцев, Г. М. Міньковський, М. С. Рибак, Ф. М. Решетніков, І. К. Туркевич, В. І. Шакун та ін. Однак фактично в юридичній науці відсутнє комплексне визначення поняття ресоціалізації неповнолітніх злочинців, засуджених до позбавлення волі. Формулювання вказаного поняття ми ставимо за мету даної статті; базою для цього слугуватимуть напрацювання вказаних авторів.

Чинний КВК України у ст. 6 надає визначення ресоціалізації як певної універсальної категорії, що має однакове значення для всіх засуджених до позбавлення волі: ресоціалізація – це свідоме відновлення засудженого в соціальному статусі повноправного члена суспільства; повернення його до самостійного загальноприйнятого соціально-нормативного життя в суспільстві. Незважаючи на наведене законодавче формулювання, у науці ресоціалізація тлумачиться дещо інакше, при цьому спільним є лише визнання, що вона являє собою складну соціально-правову категорію, що охоплює різні сторони єдиного процесу відновлення й розвитку соціально корисних зв'язків і відносин як під час відбування покарання, так і після цього⁵. Щоб підкреслити тривалість процесу ресоціалізації, окремо виділяється такий її підвид, як процес підготовки засудженого до повернення в суспільство, що ґрунтується на відновленні його позитивних зв'язків, відносин і на розвитку в цієї особи соціально корисних умінь і навичок, необхідних для повноцінного існування в суспільстві⁶.

Узагальнення наявних поглядів на ресоціалізацію дає змогу стверджувати, що її розуміють, як: 1) процес виправлення засудженого⁷ або формування в нього позитивних рис та якостей, які сприяють поважному ставленню до людини, суспільства, праці, норм моралі, звичаїв, традицій та стимулюють поведінку без порушень норм права⁸ чи реструктуризації соціальних якостей, тобто, ресоціалізацію⁹; 2) систему послідовних етапів, культурно-виховних заходів, що позитивно відображають дію і результати суб'єктивно-особистісного виховання засудженого, а також ефективність реабілітаційно-виховної роботи адміністрації установи кримінально-виконавчої системи¹⁰; 3) результат, що полягає у зміні особистості¹¹.

Подібним є й визначення ресоціалізації неповнолітніх: це комплекс дій, спрямованих на повторне засвоєння культури відносин у соціумі, формування (або відновлення) і закріплення у вихованців певних соціальних норм та ролей, стійкої просоціальної мотивації для усвідомленої відмови від норм кримінального середовища на користь загальноприйнятних здібностей; здобуття умінь та навичок, необхідних для їх успішного повернення суспільству¹²; процес повернення необхідних можливостей і здібностей неповнолітнього шляхом нейтралізації отриманих ним в результаті негативної соціалізації антигромадських цінностей і норм та подальшого засвоєння повторно або вперше позитивних, за оцінкою суспільства, соціальних норм, цінностей, зразків поведінки¹³; процес повторної соціалізації неповнолітнього на основі нейтралізації отриманих ним у результаті десоціалізації асоціальних норм, цінностей, негативних ролей, стереотипів поведінки та подальшого відновлення, збереження (або засвоєння вперше) та розвитку позитивних, за оцінкою суспільства, соціальних норм, цінностей, ролей, зв'язків, зразків поведінки з метою реінтеграції (повторної інтеграції) в суспільство після звільнення¹⁴. Єдиною відмінністю від поширених поглядів на ресоціалізацію взагалі є те, що стосовно засуджених до позбавлення волі неповнолітніх вона дотепер не сприймається як певний результат.

На практиці ресоціалізація засуджених неповнолітніх тлумачиться інакше. Зокрема, Державна пенітенціарна служба України (далі – ДПтСУ) стоїть на позиції, що основною метою ресоціалізації засуджених неповнолітніх є збереження їх здоров'я, гідності, формування у них почуття відповідальності та навичок, які сприятимуть їх поверненню у суспільство, допоможуть їм виконувати вимоги законів та задовольняти свої життєві потреби власними силами після звільнення¹⁵. Для досягнення мети ресоціалізації засуджених неповнолітніх у виховних колоніях діє комплексна система заходів, яка покликана забезпечити такі основні напрями: а) забезпечення умов життя засуджених, сумісних із людською гідністю та нормами, які прийняті у суспільстві; підтримання й розвиток у них почуття самоповаги через зведення до мінімуму негативних наслідків позбавлення волі та різниці між життям в ув'язненні і на волі; підтримання та зміцнення соціально-корисних зв'язків з рідними і громадськістю в інтересах засуджених та їх сімей; б) забезпечення підвищення освітнього рівня та отримання професійних навичок, надання можливості розвивати навички та нахили, які допоможуть їм успішно включитися у життя суспільства після звільнення¹⁶.

За своїм змістом пропоновані ДПтСУ заходи можуть забезпечити досягнення суто так званої «пенітенціарної ресоціалізації». До їх числа включено лише окремі заходи, що мають сприяти подальшій «постпенітенціарній ресоціалізації», хоча подібний підхід суперечить положенням КВК України, згідно з яким ресоціалізація визначається як певний та досягнутий результат. Саме тому, на наш погляд, більш прогресивними є підходи до ресоціалізації, висловлені іноземними фахівцями. У їх працях ресоціалізація визначається як процес формування нових та відмінних від тих, які особи мали раніше, знань і досвіду, соціальних установок, цінностей та поведінки¹⁷; засвоєння нових норм і цінностей, які виникають у випадку, коли особа приєднується до нової групи або коли життєві обставини різко змінюються¹⁸; процесу, в якому поведінка особи

не відповідає певним нормам, які є домінуючими, піддається динамічним програмам або втручанню у поведінку з метою встановлення або відновлення тих цінностей, поглядів та можливостей, які допомагають їй функціонувати згідно із згаданими нормами¹⁹. При цьому особами, що мають неадекватну соціалізацію, вважаються неграмотні, ті, кого вигнали зі старшої школи, злочинці, безробітні, які отримують соціальні виплати з безробіття, і ті, хто все життя перебуває на утриманні²⁰. Вважається, що ресоціалізація засуджених може відбуватись шляхом навчання їх тому, як відкинути свою власну відсталу ідентичність і допустити нові так звані нормативні моделі поведінки²¹. Як видається, наведений підхід є частково прийнятним при визначенні сутності категорії «ресоціалізація» стосовно неповнолітніх, оскільки переносить акцент з повторності чи відновлення на процес формування необхідних навичок.

Говорячи про процес ресоціалізації засуджених та уточнюючи використання цього терміна стосовно засуджених неповнолітніх, потрібно частково підтримати О. Л. Караман, яка помітила, що майже всі визначення містять такий ключовий та іноді єдиний термін, як «відновлення», що стосується «соціального статусу особистості, втрачених або несформованих соціальних навичок», «соціально корисних зв'язків і відносин особистості» тощо²². Подібні законодавчі та наукові формулювання викликають широку дискусію серед фахівців у галузі кримінально-виконавчого права. Не зупиняючись на критиці, якій неодноразово піддавались формулювання на кшталт «повноправний член суспільства», «самостійне загальноприйняте соціально-нормативне життя» тощо²³, звернемо увагу лише на такий момент. У тлумачному словнику української мови «відновлення» розуміють як набуття попереднього вигляду, стану, а також як надання попереднього вигляду чому-небудь пошкодженому, зіпсованому, зруйнованому, встановлення того, що було ліквідовано²⁴. Таким чином, коли ми говоримо про відновлення засудженого у соціальному статусі повноправного члена суспільства, ми повинні виходити з того, що він до засудження вже перебував у такому стані. Але численні дослідження доводять, що у більшості неповнолітніх, що потрапляють у колонії, взагалі не сформовані просоціальні якості через відсутність соціально визнаних прикладів, немає чітко вираженого соціального статусу тощо, й тому про відновлення будь-яких якостей тут говорити недоцільно²⁵.

Це підтвердило й наше дослідження. Серед засуджених багато дітей не відчували на собі позитивного впливу сім'ї, у них не сформувався міцний духовний стрижень особистості, відсутні й стійкі морально-етичні установки, що наклало відбиток на формування дефектної індивідуальної свідомості та вибір антисуспільної життєвої стратегії. Значною є кількість тих, хто зростав в атмосфері сімейного неблагополуччя, насильства, аморальності, що формувало їх соціальне відчуження, дезадаптацію, вороже сприйняття оточуючого середовища, породжувало різного роду девіації. Неблагополучна родина формує дітей за своїми образом і подобою. Характерними є залучення неповнолітніх до пияцтва, вживання психоактивних речовин, бійки, конфлікти, розбещеність у сім'ї, вчинення злочинів; «пасивний» приклад безкарної антигромадської поведінки, яку підліток сприймає як стереотип звичайної повсякденної, моральної поведінки; виштовхування дітей на вулицю, їх розчарування у батьках, відчуття власної ущербності. І хоча більшість дітей цього не виказували, було зрозуміло, що спроби показати батьків і рідних виключно з позитивної сторони були зумовлені саме відсутністю у них вагомих нормальних відносин. Інакше кажучи, для більшості неповнолітніх, які перебувають у місцях позбавлення волі, антисоціальна поведінка стала наслідком того, що вони не мали можливості засвоїти відповідні норми.

Саме через відсутність у більшості засуджених неповнолітніх необхідних позитивних навичок життя в суспільстві ми вважаємо недоцільним і використання терміна «ресоціалізація» щодо розглядуваної категорії, адже префікс «ре-» якраз і означає повторність, а також визначення цього поняття через категорію «повторна соціалізація». Соціалізація взагалі – процес, завдяки якому індивід набуває знань, цінностей, соціальних навичок і соціальної чуттєвості, які допомагають йому інтегруватись у суспільство і поводитись там адаптивно. Соціалізація – це життєвий досвід. Однак найчастіше цей термін використовується стосовно процесів, завдяки яким дитині навіюються цінності суспільства і його власні соціальні ролі²⁶. Останнє визначення соціалізації має стати ключовим при роботі з неповнолітніми засудженими, оскільки стосовно них процес входження в суспільство навряд чи буде повторним через повну відсутність позитивного соціального досвіду. Водночас соціалізація в умовах позбавлення волі обмежується лише формуванням у засудженого необхідних навичок, якостей, знань та вмінь, оскільки остаточне закріплення неповнолітнього в суспільстві можливе лише після звільнення.

За визначенням, наведеним у Великому тлумачному словнику сучасної української мови, «формувати» означає «надавати чому-небудь певної форми, вигляду, існування, створювати, надаючи якоїсь структури організації, форми; організовувати, створювати що-небудь». У свою чергу «форма» – це спосіб існування змісту, його внутрішня структура, організація і зовнішній вираз²⁷. Отже, форма – це зовнішнє вираження суті, порядку організації та структури, а формування – діяльність, спрямована на створення цієї структури. Звідси, виникнення у засудженого неповнолітнього соціального досвіду, визнання ним позитивних соціальних ролей, норм, цінностей, необхідних для успішної життєдіяльності в даному суспільстві, виступає бажаним вираженням (формою) внутрішніх змін засудженого, а їх формування означає запровадження та застосування у процесі виконання покарання певного набору явищ, здатних забезпечити зазначені зміни. Інакше кажучи, внаслідок перебування неповнолітнього в умовах позбавлення волі і відповідної роботи персоналу колонії з ним у засудженого повинні сформуватися прагнення та здатність до певної моделі соціальної поведінки. Саме це і стане наріжним каменем у подальшій соціальній адаптації неповнолітніх за умови належного сприяння в цьому та створить умови для виключення випадків рецидиву злочинів з їх боку.

Підбиваючи підсумки всьому вищевикладеному, можемо зробити наступні висновки та узагальнення:

- 1) з урахуванням специфіки такої категорії засуджених, як неповнолітні, доцільно увести у законодавство та практику категорію «соціалізація» замість «ре соціалізація»;
- 2) соціалізація неповнолітніх засуджених в період відбування покарання має визначатися як формування в них норм, ідеалів, цінностей, необхідних для успішної життєдіяльності в суспільстві;
- 3) у період відбування покарання діяльність із забезпечення соціалізації засуджених неповнолітніх має спрямовуватись на формування у них навичок, якостей, знань та вмінь відповідно до певної моделі соціальної поведінки.

¹ Садовникова М. Н. Ресоциализация несовершеннолетних, находящихся в местах лишения свободы / М. Н. Садовникова // Сибирский Юридический Вестник. – 2004. – № 2. – С. 81; *Наливайко В. С.* Ресоціалізація осіб, звільнених з місць позбавлення волі: терія і практика : навч. посіб. / В. С. Наливайко. – Луцьк : Місійна книжкова фабрика «Християнське життя», 2001. – С. 8.

² Южанин В. Е. Процесс ресоциализации в уголовном судопроизводстве / В. Е. Южанин. – Рязань : Ин-т права и экономики МВД России, 1992. – С. 16.

³ Синьов В. М. Підготовка спеціалістів для пенітенціарної теорії і практики / В. М. Синьов // Проблеми пенітенціарної теорії і практики. – К. : КІВС, 1996. – № 1. – С. 19.

⁴ Ягунов Д. Державна пенітенціарна служба України: деякі питання концептуального та термінологічного обґрунтування / Д. Ягунов // Актуальні проблеми державного управління : зб. наук. пр. ОРІДУ [голов. ред. М. М. Іжа]. – Одеса : ОРІДУ НАДУ, 2011. – Вип. 3 (47). – С. 178.

⁵ Кримінально-виконавчий кодекс України : наук.-практ. комент. / за заг. ред. А. Х. Степанюка. – Х. : Одиссей, 2005. – С. 8; Організація діяльності спостережних комісій: Положення про спостережні комісії : наук.-практ. комент. / І. С. Яковець. – М. : Penal Reform International, 2006. – С. 32.

⁶ Юридична енциклопедія : в 6 т. / голова редкол. Ю. С. Шемшученко. – К. : Укр. енцикл., 2003. – Т. 5. – С. 296.

⁷ Ващенко Р. В. Організаційно-правові питання ресоціалізації засуджених / Р. П. Ващенко, В. В. Сулицький // Проблеми пенітенціарної теорії і практики: Щорічний бюлетень Київського інституту внутрішніх справ / редкол.: В. М. Синьов (голов. ред.) та ін. – К. : КІВС, «МП Леся», 2003. – № 8. – С. 30.

⁸ Осауленко О. І. Диференціація та індивідуалізація виконання кримінальних покарань у виді позбавлення волі / О. І. Осауленко // Проблеми пенітенціарної теорії і практики: Щорічний бюлетень Київського інституту внутрішніх справ / редкол.: В. М. Синьов (голов. ред.) та ін. – К. : КІВС, «МП Леся», 2002. – № 7. – С. 60–61.

⁹ Рыбак М. С. Ресоциализация осужденных к лишению свободы: проблемы теории и практики : дис. ... д-ра юрид. наук / М. С. Рыбак. – Саратов, 2001. – С. 33–34.

¹⁰ Волкова Т. Н. Проблемы отбывания наказания и ресоциализации женщин, осужденных к лишению свободы : дис. ... канд. юрид. наук / Т. Н. Волкова. – М., 1995. – С. 28.

¹¹ Яковець І. С. Теоретичні та прикладні засади оптимізації процесу виконання кримінальних покарань : моногр. / І. С. Яковець. – Х. : Право, 2013. – С. 341.

¹² Підготовка до звільнення осіб, які відбувають покарання у виді обмеження або позбавлення волі на певний строк, у тому числі неповнолітніх : метод. посіб. / [В. М. Вовк, Т. В. Журавель, В. М. Калівошко та ін.]; за заг. ред. Т. В. Журавель, Ю. В. Пилипас. – К. : Версо-04, 2012. – С. 10.

¹³ Караман О. Л. Ресоціалізація неповнолітніх засуджених у пенітенціарних закладах: визначення поняття / О. Л. Караман // Вісник Луганського національного університету ім. Т. Шевченка. – 2011 – № 20. – С. 270–278.

¹⁴ Гусак А. П. Кримінологічні аспекти ресоціалізації неповнолітніх, засуджених за вчинення насильницьких злочинів, в умовах позбавлення волі : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / А. П. Гусак. – К., 2010. – 13 с.

¹⁵ Всеукраїнська нарада «З любов'ю та турботою до дітей» : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.kvs.gov.ua/punish/control/uk/publish/article> – Заголовок з екрана.

¹⁶ Виступ Голови Департаменту Кошинця В. В. на Міжнародній науково-практичній конференції «Стратегія розвитку партнерства державних органів і громадських організацій у процесі ресоціалізації неповнолітніх правопорушників та дотримання їх прав і законних інтересів при виконанні кримінальних покарань» : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.kvs.gov.ua/punish/control/uk/publish/article> – Заголовок з екрана.

¹⁷ Ferrante J. Sociology: A Global Perspective. – 8 ed. Cengage Learning, 2012. – P. 99; Kendall, D. Sociology in Our Times. – 9 ed. Cengage Learning, 2012. – P. 115.; Sociology 1000: Intro to Sociology : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.ulsu.ca/userfile/file/Sociology%201000.pdf> – Заголовок з екрана.

¹⁸ Sweeney, R. Resocialization : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://sweeneyr.faculty.mjc.edu/Resocialization.pdf> – Заголовок з екрана.

¹⁹ Kennedy D.B., Kerber A. Resocialization: An American experiment. – New York: Behavioral Publications, 1973. – P. 39.

²⁰ Stanko S., Gillespie W., Crews A.G Living in prison: a history of the correctional system with an insider's view. – Westport, Greenwood Publishing Group, 2004. – P. 64.

²¹ Cindy R., Philip B. Normalization of a deviant subculture: implications of the movement to resocialize mildly retarded people // Mid-American Review of Sociology, Volume 7, Number 1 (Spring, 1982). – P. 140. (P. 139–170) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://kuscholarworks.ku.edu/dspace/bitstream/1808/4907/1/MARSV7N1NC2.pdf> – Заголовок з екрана.

²² Караман О. Л. Вказана праця. – С. 270–278.

²³ Черненко М. П. Ресоціалізація Державною кримінально-виконавчою службою України засуджених до позбавлення волі / М. П. Черненко // Правова система України: історія, стан та перспективи : у 5 т. – Х. : Право, 2008. – Т. 5: Кримінально-правові науки. Актуальні проблеми боротьби зі злочинністю в Україні / за заг. ред. В. В. Сташиса. – С. 622.

²⁴ Lingvo Online – безкоштовний онлайн-словник : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.lingvo.ua/uk/Translate/uk-uk/> – Заголовок з екрана.

²⁵ *Калашник Н. С.* Уточнення понятійного апарату процесу ресоціалізації в соціально-педагогічній роботі з неповнолітніми в пенітенціарній системі України / Н. С. Калашник : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.kvs.zp.ua> – Заголовок з екрана; *Синьов В. М.* Педагогічні основи ресоціалізації злочинців / В. М. Синьов, Г. О. Радов, В. І. Кривуша та ін. – К. : МП «Леся», 1997. – 272 с.

²⁶ *Ребер А.* Социализация : [понятие] // Ребер А. Большой толковый психологический словарь : в 2 т. / Артур Ребер ; пер. с англ. Е. Чеботарева. – 2-е изд. – М., 2003. – Т. 2 : П–Я. – С. 379.

²⁷ Великий тлумачний словник сучасної української мови. – К.; Ірпінь : Перун, 2005. – С. 1543–1544.

Резюме

Полях В. Б. Ресоціалізація неповнолітніх, засуджених до позбавлення волі: поняття та значення.

Розглянуто сучасний стан наукової розробки проблем визначення поняття ресоціалізації неповнолітніх, засуджених до покарання у виді позбавлення волі. Визначається, що забезпечити відновлення неповнолітнього засудженого у соціальному статусі повноправного члена суспільства неможливо, оскільки він до засудження не перебував у такому стані. Дослідження доводять, що у більшості неповнолітніх, які потрапляють у колонії, взагалі не сформовані просоціальні якості через відсутність соціально визнаних прикладів, відсутній чітко виражений соціальний статус тощо. Відновити їх неможливо. Тому внаслідок перебування неповнолітнього у умовах позбавлення волі і відповідної роботи персоналу колонії з ним у засудженого повинні лише сформуватися прагнення та здатність до певної моделі соціальної поведінки. Автор доводить, що з урахуванням специфіки такої категорії засуджених, як неповнолітні, доцільно увести у законодавство та практику категорію «соціалізація» замість «ресоціалізація».

Ключові слова: неповнолітні, позбавлення волі, ресоціалізація, соціалізація, виконання кримінальних покарань.

Резюме

Полях В. Б. Ресоциализация несовершеннолетних, осужденных к лишению свободы: понятие и значение.

Рассмотрено современное состояние научной разработки проблем определения понятия ресоциализации несовершеннолетних, осужденных к наказанию в виде лишения свободы. Определяется, что обеспечить восстановление несовершеннолетнего осужденного в социальном статусе полноправного члена общества невозможно, поскольку он в осуждении не находился в таком состоянии. Исследования показывают, что у большинства несовершеннолетних, попадающих в колонии, вообще не сформированы просоциальные качества из-за отсутствия социально признанных примеров, отсутствует четко выраженный социальный статус и т.д. Восстановить их невозможно. Поэтому вследствие пребывания несовершеннолетнего в условиях лишения свободы и соответствующей работы персонала колонии с ним у осужденного должны только сформироваться стремление и способность к определенной модели социального поведения. Автор доказывает, что с учетом специфики такой категории осужденных, как несовершеннолетние, целесообразно ввести в законодательство и практику категорию «социализация» вместо «ресоциализация».

Ключевые слова: несовершеннолетние, лишение свободы, ресоциализация, социализация, выполнение криминальных наказаний.

Summary

Poliakh V. Resocialization juveniles sentenced to imprisonment: the concept and importance.

The current state of scientific research challenges the definition of resocialization of juveniles sentenced to penalties of imprisonment. Determined that a rebound juvenile convicted in the social status of a full member of society can not because he's conviction was not in that state. Studies show that most juveniles enter the colonies formed prosotsialni no money due to lack of socio recognized examples is not clearly defined social status, etc., and it is impossible to recover them. Therefore, due to stay in a juvenile prison conditions and appropriate staff colony with him the prisoner should be formed only desire and ability of a particular model of social behavior. The author argues that specific to this category of prisoners as juveniles, it is advisable to introduce legislation and practice in the category of "socialization" instead of "resocialization".

Key words: minors, imprisonment, resocialization, socialization, execution of criminal penalties.

О. Р. РОМАНИШИН

Олена Романівна Романишин, здобувач Київського університету права НАН України

ХАРАКТЕРИСТИКА СИСТЕМИ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ ОХОРОНИ ПОРЯДКУ ВИКОНАННЯ СУДОВИХ РІШЕНЬ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

Питання забезпечення належного порядку виконання судових рішень на сьогодні є одним із найбільш проблемних у правозастосуванні. У ч. 5 ст. 124 Конституції України визначено, що «судові рішення ухвалюються судами іменем України і є обов'язковими до виконання на всій території України»¹. В юридичній науці поширеним є визначення правосуддя як діяльності суду, здійснюваної у формі цивільного, адміністративного, кримінального, господарського та конституційного судочинства, яка проходить у встановлених законом процесуальних формах у судових засіданнях за участю сторін та інших учасників процесу й полягає у встановленні фактичних обставин справи та з'ясуванні істини у розглянутій справі шляхом дослідження доказів, що закінчується ухваленням рішення у справі із застосуванням норм відповідного матеріального закону². Таким чином, виконання судового рішення є кінцевим етапом правосуддя та забезпечує реалізацію встановлених у судовому рішенні юридичних фактів.

Гарантії реалізації механізму виконання остаточних судових рішень забезпечується як врегульованими нормами права порядком добровільного або примусового їх виконання (Закон України «Про виконавче провадження», Кримінальний виконавчий кодекс України), так і встановленням юридичної відповідальності, у тому числі кримінальної, за невиконання судових рішень.

Зазначимо, що в законодавстві України про кримінальну відповідальність створена та закріплена система кримінально-правової охорони порядку виконання судових рішень судів усіх юрисдикцій, складовою якої є відповідна система охорони кримінально-правовими засобами порядку виконання судових рішень, постановлених у кримінальному провадженні в порядку Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року (КПК 1960 року) та Кримінального процесуального кодексу 2012 року (КПК).

У науці кримінального права питання відповідальності за невиконання судових рішень, в тому числі судових рішень у кримінальному провадженні, були предметом дослідження багатьох науковців, серед яких можна виокремити наукові праці П. П. Андрушка, М. І. Бажанова, І. А. Вартилицької, П. А. Вороб'я, В. А. Головчука, О. М. Джузи, М. І. Мельника, А. В. Савченка, В. В. Сташиса, В. Я. Тація, М. І. Хавронюка та інших. Проте, дослідження питання визначення системи кримінально-правової охорони порядку виконання судових рішень у кримінальному провадженні, не проводилось.

Виходячи з наведеного, метою статті є дослідження повноти та цілісності кримінально-правової охорони порядку виконання судових рішень у кримінальному провадженні за допомогою системного підходу, що дасть можливість встановити складові частини такої охорони, системні зв'язки між ними та визначити поняття відповідної системи у статтях Загальної та Особливої частин КК України.

Як зазначає О. В. Кустовська, «будь-який об'єкт (явище, процес) завжди може бути представлений як система. Для того, щоб на початковому етапі пізнання уявити об'єкт як систему, необхідно так чи інакше розчленувати його, виявити, наприклад, просторово відокремлені частини або інші форми розчленування, а потім констатувати існування відносин цих частин у цілісній картині об'єкта»³. У юридичній літературі поняття система визначається як множина пов'язаних між собою елементів, які являють собою певне цілісне утворення⁴; упорядкована певним чином сукупність елементів, взаємопов'язаних між собою і утворюючих деяку цілісну єдність⁵. Тому головним нашим завданням є дослідження на основі застосування системного підходу питань регламентації та застосування кримінально-правових засобів охорони порядку виконання судових рішень у кримінальному провадженні.

У юридичній літературі наголошується, що системний підхід є конкретним проявом діалектичного методу в тих гносеологічних ситуаціях, коли предметом пізнання виявляються системні об'єкти⁶. На думку О. О. Кваші, «під час аналізу кримінально-правових інститутів доцільно застосовувати системно-структурний підхід, який вирішує дискусію щодо можливості існування безструктурних систем і безсистемних структур, а також відбиває сутність дослідження складних об'єктів, забезпечує його всебічність і повноту»⁷, також О. В. Кустовська наголошує, що «методологічна специфіка системного підходу полягає в тому, що метою дослідження є вивчення закономірностей і механізмів утворення складного об'єкта з певних складових. При цьому особлива увага звертається на різноманіття внутрішніх і зовнішніх зв'язків системи, на процес (процедуру) об'єднання основних понять у єдину теоретичну картину, що дає змогу виявити сутність цілісності системи»⁸.

На нашу думку, аналіз кримінально-правових норм за критерієм їх приналежності до забезпечення охорони порядку виконання судових рішень, постановлених судами у кримінальному провадженні дає можливість: 1) визначити особливості системного підходу до кримінально-правової охорони порядку виконання судових рішень у кримінальному провадженні; 2) визначити та встановити складові елементи цієї системи.

Зазначимо, що родовим об'єктом злочинів, що посягають на порядок виконання судових рішень, є порядок здійснення правосуддя, у свою чергу порядок виконання судових рішень є його видовим об'єктом. С. С. Мірошніченко зазначає, що «виходячи з видових об'єктів, усі злочини, передбачені у розділі «Злочини проти правосуддя», розподіляються на групи злочинів, які посягають на: 1) конституційні засади діяльності органів досудового слідства, прокуратури та суду; 2) життя, здоров'я, особисту безпеку, власність суддів та інших учасників судочинства; 3) одержання достовірних доказів та істинних висновків у справі; 4) відносини, що забезпечують своєчасне розкриття та припинення злочинних посягань; 5) відносини, що забезпечують належне виконання рішень, вироків, ухвал, постанов суду і призначеного покарання»⁹. На думку В. А. Головчука, «злочини, які посягають на порядок виконання судових рішень, – це передбачені КК України суспільно небезпечні винні діяння, які порушують нормальну діяльність: суду щодо здійснення правосуддя в частині точного та своєчасного виконання його приписів; органів та посадових осіб, що забезпечують виконання судових рішень (вироків, рішень, ухвал, постанов)»¹⁰.

Зазначимо, що кримінально-правові норми, які забезпечують охорону порядку виконання судових рішень у кримінальному провадженні, розміщені не лише в розділі XVIII Особливої частини КК України. Критерієм для виявлення таких норм є встановлення наявності у статті Загальної та Особливої частин КК України кримінально-правових наслідків за невиконання судового рішення у кримінальному провадженні. Йдеться про судові рішення, постановлені у порядку КПК 1960 року (вирок, ухвала, окрема ухвала, постановова) та у порядку КПК (вирок, ухвала, окрема ухвала). Тому для визначення системи кримінально-правової охорони порядку виконання судових рішень у кримінальному провадженні, її складових частин та засобів, використаних законодавцем для її побудови, необхідно дослідити статті як Загальної, так і Особливої частин КК України. Виявлення таких норм можливе з використанням методу системного тлумачення кримінального закону, який складає, за визначенням Т. С. Коханок, «інтелектуально-вольову діяльність, спрямовану на з'ясування (усвідомлення) та (чи) роз'яснення смислу кримінального закону (його окремих приписів), що базується на використанні сукупності прийомів та правил, розроблених на підставі вчення про систему законодавства, врахуванні системоутворюючих та системних зв'язків кримінального закону, а також результати цієї діяльності»¹¹.

Виходячи із наведеного, з використанням системного підходу до дослідження складових кримінально-правової охорони судових рішень у кримінальному провадженні, для з'ясування складових відповідної системи слід дослідити склади злочинів, безпосереднім об'єктом яких виступає порядок виконання судового рішення всіх юрисдикцій; склади злочинів, безпосереднім об'єктом яких виступає порядок виконання судового рішення у кримінальному провадженні; норми Загальної частини КК України, що встановлюють наслідки кримінально-правового характеру у випадку невиконання судового рішення у кримінальному провадженні.

У юридичній літературі зазначається, що диференціацією кримінальної відповідальності є розчленування, розподіл відповідальності в кримінальному законі, коли законодавець встановлює різні правові наслідки, залежно від типового ступеня суспільної небезпеки злочину та особи злочинця¹². Також, за визначенням Т. В. Непомнящої, диференціація кримінальної відповідальності й покарання проявляється в умовному засудженні, і в примусових заходах медичного характеру, і в примусових заходах виховного характеру¹³. Зазначимо, що загальні норми, що встановлюють кримінальну відповідальність за невиконання судового рішення усіх юрисдикцій, спеціальні норми, що встановлюють відповідальність за невиконання окремих видів судових рішень у кримінальному провадженні та встановлені у Загальній частині КК України правові наслідки невиконання судових рішень у кримінальному провадженні є засобами диференціації кримінальної відповідальності за невиконання судових рішень. При цьому така диференціація заснована на врахуванні особливостей виду судового рішення у кримінальному провадженні (проміжне (ухвала, постановова), або остаточне (ухвала, вирок)), ознак спеціального суб'єкта (різні кримінально-правові наслідки за невиконання судового рішення по умовному звільненню від покарання для неповнолітніх, вагітних жінок і жінок, які мають дітей віком до трьох або до семи років тощо); виду покарання, від виконання якого ухиляється засуджений (ст.ст. 389, 390 КК України); спеціального виду судового провадження, за наслідками якого постановлене судове рішення (ст. 389-1 КК України) тощо.

Окремо слід зазначити, що аналіз статей Загальної частини КК України також свідчить про наявність окремої групи норм, що визначають підстави для забезпечення виконання судових рішень, постановлених у кримінальному провадженні в інших державах. Так, зокрема, згідно ч. 1 ст. 9 КК України вирок суду іноземної держави може бути врахований, якщо громадянин України, іноземець або особа без громадянства були засуджені за злочин, вчинений за межами України, та знову вчинили злочин на території України. За правилами ч. 4 ст. 10 КК України виконання в Україні вироку іноземного суду чи міжнародної судової установи можливо, якщо діяння, внаслідок вчинення якого було ухвалено вирок, згідно з КК України визнається злочином або було б злочином у разі його вчинення на території України.

Таким чином, статті Загальної частини КК України містять види правових наслідків врахування засудження особи за межами України, частина з яких (ч. 4 ст. 10 КК України) встановлена з метою забезпечення виконання вироку суду іноземної держави, зокрема і у випадку ухилення засудженого від покарання, яке призначене таким вироком на території іншої держави. Зазначимо, що у випадку невиконання такого судового рішення наступають регламентовані у статтях Загальної та Особливої частин КК України правові наслідки невиконання або неналежного виконання рішення суду у кримінальному провадженні.

Т. С. Коханок, досліджуючи питання сукупності прийомів системного тлумачення закону про кримінальну відповідальність, визначає їх вичерпний перелік, зокрема це: «1) встановлення місця припису в системі кримінального закону; 2) встановлення інших приписів, які перебувають у взаємозв'язку із приписом, що потребує тлумачення на основі системоутворюючих зв'язків; 3) встановлення інших приписів, які перебувають у взаємозв'язку із приписом, що потребує тлумачення на основі системних зв'язків; 4) встановлення юридичної сили всіх приписів, які перебувають у зв'язку із приписом, що потребує тлумачення; 5) зіставлення, порівняння і розмежування приписів, які перебувають у зв'язку із приписом, що потребує тлумачення¹⁴.

Визначаючи повноту закріплення у КК України системи кримінально-правової охорони порядку виконання судових рішень у кримінальному провадженні, зазначимо, що остання може бути поділена на три складові частини (групи кримінально-правових норм).

До першої групи можна віднести склади злочинів, що забезпечують охорону порядку виконання судового рішення судів всіх юрисдикцій. До цієї групи належить: 1) ст. 382 (невиконання судового рішення); 2) ст. 388 (незаконні дії щодо майна, на яке накладено арешт, заставленого майна або майна, яке описано чи підлягає конфіскації) в частині вчинення таких дій щодо майна, на яке накладено арешт слідчим суддею, судом у кримінальному провадженні.

До другої групи можемо віднести склади злочинів, що забезпечують охорону порядку виконання судового рішення лише у кримінальному провадженні. До таких належать: 1) статті, що встановлюють кримінальну відповідальність за невиконання судового рішення, зокрема ст. 389 (ухилення від покарання, не пов'язаного з позбавленням волі), ст. 389-1 (умисне невиконання угоди про примирення або про визнання винуватості), 390 (ухилення від відбування покарання у виді обмеження волі та у виді позбавлення волі); 2) статті, що встановлюють кримінальну відповідальність за порушення встановленого кримінально-виконавчим законодавством правового режиму відбування визначеного судовим рішенням покарання, зокрема це ст. 391 (злісна непокоря вимогам адміністрації установи виконання покарань), ст. 392 (дії, що дезорганізують роботу установ виконання покарань), ст. 393 (втеча з місця позбавлення волі або з-під варти), ст. 394 (втеча із спеціалізованого лікувального закладу), ст. 395 (порушення правил адміністративного нагляду).

Третю групу складають кримінально-правові норми Загальної частини КК України, що встановлюють наслідки кримінально-правового характеру у випадку невиконання судового рішення у кримінальному провадженні. До таких належать: 1) порушення умов передачі особи на поруки, встановлених в ухвалі про звільнення особи від кримінальної відповідальності за ст. 47 КК України. Правові наслідки – притягнення до кримінальної відповідальності за вчинений нею злочин; 2) порушення умов звільнення від покарання та його відбування з випробуванням (ч. 2 ст. 78, ч. 2 ст. 104). Правові наслідки – направлення засудженого для відбування призначеного покарання; 3) порушення умов звільнення від відбування покарання з випробуванням вагітних жінок і жінок, які мають дітей віком до семи років (ч. 5 ст. 79). Правові наслідки – направлення засудженого для відбування призначеного покарання згідно з вироком суду; 4) порушення умов звільнення від відбування покарання вагітних жінок і жінок, які мають дітей віком до трьох років (ч. 5 ст. 83). Правові наслідки – направлення засудженого для відбування призначеного покарання згідно з вироком суду; 5) ухилення неповнолітнього, що вчинив злочин, від застосування до нього примусових заходів виховного характеру (ч. 3 ст. 97). Правові наслідки – притягнення до кримінальної відповідальності за вчинений злочин. Окремо до цієї групи потрібно віднести положення ч. 4 ст. 10 КК України щодо правових наслідків, пов'язаних з невиконанням вироку іноземної держави.

Зазначимо, що до третьої групи норм ми не відносимо правові наслідки, що виникають у зв'язку із вчиненням особою нового злочину під час строку дії звільнення від покарання з однієї з передбачених КК України підстав. У цьому випадку фактично невідбуте на час вчинення нового злочину покарання має бути приєднано до покарання за новий злочин за правилами, передбаченими у статтях 71 і 72 КК України.

Таким чином, визначені три складові системи кримінально-правової охорони судових рішень у кримінальному провадженні становлять повноту та цілісну єдність такої кримінально-правової охорони. Така система має містити норми, категорії і поняття, які є узгодженими з її іншими структурними частинами, тому визначення таких складових системи надає можливість у подальшому дослідити системно-структурні зв'язки елементів такої системи та виявити проблемні аспекти у цій сфері.

Слід наголосити, що система кримінально-правової охорони порядку виконання судових рішень у кримінальному провадженні є складовою частиною системи кримінально-правової охорони порядку виконання судових рішень судів усіх юрисдикцій. При цьому поняття системи кримінально-правової охорони порядку виконання судових рішень у кримінальному провадженні може бути визначено як впорядкована сукупність взаємопов'язаних між собою норм, передбачених у розділах II, IX, XII, XV Загальної частини та розділі XVIII Особливої частини КК України, що утворюють цілісну єдність кримінально-правової охорони порядку виконання судових рішень у кримінальному провадженні.

Така система спрямована законодавчо забезпечити належний порядок виконання судових рішень у кримінальному провадженні такими засобами: шляхом диференціації кримінальної відповідальності за невиконання таких судових рішень в залежності від виду судового рішення; встановлення кримінально-правових наслідків невиконання судових рішень у кримінальному провадженні, що пов'язані з врахуванням цього юридичного факту як підстави для відновлення кримінального провадження за вчинений злочин з подальшим винесенням вироку; наслідки невиконання судового рішення у кримінальному провадженні, пов'язані

ного з порядком призначенням покарання або умовним звільненням від такого, що полягають у направленні особи для подальшого відбування покарання.

¹ Конституція України // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

² Тимченко С. М. Судові та правоохоронні органи України : навч. посіб. / С. М. Тимченко. – К. : Центр навчальної літератури, 2004. – С. 25.

³ Кустовська О. В. Методологія системного підходу та наукових досліджень : курс лекцій / О. В. Кустовська. – Тернопіль: Економічна думка, 2005. – С. 32.

⁴ Философский словарь / [под ред. М. М. Розенталя, П. Ф. Юдина]. – М. : Политиздат, 1963. – С. 405.

⁵ Садовский В. Н. Методологические проблемы исследования объектов, представляющих собой системы / В. Н. Садовский // Социология в СССР : в 2 т. – М. : Наука, 1965. – Т. 1. – 1965. – С. 173.

⁶ Каган М. С. Системный подход и гуманитарное знание : [избранные статьи] / Каган М. С. – Ленинград : Изд-во Ленинград. ун-та, 1991. – С. 17.

⁷ Кваша О. О. Співучасть у злочині: сутність, структура та відповідальність: автореф. дис. ... докт. юрид. наук 12.00.08 / Кваша Оксана Олександрівна. – К., 2013. – С. 12.

⁸ Кустовська О. В. Вказана праця. – С. 5.

⁹ Мірошніченко С. С. Злочини проти правосуддя: теоретичні і прикладні проблеми запобігання та протидії: автореф. дис. ... докт. юрид. наук 12.00.08 / Мірошніченко Сергій Сергійович. – К., 2012. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://inter.criminology.onua.edu.ua/?p=3648>

¹⁰ Головчук А. В. Кримінально-правова охорона порядку виконання судових рішень: автореф. дис. ... канд. юрид. наук 12.00.08 / Головчук Віталій Анатолійович. – К., 2012. – С. 79.

¹¹ Коханюк Т. С. Системне тлумачення кримінального закону: автореф. дис. ... канд. юрид. наук 12.00.08 / Коханюк Тетяна Сергіївна. – Л. – 2011. – С. 7 (21 с.)

¹² Кудашев Ш. А. Проблемы дифференциации уголовной ответственности за хищение чужого имущества (в законе и судебной практике) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 / Ш. А. Кудашев ; Московск гос. ун-т им. М. В. Ломоносова. – М., 2007. – С. 8 (23 с.)

¹³ Непомнящая Т. В. О принципах назначения наказания / Т. В. Непомнящая // Журнал российского права. – 2003. – № 9. – С. 80.

¹⁴ Коханюк Т. С. Вказана праця. – С. 6.

Резюме

Романишин О. Р. Характеристика системи кримінально-правової охорони порядку виконання судових рішень у кримінальному провадженні.

У статті досліджуються питання характеристики системи кримінально-правової охорони порядку виконання судових рішень у кримінальному провадженні. На підставі аналізу норм Загальної та Особливої частин КК України визначено статті, що складають відповідну систему, визначено способи диференціації кримінальної відповідальності за невиконання судових рішень у кримінальному провадженні. З урахуванням системно-структурного підходу надано визначення поняття системи кримінально-правової охорони порядку виконання судових рішень у кримінальному провадженні.

Ключові слова: судові рішення, система, кримінально-правова охорона, диференціація кримінальної відповідальності, правові наслідки.

Резюме

Романишин Е. Р. Характеристика системы уголовно-правовой охраны порядка исполнения судебных решений в уголовном производстве.

В статье исследуются вопросы характеристики системы уголовно-правовой охраны порядка исполнения судебных решений в уголовном производстве. На основании анализа норм Общей и Особенной частей УК Украины определены статьи, составляющие соответствующую систему, определены способы дифференциации уголовной ответственности за неисполнение судебных решений в уголовном производстве. С учетом системно-структурного подхода дано определение понятия системы уголовно-правовой охраны порядка исполнения судебных решений в уголовном производстве.

Ключевые слова: судебное решение, система, уголовно-правовая охрана, дифференциация уголовной ответственности, правовые последствия.

Summary

Romanishyn O. Characteristics of the system of criminal protection order enforcement of judgments in criminal proceedings.

This article explores the characteristics of the criminal protection order enforcement of judgments in criminal proceedings. On the basis of analysis of general and specific parts of the Criminal Code of Ukraine determined articles, which constitute the system identified ways differentiation of criminal liability for failure to judgments in criminal proceedings. Given the systemic-structural approach provided a definition of the system of criminal protection order enforcement of judgments in criminal proceedings.

Key words: judgment, system, criminal legal protection, the differentiation of criminal responsibility, legal consequences.

А. А. СОЛДАТЕНКО*Ангеліна Анатоліївна Солдатенко, аспірантка
Київського університету права НАН України***ВІДМЕЖУВАННЯ ПРИЧЕТНОСТІ ДО ЗЛОЧИНУ ВІД СПІВУЧАСТІ**

Частка суспільно небезпечних посягань, вчинених у співучасті, традиційно значна у структурі злочинності України. Тому цьому інституту кримінального права приділялася й зараз приділяється належна увага у теорії кримінального права. Зокрема, свої праці дослідженню співучасті присвячували В. О. Алексєєв, Д. П. Альошин, П. П. Андрушко, В. П. Бахін, І. М. Борисов, М. П. Берестовий, Ф. Г. Бурчак, М. К. Гнетєв, О. Ф. Долженков, Р. Р. Галіакбаров, Н. О. Гуторова, В. П. Ємельянов, А. Ф. Зелінський, М. С. Карпов, О. О. Кваша, Г. А. Крігер, С. А. Кузьмін, І. П. Малахов, М. І. Мельник, Ю. В. Москвін, В. О. Навроцький, Р. С. Орловський, А. В. Савченко, І. В. Сервецький, А. І. Писецький, В. С. Прохоров, П. Ф. Тельнов, М. І. Хавронюк, В. П. Шеломенцев та інші. Дослідженню причетності, її окремих видів присвячували свої праці А. С. Беніцький, Г. Б. Віттенберг, П. М. Панченко, І. А. Бушуєв, Г. І. Баймурзін, В. Г. Смірнов, Б. С. Утевський, Р. А. Хрулінський-Бурбо та ін. Незважаючи на ґрунтовну розробку кожного з цих інститутів у науці кримінального права залишилися недостатньо розробленими питання відмежування співучасті від причетності, вивчення спільних і відмінних рис цих інститутів в українському кримінальному праві. Дискусійними залишаються саме поняття причетності, його сутність та її місце у структурі кримінального права, окремі види, спільні та відмінні ознаки, які розмежовують поняття злочину, причетності і співучасті. У наукових джерелах висловлені різні погляди на віднесення причетності до загальної частини кримінального права, спірним залишається і визнання потурання самостійним видом досліджуваного інституту. Дана публікація має на меті висвітлити ці питання і погляди автора на шляхи їх вирішення.

У науці кримінального права склалися наступні доктринальні підходи на співвідношення співучасті та причетності до злочину.

Перший з них визнає причетність видом співучасті. Наприклад, у деяких країнах англо-саксонської системи права, наприклад у Великобританії і США особи, причетні до злочину, визнаються співучасниками т.зв. другого ступеня, хоч і вчиняють своє діяння після вчинення основного або головного злочину¹. Отже, для визнання особи співучасником згідно з цією теорією не має значення, коли мало місце причетне діяння, до чи після основного посягання. Причетність у кримінальному праві України також історично відокремилася від інституту співучасті у злочині. Свого часу особи, причетні до вчинення злочину, а також, винні в потуранні іншому посяганням, розцінювалися як співучасники. Ціла низка німецьких криміналістів, наприклад, Борст, Клейн, Тітман, Клейншорд, А. Фейербах вважали осіб, причетних до вчинення злочину, співучасниками. У німецькому кримінальному праві прихильники визнання причетності видом співучасті класифікували усіх співучасників на винуватців, пособників та причетних до злочину². Вперше термін причетність був вжитий у декреті Ради народних комісарів РРФСР від 8 травня 1918 року «Про хабарництво». Згідно з п. 2 даного нормативного акту причетні до давання хабара службовці піддаються такому ж покаранню як і безпосередні винуватці. Другим нормативним актом, що передбачав відповідальність за причетність до злочинів, був Декрет Раднаркому від 22 червня 1918 року «Про спекуляцію». Стаття 2 цього Декрету проголошувала: «Підбурювачі, пособники і причетні до названих вище діянь особи караються нарівні з головним винуватцем». Аналогічні норми містилися й у низці інших нормативних актів. Отже, поняття причетності почало вживатися законодавцем безпосередньо у нормативних актах і повністю ототожнювалося із співучастю у злочині. Дещо конкретизовано були викладені норми про причетність у Керівних началах з кримінального права РРФСР 1919 року. Відповідно до ст. 24 цього нормативного акту «пособниками є ті, хто, не приймаючи безпосередньої участі у виконанні злочинного діяння, сприяє його виконанню словом або ділом, порадами, вказівками, усуненням перешкод, прихованням злочинця або слідів злочину, або потуранням, тобто не перешкоджанням вчиненню злочину³. У радянський період розвитку кримінального права, частиною якого на той час було й кримінальне право нашої країни, характеризується виокремленням інституту причетності від співучасті й розгляду його, як у теорії, так і на нормативному рівні, як самостійного кримінально-правового поняття.

2. Друга доктрина, представниками якої виступили деякі німецькі й російські криміналісти 19-го ст., не визнавала причетність співучастю, але надавала діяльності причетної особи статус злочину, додаткового до основного посягання, визнаючи за причетністю акцесорний характер злочинної діяльності. Діяння, що являє собою причетність, розглядалося не самостійно, а тільки у взаємозв'язку з основним злочинном, до якого воно і є причетним.

А. І. Бушуєв висловив думку, що нова теорія, не визнаючи причетність співучастю, розцінює даний інститут як самостійну форму співвинуватості, додатковою винністю⁴. При цьому вчений використовував аналогічні погляди деяких німецьких науковців, зокрема Бауера, Зандера, а також дореволюційного російсь-

кого криміналіста О. С. Жиряєва. Останній вважав, що при спільній злочинній діяльності декількох злочинців може бути присутня співучасть і причетність. В обґрунтування своїх поглядів О. С. Жиряєв вказував, що особи, причетні до іншого злочину, завжди віддаються до суду спільно з особами, винними в основному (первинному) посяганні, а караність осіб, винних у причетності завжди залежить від караності основних злочинців (осіб, винних в основному посяганні)⁵. Сама поява такої оригінальної кримінально-правової доктрини обумовлена розвитком вчення про співучасть, а подібне визначення природи причетності дуже наближене до співучасті. Очевидним недоліком такого підходу для визначення місця причетності у кримінальному праві було визнання т. зв. спільної вини співучасників і осіб, причетних до посягання. Крім цього, з позицій причетності як додаткового, а не самостійного злочину важко пояснити кваліфікацію окремих видів причетності як самодостатніх кримінальних деліктів. Звертає на себе увагу й змішування згаданими вище науковцями у науці кримінального права матеріальних (поняття і місце причетності у кримінальному праві) й процесуальних (спільний розгляд проваджень за основним злочином і причетним діянням) інститутів. Принцип спільної вини невідомий вітчизняному кримінальному законодавству і суперечить іншій його засаді: принципу індивідуальної відповідальності.

3. Третій підхід у науці кримінального права зводиться до надання як співучасті, так і причетності самостійного кримінально-правового значення, визнаючи кожне з цих понять самодостатнім інститутом кримінального права. Саме так і сформульовані у КК України обидва ці інститути.

Визначені нормативно ознаки причетності контрастують із поняттям співучасті. Частина 5 ст. 27 КК України розпочинається словами «Не є співучастю...». Отже, закон про кримінальну відповідальність прямо передбачає, що особи, причетні до вчинення злочину, у будь-якому разі не можуть визнаватися співучасниками.

Співучасті і причетності притаманні спільні ознаки. Зближує їх вже сам факт, що лише на певному етапі розвитку кримінального права саме з співучасті, а не з іншого інституту Загальної частини кримінального права була відокремлена причетність. Важливою спільною ознакою і причетності, і співучасті є форми, у яких можливе вчинення кожної з них. Загально визнано у науці кримінального права, що діяльність окремих співучасників можлива як у формі активних дій, так і бездіяльності. Дане положення стосується і причетності. Після декриміналізації недонесення, причетність також може проявлятися у формі дій, а один з її видів – потурання – може бути вчиненням шляхом бездіяльності.

Другою важливою спільною рисою цих інститутів є обов'язкова участь двох суб'єктів злочину. Відповідно до ст. 26 КК України співучастю є умисна спільна участь двох або більше суб'єктів у вчиненні умисного злочину. Стосовно співучасті важливо, щоб кожен з співучасників був наділений усіма ознаками суб'єкту злочину. У слідчій і судовій практиці зустрічаються помилки, коли один з учасників не є суб'єктом злочину, наприклад, не досягнув віку, з якого настає відповідальність за скоєне, але дії іншого спільника кваліфікують як злочин, вчинений за попередньою змовою групою осіб. Скасовуючи постановлені у кримінальній справі рішення колегія суддів Судової палати з кримінальних справ Верховного Суду України зазначила «згідно з ст. 26 КК України співучастю у злочині є умисна спільна участь декількох суб'єктів злочину у вчиненні умисного злочину». Вирок суду змінено, оскільки вчинення засудження злочину у сфері незаконного обігу наркотичних речовин за участю малолітньої дитини, яка не досягла віку, з якого настає кримінальна відповідальність за цей злочин, не можна кваліфікувати як вчинений групою осіб⁶.

Аналогічна ухвала була постановлена колегією суддів Судової палати з кримінальних справ Верховного Суду України 8 липня 2010 року⁷. На нашу думку, ці помилки зумовлюються попереднім змістом ст. 19 КК України 1960 року, у якій співучастю визнавалася спільна участь двох або більше осіб (а не суб'єктів) у вчиненні злочину. У нині чинному КК України ця неточність усунута, однак поодинокі випадки зазначених вище помилок ще трапляються у слідчій та судовій практиці.

При причетності до злочину (котрий має свого суб'єкта) одним суб'єктом злочину вчиняється діяння, яке можна розцінювати як основне або головне (первинне), а іншим суб'єктом злочину – діяння, що являє собою причетність. Важливо, що це не може бути одна й та сама особа: якщо виконавець основного злочину приховує наслідки свого діяння – причетність відсутня. На цю обставину слушно звернув увагу А. С. Беніцький⁸. Даний автор наводить приклад причетності, коли одна особа може бути виконавцем основного, так званого предикатного злочину, а потім діяння – що є причетним до згаданого первинного посягання. Це легалізація коштів, здобутих злочинним шляхом⁹. Таким чином, у підсумку завжди є два самостійних кримінальних правопорушення з двома суб'єктами, і лише у одному випадку – з одним суб'єктом. Діяння, що являє собою причетність, можливе під час або після вчинення основного злочину. Однак потурання в часі може вчинятися і до початку основного злочину, зокрема на стадії готування до такого¹⁰.

Іноді межу між причетністю і співучастю провести непросто. Якщо особа заздалегідь, ще до вчинення злочину, обіцяла вчинити дії, перераховані у ч. 6 ст. 27 КК України, вона набуває статусу співучасника, про що прямо наголошено у ч. 5 цієї ж статті. Якщо такі діяння не обіцяні заздалегідь, то вони являють собою причетність до злочину. Але важливо, що йдеться саме про види причетності, а не про будь-які суспільно небезпечні посягання, вчинені у зв'язку з іншим злочином. Якщо особа заздалегідь обіцяє, що після вчинення злочину надасть у кримінальному провадженні завідомо неправдиві показання – співучасть відсутня, але відсутня і причетність. У цьому зв'язку цікавий приклад з судової практики навів проф. А. А. Піонтковський у своїй монографії «Вопросы Общей части уголовного права в практике судебно-прокурорских органов». Х., знаючи про розбій, вчинений її чоловіком, підбурила своїх знайомих Л. і Г. створи-

ти винному штучне алібі і надати про це завідомо неправдиві покази. За таке діяння Х. була засуджена як співучасник розбою за приховання цього злочину. Судова колегія з кримінальних справ Верховного суду СРСР такий вирок скасувала і кваліфікувала дії Х. як підбурювання до давання завідомо неправдивих показань¹¹. З цього прикладу можна зробити висновок, що ще у 1949 році траплялися вирoki судів, де приховування злочину розцінювалось як співучасть у злочині.

Свого часу судовою практикою було вироблено критерії, за якими певні дії визнавалися співучастю або причетністю. Деякі усталені погляди у судовій практиці стосовно застосування норм про співучасть і причетність при розгляді кримінальних справ про викрадення чужого майна навіть знайшли своє відображення у керівних роз'ясненнях Пленуму Верховного Суду СРСР. Так у п. 13 постанови № 4 від 11 липня 1972 року «Про судову практику у справах про розкрадання державного і громадського майна» зазначено, що як співучасть у розкраданні слід кваліфікувати заздалегідь обіцяне придбання завідомо викраденого майна і заздалегідь обіцяну реалізацію такого майна, а також систематичне придбання у одного й того ж самого викрадача викраденого майна особою, котра усвідомлювала, що це дає можливість викрадачеві розраховувати на сприяння у збуті такого майна¹².

Нормативне визначення співучасті є визначальним і для окреслення поняття причетності до злочину, хоча останнє по суті зводиться до перерахунку окремих видів причетності і порівняння їх з поняттям співучасті. Так, відповідно до ч. 6 ст. 27 КК України не є співучастю не обіцяне заздалегідь переховування злочинця, знарядь і засобів вчинення злочину, слідів злочину чи предметів, здобутих злочинним шляхом, або придбання чи збут таких предметів. Особи, які вчинили ці діяння, підлягають кримінальній відповідальності лише у випадках, передбачених ст.ст. 198 та 396 КК України. Якщо подібні діяння обіцяні заздалегідь, вони є пособництвом, тобто співучастю у злочині.

Не є співучастю обіцяне до закінчення вчинення злочину неповідомлення про достовірно відомий підготовлюваний або вчинюваний злочин. Такі особи підлягають кримінальній відповідальності лише у випадках, коли вчинене ними діяння містить ознаки іншого злочину (ч. 7 ст. 27 КК України). Друге речення цієї норми сформульоване таким чином, начебто воно регулює певну категорію суб'єктів злочину, а не вчинені ними діяння.

Заздалегідь обіцяне неповідомлення про злочин не можна визнати пособництвом, оскільки такий вид інтелектуального пособництва не передбачений ч. 5 ст. 27 КК України. Крім цього неповідомлення про злочин, навіть заздалегідь обіцяне жодним чином не сприяє вчиненню основного злочину, не усуває жодних перешкод до цього¹³. На сьогодні такий вид причетності як недонесення декриміналізований, хоча встановлено кримінальну відповідальність за неповідомлення належним установам про перебування особи у небезпечному для життя становищі (ст. 136 КК України).

Однією з об'єктивних ознак співучасті є причинний зв'язок між діяльністю кожного з співучасників і спільним для них усіх злочинним результатом. Такий причинний зв'язок відсутній у причетності, за винятком потурання злочину на стадії його готування, коли бездіяльність особи, зобов'язаної перешкодити можливому злочину перебуває у певному зв'язку із вчиненим безперешкодно злочинним посяганням. Також причетність перебуває у причинному зв'язку з суспільно небезпечними наслідками основного посягання, якщо вона вчинена після початку первинного діяння, однак до його завершення. Особливо це стосується продовжуваних злочинів і злочинів з так званим матеріальних складом, коли настання суспільно небезпечних наслідків після вчинення діяння відтерміноване у часі.

Дискусійним у теорії кримінального права залишається і віднесення причетності до Загальної частини. Зокрема, відомий дореволюційний криміналіст В. Д. Спасович вперше обґрунтував, що причетність розпадається на кілька самостійних злочинів, котрі повинні розглядатися в Особливій частині кримінального права. Подібну позицію займали також М. Д. Сергієвський, П. Д. Калмиков. Г. Віттенберг вказував, що в науці кримінального права матеріально-правова природа причетності залишається невизначеною¹⁴. Висловлювалася у доктрині і позиція про цілковиту відсутність інституту причетності. Авторство такої позиції належить Б. С. Утевському. Подібні погляди висловлював й Р. А. Хрулінський-Бурбо у статті «Против інститута прикосновенности в теории советского уголовного права», опублікованій у «Вчених записках Свердловського юридичного інституту». Останній з названих авторів заперечував існування причетності у кримінальному праві, тому що не визнавав однієї з об'єктивних ознак співучасті – причинного зв'язку між діями співучасників і спільним для них суспільно небезпечним результатом такої діяльності. Р. А. Хрулінський-Бурбо вважав, що не причинний зв'язок, а просто зв'язок між співучасником і його діянням є однією з об'єктивних ознак співучасті. Відтак начебто не має значення, до чи після злочину вчинюється діяння, пов'язане з таким посяганням. У будь-якому разі, на думку науковця, такі злочини пов'язані між собою і обидва є проявами співучасті. В обґрунтування своєї позиції Р. А. Хрулінський-Бурбо наводить декілька прикладів з судової практики 1940–1950-х років, де приховування, недонесення та потурання розцінювалися судами різних інстанцій як пособництво у злочині¹⁵. Однак поодинокі пропозиції і заперечення щодо існування причетності у кримінальному праві не знайшли підтримки серед науковців. Аргументацію Р. А. Хрулінського-Бурбо не можна визнати бездоганною, як і інші пропозиції цього науковця – зокрема ввести кримінальну відповідальність за недонесення про вчинене вбивство чи викрадення чужого майна¹⁶. І. А. Бушуєв відстоював позицію комплексного характеру інституту причетності, який, на думку вченого містить у собі елементи і Загальної, і Особливої частин кримінального права¹⁷. Дійсно, саме в Загальній частині проводиться відмежування співучасті причетності, хоч і споріднених, але самостійних понять. Так само у

Загальній частині визначаються окремі види причетності, які закріплені в якості самостійних складів у Особливій частині кримінального права. Причетність є інститутом Загальної частини кримінального права, хоча її види є окремими кримінально-правовими деліктами. Особлива частина галузі визначає вичерпний перелік злочинів і покарання за їх вчинення. Безспірно при цьому, що поняття злочину, його матеріальні і формальні ознаки належить до Загальної частини. Поняття причетності, її об'єктивні та суб'єктивні ознаки належать до Загальної частини кримінального права і є підставою для визнання окремих складів злочинів видами причетності.

Адже інститут причетності складають декілька її видів. На сьогодні такий її вид як недонесення, відсутній, натомість з'явилися нові види причетності до злочину, наприклад, заздалегідь не обіцяне сприяння учасникам злочинних організацій (ст. 256 КК України). Вважаємо, що поняття та ознаки причетності, спільні для усіх її видів, повинні бути визначені на нормативному рівні в Загальній частині КК України. Поняттю причетності і переліку її видів слід присвятити окрему норму в чинному КК України. Адже окремі ознаки даного інституту у ч. 6 ст. 27 КК України сформульовані фрагментарно і не відображають усіх існуючих видів причетності, а визначення останньої взагалі відсутнє на законодавчому рівні.

У результаті проведеного дослідження нами отримані такі висновки. Причетність як інститут кримінального права до певного часу розвивалася в межах вчення про співучасть у злочині. Співучасть передбачає спільну умисну участь двох і більше суб'єктів злочину у вчиненні умисного злочину, а у разі причетності основне (первинне) посягання вчиняється одним суб'єктом злочину, а причетне до нього діяння – іншим суб'єктом. Ці два суб'єкти не можуть збігатися в одній особі. Суспільно-небезпечна діяльність співучасників перебуває у причинному зв'язку із спільним для усіх них злочинним результатом. Такий зв'язок відсутній у причетності за винятком злочинного потурання. Також причетність перебуває у причинному зв'язку з суспільно небезпечними наслідками основного посягання, якщо вона вчинена після початку первинного діяння, однак до його завершення. Насамперед це стосується продовжуваних злочинів і злочинів з так званим матеріальним складом, коли настання суспільно небезпечних наслідків після вчинення діяння відстрочене у часі.

¹ *Энциклопедия уголовного права*. Т. 6. / [проф. Малинин]. – Санкт-Петербург: СПб ГКА, 2007. – С. 526.

² *Бушуев И. А.* Ответственность за укрывательство преступлений и доноительство. – М.: Изд-во Юридическая литература, 1965. – С. 7–8.

³ *Панченко П.* Преступное попустительство. – Иркутск: Изд-во Иркутского государственного университета, 1976. – С. 7–9.

⁴ *Бушуев И. А.* Вказана праця. – С. 20.

⁵ Там само. – С. 21.

⁶ Судова практика Верховного Суду у кримінальних справах за 2008–2009 роки / за ред. П. П. Пилипчука. – К.: Істина, 2011. – С. 280–282.

⁷ Судова практика Верховного Суду у кримінальних справах за 2010 рік / за ред. П. П. Пилипчука. – К.: Істина, 2012. – С. 20–21.

⁸ *Беніцький А. С.* Причетність до злочину: проблеми кримінальної відповідальності. – Луганськ, 2014. – С. 19.

⁹ Там само. – С. 61.

¹⁰ Там само. – С. 19.

¹¹ *Пионтовский А. А.* Вопросы общей части уголовного права в практике судебно-прокурорских органов. – М.: Государственное изд-во юридической литературы, 1954. – С. 15–16.

¹² Сборник Постановлений Пленума Верховного Суда СРСР. – М.: Изд-во «Известия советов Депутатов трудящихся СССР», 1974. – п. 13.

¹³ *Беніцький А. С.* Причетність до злочину: проблеми кримінальної відповідальності. – Луганськ, 2014. – С. 33.

¹⁴ *Виттенберг Г., Панченко П.* Прикосновенность к преступлению по советскому уголовному праву. – Иркутск, 1976. – С. 5–6.

¹⁵ *Хрулинский-Бурбо Р. А.* Против института прикосновенности в теории советского уголовного права // Ученые записки Саратовского юридического института им. Д. И. Курского. Вып. 3. – Саратов: Коммунист, 1952. – С. 168.

¹⁶ Там само. – С. 171.

¹⁷ *Бушуев И. А.* Вказана праця. – С. 3–4.

Резюме

Солдатенко А. А. Відмежування причетності до злочину від співучасті.

У статті проаналізоване співвідношення інститутів причетності до злочину та співучасті. Ці інститути подібні, проте у них є ряд відмінностей. Якщо приховування злочину обіцяне заздалегідь – таке діяння є пособництвом, тобто співучасть у злочині, якщо таке ж діяння заздалегідь не обіцяне – це вже причетність; при співучасті кримінальній відповідальності підлягають дві або більше особи; причетність передбачає два суспільно небезпечних діяння, за кожне з яких повинна наставати самостійна кримінальна відповідальність; причинний зв'язок відсутній у причетності, за винятком злочинного потурання.

Ключові слова: співучасть, причетність, заздалегідь не обіцяне діяння, потурання.

Резюме

Солдатенко А. А. Отграничение прикосновенности к преступлению от соучастия.

В статье проанализировано соотношение институтов прикосновенности к преступлению и соучастия. Эти институты схожи, но у них есть и ряд отличий. Если укрывательство преступления обещано заранее – такое деяние является пособничеством, то есть соучастием. Если же такое деяние не обещано заранее – это уже прикосновенность. При соучастии уголовной

ответственности подлежат два и более лица; прикосновенность предусматривает два общественно опасных деяния, каждое из которых порождает уголовно-правовые отношения; причинная связь в прикосновенности отсутствует за исключением преступного попустительства.

Ключевые слова: соучастие, прикосновенность, заранее не обещанное деяние, попустительство.

Summary

Soldatenko A. Dissociation of involvement is to the crime from participation.

In the article the analyzed correlation of institutes of involvement is to the crime and participation. These institutes are similar, however they have a row of differences. If the concealment of crime is promised in good time – such act is a complicity, id est by criminal participation, if the same act is not in good time promised – it already involvement; at participation to criminal responsibility two is subject or more person; involvement provides for two publicly dangerous acts for each independent criminal responsibility must come of that; causal connection is absent in involvement, except for a criminal connivance.

Key words: participation, involvement, act not promised in good time.

УДК 343.233:340.5:[343.611:343.613] (477)(045)

Н. М. ТАШЛИЦЬКА

Наталія Миколаївна Ташлицька, здобувач Київського університету права НАН України

ЗГОДА ПОТЕРПІЛОГО НА ЗАПОДІЯННЯ ШКОДИ В КОНТИНЕНТАЛЬНІЙ СИСТЕМІ ПРАВА

Інститут згоди потерпілого має багатоаспектний комплексний характер, оскільки його витoki та умови правомірності заподіяння шкоди знаходяться у різних сферах життєдіяльності та містяться у нормах різних галузей права. Крім того, окремі ознаки «згоди потерпілого» мають не тільки правовий, але ще і морально-етичний зміст, що представляє істотний науковий інтерес для дослідників цього питання.

Наука кримінального права в контексті розробки проблеми згоди потерпілого надає теоретично-правову оцінку наслідків відмови особи від найбільш важливих її прав, що є об'єктом кримінально-правової охорони (життя, здоров'я, свобода, гідність, честь, власність, законні інтереси особистості тощо).

З набранням чинності 1 вересня 2001 р. Кримінального кодексу України (далі – КК України) на законодавчому рівні було закріплено кримінально-правовий інститут обставин, що виключають злочинність діяння. Проте, кримінальний закон й досі вимагає проведення комплексних досліджень фундаментальних проблем кримінального права з метою удосконалення кримінального законодавства.

Як відомо, одним із напрямів удосконалення національного законодавства є вивчення законодавчого досвіду інших держав. Тому виявлення рішення подібного питання досліджуваної проблеми, однакової юридичної техніки або інших загальних чинників дозволяє враховувати позитивний досвід тієї чи іншої галузі права іншої держави, та утримуватися від помилок у законотворчому процесі. У теперішній час загальні норми про заподіяння шкоди якому-небудь благу за згодою потерпілого містяться у кримінальному законодавстві лише окремих держав, а саме, у Кримінальному кодексі Австрії, Білорусі, Голландії, Іспанії, Італії, Парагваю, Польщі, Російської Федерації, Сальвадору, Сан-Марино, Федеративної Республіки Німеччина, Швейцарії, Японії тощо.

До дослідження питання інституту згоди потерпілого вдавалися такі вчені, як: А. А. Піонтковський¹, С. В. Познишев², М. Д. Шаргородський³ та ін. На монографічному рівні окремі питання згоди потерпілого на спричинення шкоди, досліджувалися такими вченими, як: Ю. В. Баулін⁴, А. М. Красіков⁵, Омар Мухаммед Мусса Ісмаїл⁶, О. В. Сумачов⁷, М. В. Сенаторов⁸, Т. І. Присяжнюк⁹, К. С. Широков¹⁰. Однак окремого дослідження згоди потерпілого як самостійної обставини, що виключає злочинність діяння, проведено не було, поза увагою лишається ще ціла низка питань, які необхідно дослідити для правильного застосування інституту згоди потерпілого. Зокрема, не було проведено детального аналізу кримінально-правової кваліфікації дій сторонньої особи, що полягає в обмеженні чи повному позбавленні за згодою потерпілого його невід'ємних, охоронюваних законом прав у кримінальному законодавстві країн континентальної правової сім'ї, та умови правомірності завдання такої шкоди, що і є метою даної статті.

Питання кримінально-правової кваліфікації заподіяння шкоди життю, здоров'ю, власності за згодою потерпілої особи не має однозначної відповіді ще з часів становлення права як такого і до сьогодні. Згода потерпілого завжди мала вплив на караність вчиненого, була та є питанням, в якому стикаються два важливі інтереси права: приватне та публічне, що, у свою чергу, спонукає до його поглибленого вивчення у кримінальному праві.

Розвиток поняття «згода потерпілого на заподіяння шкоди» у континентально-правовій сім'ї почав набувати своєї актуальності ще в правовій системі Стародавнього Риму, яка діяла в Римській державі. Дедалі, по

мірі набуття у давньоримському суспільстві потреби у складанні зводу законів (які набули свого виразу в першій кодифікації цивільного права – «Corpus iuris civilis» або більше відомі як Дигести Юстиніана), цей принцип отримав своє законодавче закріплення. У Дигестах Юстиніана «згода потерпілого» визначалась не як пряме волевиявлення на спричинення шкоди своєму життю, а як спонукання до заподіяння такої шкоди, а саме: «Якщо хто-небудь заподіяв шкоду за спонуканням іншої особи, то не відповідає, ані той, хто спонукав, оскільки він не вбив, ані той, кого спонукали, оскільки він не заподіяв шкоди протиправно»¹¹.

На думку А. М. Красікова, зародження кримінально-правового інституту «згоди потерпілого» припало на період становлення римського права¹². Позиція римського права щодо звільнення від покарання того, хто заподіює шкоду за наявності згоди потерпілої особи в історії та праві тих часів не була єдина, Вавилон активно підтримував ідею безкарності особи, винної у спричиненні смерті потерпілому за його згодою¹³.

Як вже раніше зазначалося, згода потерпілого на спричинення шкоди його охоронюваним кримінальним законом конституційним правам та законним інтересам, виявляє багато складнощів при вирішенні питання кримінально-правової кваліфікації, а саме: в обсязі й межах кримінальної відповідальності особи, яка погодилась на заподіяння такої шкоди.

У кримінальному законодавстві країн континентальної правової системи питання «згоди потерпілого» вирішується по-різному, шляхом закріплення в межах Загальної або (та) Особливої частини.

У кримінальному законодавстві таких країн, як Білорусь, Італія, Польща, Сан-Марино питання «згоди потерпілого» розглядається в межах Загальної частини. У Кримінальному кодексі Республіки Білорусь згода потерпілого згадується в Загальній частині в межах обставин, які виключають злочинність діяння, й виражені через обґрунтований ризик: «Ризик не визнається обґрунтованим, якщо він завідомо був пов'язаний із загрозою екологічної катастрофи, суспільного лиха, настання смерті або заподіяння тяжкого тілесного ушкодження особі, яка не виразила згоду на те, щоб її життя або здоров'я були поставлені в небезпеку» (ч. 3. ст. 39)¹⁴.

Згідно зі ст. 50 Кримінального кодексу Італії: «Звільняється від кримінальної відповідальності особа, яка заподіює шкоду або піддає небезпеці право за згодою іншої особи, що має це право на законній підставі»¹⁵.

Кримінальний кодекс Сан-Марино у ст. 39 проголошує: «Некараною є всяка особа, яка заподіює шкоду або загрожує благополуччю із законно вираженої згоди особи, яка має право давати таку згоду. Така згода не має законної сили, якщо вона отримана насильницьким шляхом, або вона була надана в силу очевидної омані, отримана за допомогою обману або виражена особою, яка не досягла вісімнадцятирічного віку, або особою, нездатною висловити усвідомлення ним значення вчиненого діяння і волевиявлення»¹⁶.

У Загальній частині Кримінального кодексу Республіки Польща у ст. 27 § 2 закріплена наступна норма: «Медичний, технічний або економічний експеримент не допускається без згоди учасника, на якому він проводиться, належним чином поінформованого про очікуваний корисний результат і загрози йому і вигляді негативних наслідків, а також про ймовірність їх виникнення, так само як і про можливість відмови від участі в експерименті на будь-якому його етапі»¹⁷.

Важливо зауважити, що кримінальне законодавство за своєю структурою містить у Загальній частині положення, які вказують на норми, що встановлюють принципи і загальні положення кримінального права, а також визначають його основні інститути, тобто норми, які застосовуються до всіх злочинів. У вітчизняному науковому середовищі триває дискусія щодо кримінально-правового значення та змісту поняття «згода потерпілої особи». Більшість дослідників цей інститут розглядають крізь призму обставин, що виключають злочинність та караність діяння. Тому, при впровадженні інституту «згода потерпілого» до кримінального законодавства України, необхідно впровадити загальну норму, яка б містила вказівку на заподіяння шкоди за згодою потерпілого як обставину, що виключає злочинність діяння.

У кримінальному законодавстві багатьох країн «згода потерпілої особи» закріплена в Особливій частині, зокрема, щодо відповідальності за заподіяння шкоди життю (евтаназія), здоров'ю (тілесних ушкоджень, трансплантації органів, аборт, стерилізація, операції по зміні статі тощо). До таких держав відносяться Австрія, Голландія, Іспанія, Парагвай, Польща, Російська Федерація, Сальвадор, Федеративна Республіка Німеччина, Швейцарія, Японія.

Так, наприклад, у Кримінальному кодексі Австрії, у § 77 «Вбивство за вимогою потерпілого», закріплено наступне: «Хто вбиває іншу людину за її серйозною і наполегливою вимогою, *карається позбавленням волі на термін від шести місяців до п'яти років*»¹⁸.

У Кримінальному кодексі Голландії в ст. 293 зазначено: «Особа, яка позбавляє життя іншу особу на явне виражене та щире прохання цієї особи, *підлягає терміну тюремного ув'язнення не більше дванадцяти років або штрафові п'ятої категорії*»¹⁹.

Натомість, вже Кримінальний кодекс Іспанії у ст. 155 встановлює таке: «у злочинах, пов'язаних із заподіянням тілесних ушкоджень, якщо досягнуто законної добровільної угоди, ініціатива чого виходить від потерпілого, *призначається покарання нижче на одну або дві ступені*», але «не вважається законною угода з особою, яка не досягла вісімнадцяти років, або з недієздатною особою»²⁰.

У Кримінальному кодексі Республіки Польща 1998 р. в § 1 ст. 150 передбачається що той «хто вчинює вбивство людини на її прохання або під впливом жалю до неї, *підлягає покаранню на термін від 3 місяців до 5 років*». А вже у § 2 зазначеної статті встановлюється, що у виняткових випадках суд може застосувати надзвичайне пом'якшення покарання і *навіть відмовитися від його призначення*²¹.

Протилежний підхід міститься у Кримінальному кодексі Парагваю, який у ст. 114, визначає відповідальність за заподіяння тілесної шкоди за згодою потерпілого а саме: «Згода потерпілого усуває відповідальність за заподіяння тілесної шкоди, виключаючи навмисну тяжку шкоду»²².

Російська Федерація в своєму законодавстві безпосередньо визначила згоду потерпілого лише в частині зараження людину ВІЛ-інфекцією в примітці до ст. 122 Кримінального кодексу: «особа, яка свідомо поставила іншу особу в небезпеку зараження ВІЛ-інфекцією або заразила її, звільняється від кримінальної відповідальності у разі, якщо інша особа, поставлена в небезпеку зараження або заражена ВІЛ-інфекцією, була своєчасно попереджена про наявність у першого цієї хвороби і добровільно погодилося вчинити дії, які створили небезпеку зараження»²³.

У Кримінальному кодексі Сальвадору (ч. 2 ст. 147) виокремлено наступне: «укладена вільна угода звільняє від покарання у разі трансплантації органів, здійсненої відповідно до закону, стерилізації та операції по зміні статі»²⁴.

У кримінальному праві Федеративної Республіки Німеччини згода потерпілої особи розглядається як конститутивна ознака складу певних злочинів та як ознака складу, що пом'якшує кримінальну відповідальність. Так, наприклад, у § 216 «Вбивство на прохання потерпілого» Кримінального кодексу ФРН зазначається: «(1) Хто вбиває іншу особу у разі категоричного та наполегливого прохання потерпілого позбавити його життя, той карається позбавленням волі на строк від шести місяців до п'яти років»²⁵. У § 228 «Згода потерпілого» цього ж кодексу визначено: «Хто завдає потерпілому тілесне ушкодження з його згоди, тільки тоді діє протиправно, коли діяння, незважаючи на згоду потерпілого, порушує загальноприйняті моральні норми»²⁶.

Кримінальний кодекс Швейцарії у ст. 144 «Вбивство на прохання потерпілого» встановлює: «Хто з гідних уваги мотивів, а саме з жалю вбиває людину на її серйозну та наполегливу вимогу, карається тюремним ув'язненням»²⁷.

Стаття 213 Кримінального кодексу Японії пов'язує згоду потерпілого із проведенням абортів, а саме: «той, хто провадив аборт за бажанням або за згодою жінки, карається позбавленням волі з примусовою фізичною працею на строк до двох років. Якщо результатом цього було заподіяння смерті або тілесного ушкодження жінці, то покаранням є позбавлення волі з примусовою фізичною працею на строк від трьох місяців до п'яти років»²⁸.

Проведений аналіз свідчить про відсутність єдності розуміння сутності поняття «згоди потерпілого», а також його місця у системі континентального права. Хоча не можна заперечувати того, що наявність різноманітних підходів у закріпленні, а також тлумаченні кримінальної відповідальності осіб, які заподіюють шкоду за згодою потерпілого, свідчить про існування спроб дослідників визначити межі допустимого й достатнього використання особою своїх охоронюваних законом прав й свобод людини і громадянина.

Так, на нашу думку, можна цілком погодитися із доцільністю закріплення у Загальній частині Кримінального кодексу України норм як це має місце в Італії, Сан-Маріно, у яких йдеться про звільнення від кримінальної відповідальності й некараності особи, яка заподіяла шкоду потерпілому за його згодою.

Не можна не брати до уваги, що «згода потерпілої особи» закріплена й в межах Особливої частини КК багатьох європейських країн, у частині безпосереднього пом'якшення покарання за заподіяння «за згодою» шкоди життю (евтаназія), здоров'ю (тілесних ушкоджень, трансплантації органів, абортів, стерилізації, операцій по зміні статі, тощо). Це такі країни як Австрія, Голландія, Іспанія, Парагвай, Польща, Російська Федерація, Сальвадор, Федеративна Республіка Німеччина, Швейцарія, Японія.

Вивчення іноземного досвіду показує, що на цей час відсутня чітка позиція з приводу обсягів можливого розпорядження людиною такими своїми невід'ємними правами, як право на життя і здоров'я. Тому й відсутній єдиний напрям у підході до кримінально правової кваліфікації поведінки особи, яка спричиняє шкоду життю чи здоров'ю потерпілого за його згодою при заподіянні смерті й тілесних ушкоджень.

¹ Пионтковский А. А. Учение о преступлении по советскому уголовному праву / А. А. Пионтковский. – М.: Госюриздат, 1961. – 666 с.

² Познышев С. В. Основные начала науки уголовного права. Общая часть / С. В. Познышев. – М.: А. А. Карцев, 1912. – 669 с.

³ Шаргородский М. Д. Преступления против жизни и здоровья / М. Д. Шаргородский. – М.: Юрид. изд-во МЮ СССР, 1947. – 511 с.

⁴ Баулин Ю. В. Причинение вреда с согласия «потерпевшего» как обстоятельство, исключающее преступность деяния / Ю. В. Баулин. – Х.: Кроссруд, 2007. – 96 с.

⁵ Красиков А. Н. Сущность и значение согласия потерпевшего в советском уголовном праве / А. Н. Красиков. – Саратов: Изд-во Саратовского университета, 1976. – 120 с.

⁶ Исмайл О. М. М. Обстоятельства, которые исключают виновность деяния в криминальном праве Украины та Йорданії: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. – К., 2003. – 20 с.

⁷ Сумачев А. В. Публичность и диспозитивность в уголовном праве: монография / А. В. Сумачев. – М: Юрист, 2003. – 331 с.

⁸ Сенаторов М. В. Потерпелый від злочину в кримінальному праві: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.08. – Х., 2004. – 20 с.

⁹ Присяжнюк Т. І. Інститут потерпілого у кримінальному праві України: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.08. – К., 2006. – 22 с.

- ¹⁰ Широков К. С. Согласие лица на причинение ему вреда как обстоятельство, исключающее преступность деяния: монография / К. С. Широков. – Хабаровск: РИЦ ХГАЭП, 2010. – 196 с.
- ¹¹ Дигесты Юстиниана. Тит. 2 / пер. и прим. И. С. Перетерского. – М.: Наука, 1984. – С. 174.
- ¹² Краси́ков А. Н. Преступления против права человека на жизнь: в аспектах de lege lata u de lege ferenda / А. Н. Краси́ков. – Саратов: СУ, 1997. – С. 163.
- ¹³ Капи́нус О. С. Эвтаназия как социально-правовое явление: монография / О. С. Капи́нус. – М.: Буквоед, 2006. – С. 33.
- ¹⁴ Уголовный Кодекс Республики Беларусь: принят Палатой представителей 9 июля 1999 года. Одобрен Советом Республики 24 июля 1999 г.: Текст Кодекса по состоянию на 15 сентября 2004. – Минск, 2004. – С. 67.
- ¹⁵ Сравнительное уголовное право. Особенная часть: Монография / Под общ. и науч. ред. С. П. Щербы. – М.: Юрлитинформ, 2010. – С. 124.
- ¹⁶ Кримінальний Кодекс Сан-Марино. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://web1.law.edu.ru/norm>
- ¹⁷ Уголовный Кодекс Польши: с измен. и доп. от 1 августа 2001 / Науч. ред. А. И. Лукашова, Н. Ф. Кузнецова; Пер. с пол. Д. А. Барилевич. – СПб: Юридический центр Пресс, 2001. – С. 97.
- ¹⁸ Уголовный кодекс Австрии / Пер. и предисл.: Серебренникова А. В. – М.: Зерцало, 2001. – С. 124.
- ¹⁹ Уголовный кодекс Голландии / Науч. ред. докт. юрид. наук, заслуженного деятеля науки РФ, проф. Б. В. Волженкина, перевод с англ. И. В. Мироновой. 2-е изд. – СПб: Юридический центр Пресс, 2001. – С. 293
- ²⁰ Уголовный Кодекс Испании. – М.: Издательство ЗЕРЦАЛО, 1998. – С. 55.
- ²¹ Уголовный кодекс Польши: с изм. и доп. на 1 авг. 2001 г. / Науч. ред. А. И. Лукашова, Н. Ф. Кузнецова; Пер. с пол. Д. А. Барилевич. – СПб: Юридический центр Пресс, 2001. – С. 97.
- ²² Сравнительное уголовное право. Особенная часть: Монография / Под общ. и науч. ред. С. П. Щербы. – М.: Юрлитинформ, 2010. – С. 245.
- ²³ Кримінальний кодекс Російської Федерації (Закон від 13.06.1996 № 63) – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.consultant.ru/popular/ukrf/>
- ²⁴ Сравнительное уголовное право. Особенная часть: Монография / Под общ. и науч. ред. С. П. Щербы. – М.: Юрлитинформ, 2010. – С. 124.
- ²⁵ Уголовный кодекс ФРГ / Пер. с нем. и предисл.: Серебренникова А. В. – М.: Зерцало, 2001. – С. 127.
- ²⁶ Там само. – С. 133–134.
- ²⁷ Уголовный кодекс Швейцарии / Научное редактирование, предисловие и перевод с немецкого канд. юрид. наук А. В. Серебрянниковой. – СПб: Юридический центр Пресс, 2002. – С. 161.
- ²⁸ Уголовное законодательство зарубежных стран (Англии, США, Франции, Германии, Японии). Сборник законодательных материалов / Под ред. И. Д. Козочкина. – М.: Зерцало, 1999. – С. 99.

Резюме

Ташлицька Н. М. Згода потерпілого на заподіяння шкоди в континентальній системі права.

У статті проведено аналіз інституту згоди потерпілого у кримінальному законодавстві держав, які належать до континентального типу правової системи. Здійснено дослідження використання даного інституту як обставини, що виключає злочинність діяння. Зроблено висновок про доцільність закріплення норм про «згоду потерпілого» у Загальній та Особливій частинах Кримінального кодексу України.

Ключові слова: згода потерпілого, потерпілий, обставина, що виключає злочинність діяння, континентальна система права.

Резюме

Tashlitskaya N. N. Согласие потерпевшего на причинение вреда в континентальной системе права.

В статье проведен анализ института согласия потерпевшего в уголовном законодательстве государств, принадлежащих к континентальному типу правовой системы. Осуществлено исследование использования данного института как обстоятельства, исключающего преступность деяния. Сделан вывод о целесообразности закрепления норм о «согласии потерпевшего» в Общей и Особенной частях Уголовного кодекса Украины.

Ключевые слова: согласие потерпевшего, потерпевший, обстоятельства, исключающие преступность деяния, континентальная система права.

Summary

Tashlitskaya N. Victims consent to harm in the continental law system.

In the article analyzed the Institute of victims consent in the criminal law of the states belonging to the continental type of legal system. The author analyses the implementation of this institute as circumstances precluding criminality and concluded about the feasibility of fixing norms of “victims consent” in the general and special part of the Criminal Code of Ukraine.

Key words: victims consent, victim, circumstances precluding criminality, continental law system.

УДК 341.641

К. О. САВЧУК, О. І. МЕЛЬНИЧУК

Костянтин Олександрович Савчук, кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник Інституту держави в права ім. В. М. Корецького НАН України

Олена Ігорівна Мельничук, кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник Інституту держави в права ім. В. М. Корецького НАН України

ПЕРСПЕКТИВИ ЗАХИСТУ ІНТЕРЕСІВ УКРАЇНИ В МІЖНАРОДНОМУ СУДІ ООН У ЗВ'ЯЗКУ З АГРЕСІЄЮ З БОКУ РОСІЙСЬКОЇ ФЕДЕРАЦІЇ

На сьогоднішній день Українська держава переживає надзвичайно важкі часи, вперше у своїй новітній історії зіткнувшись зі збройною агресією з боку супротивника, який значно переважає Україну як у воєнно-політичному, так і в економічному відношенні. Дії Російської Федерації, пов'язані з анексією території Автономної Республіки Крим та збройним втручанням і підтримкою незаконних збройних формувань на Сході України, безперечно, слід розглядати як такі, що порушують міжнародно-правові зобов'язання Російської Федерації за Статутом ООН, Декларацією про принципи міжнародного права, що стосуються дружніх відносин та співробітництва між державами відповідно до Статуту ООН 1970 р., Гельсінкського заключного акта НБСЄ 1975 року, Договору про дружбу та співробітництво між Російською Федерацією та Україною від 31 травня 1997 р., а також низки інших міжнародних договорів, не кажучи вже про явне нехтування Російською Федерацією її зобов'язаннями, закріпленими у Будапештському меморандумі 1994 року. У цих умовах найактуальнішим завданням для вітчизняної науки міжнародного права стає пошук можливих міжнародно-правових засобів захисту суверенітету і територіальної цілісності України, в тому числі й шляхом звернення до міжнародних юрисдикційних органів. Не можна сказати, що українська наука міжнародного права не приділяє увагу дослідженню цих питань. Особливо слід виділити ґрунтовну монографію «Українська революція гідності, агресія РФ і міжнародне право», підготовлену потужним авторським колективом на чолі з професором О. В. Задорожнім¹. Міжнародно-правовим аспектам захисту інтересів України у зв'язку з російською агресією присвячені публікації таких українських юристів-міжнародників, як О. В. Задорожній, І. Г. Білас, Т. Р. Короткий, М. М. Гнатовський, Б. В. Бабін, О. О. Мережко, Г. Г. Динис та багатьох інших теоретиків і практиків в галузі міжнародного права. Перспективи можливого звернення України для захисту своїх прав до Міжнародного Суду ООН зараз активно обговорюються в експертному середовищі². Отже, метою даної наукової публікації є аналіз юридичних можливостей порушення провадження з боку України проти Російської Федерації в Міжнародному Суді ООН.

Аналізуючи міжнародно-правові документи, що містять зобов'язання з боку Російської Федерації поважати територіальну цілісність України, слід насамперед назвати Договір про дружбу, співробітництво і партнерство між Російською Федерацією та Україною від 31 травня 1997 року³. Цей договір містить наступні положення з питання, що розглядається: 1) Високі Договірні Сторони відповідно до положень Статуту ООН і зобов'язань, що містяться в Заключному акті Наради з безпеки і співробітництва в Європі, поважають територіальну цілісність одна одної і підтверджують непорушність існуючих між ними кордонів (ст. 2 Договору); 2) Високі Договірні Сторони будують відносини одна з одною на основі принципів взаємної поваги суверенної рівності, територіальної цілісності, непорушності кордонів, мирного врегулювання спорів, незастосування сили або загрози силою, включаючи економічні та інші способи тиску, права народів вільно розпоряджатися своєю долею, невтручання у внутрішні справи, додержання прав людини та основних свобод, співробітництва між державами, сумлінного виконання взятих міжнародних зобов'язань, а також інших загальноновизнаних норм міжнародного права (ст. 3). Також варто відмітити положення, відповідно до якого

держави-учасниці цього Договору докладають зусиль до того, щоб врегулювання всіх спірних проблем здійснювалося виключно мирними засобами, і співробітничать у відверненні та врегулюванні конфліктів і ситуацій, які зачіпають їхні інтереси (п. 2, ст. 3).

Однак щодо використання положень цього договору з метою вирішення спору, то навряд чи вони можуть бути особливо корисними, оскільки відповідно до положення ст. 37 Договору «спори відносно тлумачення і застосування положень цього Договору підлягають урегулюванню шляхом консультацій і переговорів між Високими Договірними Сторонами». Отже, процедура вирішення спорів, передбачена цим Договором, не містить жодних мирних засобів, окрім безпосередніх переговорів з Російською Федерацією. Таким чином, положення Договору про дружбу, співробітництво та партнерство між Російською Федерацією та Україною від 31 травня 1997 р. не можуть бути безпосередньою правовою підставою для звернення України до міжнародних юрисдикційних органів, в тому числі й до Міжнародного Суду ООН, без згоди Російської Федерації.

Значно більш перспективним, на нашу думку, є звернення до механізму вирішення спорів, передбаченого Міжнародною конвенцією про боротьбу з фінансуванням тероризму від 9 грудня 1999 р.⁴, адже є серйозні підстави стверджувати, що дії Російської Федерації на Сході України є порушенням її зобов'язань за цим документом. Відповідно до ст. 5 цієї Конвенції кожна держава-учасниця відповідно до принципів свого внутрішнього законодавства вживає необхідних заходів для того, щоб можна було притягнути юридичну особу, яка знаходиться на її території або заснована згідно з її законами, до відповідальності в разі вчинення фізичною особою, відповідальною за управління цією юридичною особою або контроль за нею, яка виступає в своєму офіційному статусі, злочину, зазначеного в ст. 2 (зокрема у цій статті йдеться про фінансування тероризму). Україна ратифікувала цю Конвенцію 12 вересня 2002 р., Російська Федерація – 27 листопада 2002 р., тобто конвенція є юридично обов'язковою для обох сторін.

Відповідно до ст. 24 цієї Конвенції будь-який спір між двома чи більше державами-учасницями щодо тлумачення або застосування цієї Конвенції, який не може бути врегульований шляхом переговорів протягом розумного періоду часу, передається на прохання однієї з них до арбітражу. Якщо протягом шести місяців з дня звернення з проханням про арбітраж сторони не зможуть домовитися про його організацію, будь-яка з цих сторін може передати спір до Міжнародного Суду ООН, звернувшись із заявою відповідно до Статуту Міжнародного Суду ООН.

Відповідно до ст. 36 Статуту Міжнародного суду ООН до відання Суду належать усі справи, які будуть передані йому сторонами, і всі питання, спеціально передбачені статуттом ООН або чинними договорами та конвенціями.

Міжнародна судова практика створила прецедент необхідності констатації наявності міжнародного спору, що набув характеру попередньої умови для початку судового розгляду. Так, Міжнародний Суд ООН декілька разів зустрічався з необхідністю визначення поняття міжнародного спору, зокрема у Консультативному висновку у справі про тлумачення мирних договорів з Болгарією, Угорщиною та Румунією від 30 березня 1950 р. він дійшов висновку, що міжнародний спір – це не просто суперечності між юридичним точками зору держав, а й негативна взаємодія об'єктивним чином висловлених позицій держав⁵. Найбільш повно Міжнародний суд ООН визначив свою позицію з цього питання в рішенні у справі про Південно-Західну Африку (Ефіопія та Ліберія проти ПАР) у 1962 році. Наводячи визначення міжнародного спору, даного Постійною палатою міжнародного правосуддя у 1924 р., він підкреслив, що «...недостатньо одній стороні у спірній справі заявити, що її спір з іншою стороною існує. Простої заяви недостатньо для доказу наявності спору, також як простого заперечення недостатньо для доказу того, що спору немає. Також недостатньо і виявлення конфлікту інтересів сторін у такій справі. Необхідно показати, що претензія однієї зі сторін зустрічає явний супротив іншої»⁶. Також 20 грудня 1974 р. Міжнародний суд ООН у одному зі своїх рішень у справах про ядерні випробування (Нова Зеландія проти Франції) підкреслив, що «наявність спору є першочерговою умовою виконання Судом своїх функцій»⁷. Таким чином, Міжнародний Суд ООН не може здійснювати свої функції, якщо між сторонами не існує спору.

Разом із тим у міжнародному праві немає загальнообов'язаного визначення поняття «міжнародний спір». Рішення Постійної палати міжнародного правосуддя та Міжнародного суду ООН стали вихідною віхою для дослідження різних аспектів поняття міжнародного спору авторами, яких умовно професор М. Л. Ентін поділяє на представників двох напрямів – логічного⁸ та телеологічного⁹. У спрощеному вигляді відповідно до логічного напрямку спір може виникнути в результаті протесту однієї держави на дії іншої. На противагу цьому, загальна характеристика міжнародного спору, отримана на підставі телеологічного методу, в основних рисах зводиться до наступного: об'єктивна наявність спору необхідна для згоди міжнародної судової установи приступити до його розгляду; предметом спору є розходження в правових підходах держав; розходження в правових підходах становить факт спору¹⁰ тощо.

Як справедливо зазначає Ю. В. Осинцев, не зважаючи на об'єктивну відмінність конкретних обставин кожного спору, суттєвим аспектом будь-якого міждержавного спору є його характеристика в якості міжнародного юридичного факту, що накладає на сторони, що спорять, певні права та обов'язки¹¹. Так, у рішенні від 1 квітня 2011 р. у справі Застосування Міжнародної конвенції про ліквідацію всіх форм расової дискримінації (Грузія проти Російської Федерації)¹² Російська Федерація заперечувала юрисдикцію Міжнародного Суду ООН саме на підставі відсутності факту спору між сторонами щодо інтерпретації або застосування цієї Конвенції. Суд, врахувавши достатню доказову базу, представлену Грузією, відхилив ці заперечення.

Водночас Міжнародний Суд ООН визнав відсутність своєї юрисдикції у цій справі на підставі невиконання процедурних передумов вирішення спору (переговори або спеціальні процедури), визначених у зазначеній Конвенції.

Юридичні права та обов'язки сторін, що спорять, а також міжнародно-правові наслідки, які настають для сторін у зв'язку з виникненням спору між ними, обумовлені передусім вимогою принципу мирного вирішення міжнародних спорів, як і вимогами інших основних принципів міжнародного права, що носять характер *jus cogens*.

Для прийняття Міжнародним Судом ООН до свого розгляду гіпотетичної заяви з боку України щодо порушення Російською Федерацією своїх міжнародно-правових зобов'язань, які випливають з Міжнародної конвенції про боротьбу з фінансуванням тероризму 1999 р., першочергово необхідно зібрати докази наявності спору між Україною та Російською Федерацією.

З нашої точки зору, в ситуації, що склалась у зв'язку з агресією Російської Федерації та сході України та анексією Криму, про наявність міжнародного спору як юридичного факту поки що немає підстав говорити. Натомість, є присутніми факти агресії проти України з боку РФ та анексії частини території України, що є порушенням загальновизнаних принципів та норм міжнародного права, зокрема положень Статуту ООН.

У Статуті ООН прямо передбачається зобов'язання держав утримуватися в міжнародних відносинах «від погрози силою чи її застосування як проти територіальної недоторканності або політичної незалежності будь-якої держави, так і будь-яким іншим чином, несумісним з цілями Об'єднаних Націй» (п. 4 ст. 2).

В іншому міжнародному документі – Декларації про неприпустимість втручання у внутрішні справи держав і про захист їх незалежності та суверенітету (резолюція 2131 (XX) Генеральної Асамблеї ООН 1965 р.)¹³ встановлено, що «збройне втручання є синонімом агресії (п. 7 преамбули) і через це суперечить основним принципам, на яких має бути побудоване мирне міжнародне співробітництво між державами». У 1970 р. Генеральна асамблея ООН прийняла Декларацію про принципи міжнародного права, що стосуються дружніх відносин і співробітництва між державами відповідно до Статуту Організації Об'єднаних Націй 1970 року. Її зміст виходить з поняття агресивної війни як злочину проти миру, що тягне відповідальність згідно з міжнародним правом. У Декларації міститься перелік актів, пов'язаних із загрозою сили або її застосуванням, від яких держави повинні утримуватися, а саме від: пропаганди агресивної війни; порушень існуючих міжнародних кордонів іншої держави, організації чи заохочення організації іррегулярних сил чи збройних банд, у т. ч. найманців для вторгнення на територію іншої держави; організації, підбурювання, надання допомоги або участі в акціях громадянської війни чи терористичних актах в іншій державі. Зазначається, що територія держави не повинна бути об'єктом воєнної окупації, що сталася в результаті застосування сили на порушення принципів Статуту ООН, так само як і об'єктом набуття іншою державою в результаті загрози силою або її застосування. Жодні територіальні надбання, що є результатом загрози силою або її застосування, не повинні визнаватися законними.

У даній ситуації для України цікавою є практика Міжнародного суду ООН у справі, щодо воєнних та напіввоєнних дій в Нікарагуа та проти Нікарагуа (Нікарагуа проти США) 1986 року¹⁴. Ця справа стосувалась принципу незастосування сили, принципу невтручання у внутрішні справи держав, присвоєнням державі дій приватних осіб та інших, а також відзначалась суб'єктивним складом спору: позивачем виступила невелика держава Нікарагуа, а відповідачем – найпотужніша держава США, яка була визнана такою, що порушила ряд основоположних принципів міжнародного права, що належать до категорії *jus cogens*.

Обставини справи є наступними: в липні 1979 р. до влади в Нікарагуа прийшов уряд, створений фронтом національного визволення, а у 1981 р. США прийняли рішення підтримати нерегулярні збройні формування супротивників нового режиму (контрас). Операції, що здійснювалися контрас, а в деяких випадках самими США, завдали значної шкоди, у зв'язку з чим Нікарагуа звернулася до Міжнародного Суду ООН, звинувативши США в порушенні положень Статуту ООН, Статуту ОАД, Договору між США і Нікарагуа про дружбу, торгівлю і мореплавання 1956 р. та відповідних норм міжнародного звичаєвого права.

Суд визнав, що США мають відповідати за свою власну поведінку щодо Нікарагуа, в тому числі й за дії, пов'язані з контрас (однак слід зазначити, що в подальшому така позиція Суду не була прийнята іншим міжнародним юрисдикційним органом, а саме Апеляційною камерою Міжнародного трибуналу з колишньої Югославії в рішенні від 15 липня 1999 р. у справі Тадича).

Суд також встановив, що розміщення США мін у внутрішніх водах і територіальних водах Нікарагуа, а також американські атаки на нікарагуанські порти, нафтові споруди і морську базу порушили принцип незастосування сили. Поряд із тим надання допомоги контрас також може вважатися порушенням цього принципу. Суд зазначив: «Акти, в здійсненні яких звинувачують Нікарагуа..., могли б виправдати пропорційні контрзаходи тільки з боку держави, що є їх жертвою, тобто Сальвадору, Гондурасу або Коста-Рики. Вони не можуть виправдати контрзаходи, прийняті третьою державою, Сполученими Штатами Америки, і особливо, – втручання, пов'язане з використанням сили». Суд визнав, що дії США, які порушують принцип незастосування сили і принцип невтручання, одночасно є порушенням принципу поваги до суверенітету. Крім того, даний принцип був порушений несанкціонованими польотами над нікарагуанською територією літаків, що належать США або перебувають під їх контролем. Суд також визнав, що США порушили деякі положення міжнародного гуманітарного права і Договору про дружбу, торгівлю та судноплавство 1956 р. та зобов'язав відшкодувати Нікарагуа всю шкоду, завдану неправомірними діями. Генеральна Асамблея ООН в резолюції 41/31 від 3 листопада 1986 р. закликала «повністю і невідкладно виконати рішення Міжнародного

Суду від 27 червня 1986 р. по справі Воєнна та воєнного характеру діяльність в Нікарагуа та проти неї згідно з відповідними положеннями Статуту Організації Об'єднаних Націй».

З нашої точки зору, українській стороні доцільно скористатися положеннями ст. 24 Міжнародної конвенції про боротьбу з фінансуванням тероризму 1999 р., а саме передбаченою у її положеннях можливістю звернення до Міжнародного Суду ООН у разі якщо протягом шести місяців з дня звернення з проханням про арбітраж сторони не зможуть домовитися про його організацію. Українській стороні треба запропонувати Російській Федерації провести переговори щодо припинення її протиправних дій з фінансування терористичних угруповань на території Донецької та Луганської області, а у випадку прогнозованого ухилення російської сторони від таких переговорів запропонувати Російській Федерації створити арбітраж. Слід приділити особливу увагу підготовці переконливої доказової бази щодо здійснення особами, які знаходяться під юрисдикцією Російської Федерації, злочину, передбаченого у ст. 2 Міжнародної конвенції про боротьбу з фінансуванням тероризму 1999 року. Зрозуміло, що оскільки спір з Російською Федерацією носить насамперед політичний, а не юридичний характер, розгляд заяви України в Міжнародному Суді ООН чи навіть визнання Міжнародним Судом ООН факту порушення Російською Федерацією положень Міжнародної конвенції про боротьбу з фінансуванням тероризму 1999 р. зовсім не буде означати припинення збройного конфлікту на Сході України. Однак такий розгляд може бути важливим кроком для переведення протистояння на Сході України з воєнної у політичну і юридичну площину і все-таки сприяти мирному врегулюванню конфлікту.

¹ Українська революція гідності, агресія РФ і міжнародне право. – К. : К.І.С., 2014. – 1016 с.

² Про перспективи захисту Україною своїх міжнародних прав, порушених РФ : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.mediastar.net.ua/49310-pro-perspektivi-zahistu-ukrayinoyu-svoiyih-mzhnarodnih-prav-porushenih-rf.html>

³ Договір про дружбу, співробітництво і партнерство між Російською Федерацією та Україною від 31 травня 1997 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/643_006

⁴ Міжнародна конвенція про боротьбу з фінансуванням тероризму від 9 грудня 1999 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_518

⁵ *Энтин М. Л.* Концепция межгосударственного спора в международной судебной практике и буржуазной доктрине международного права / М. Л. Энтин // Советский ежегодник международного права – 1978. – М., 1980. – С. 175.

⁶ South West Africa Cases (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa). Preliminary Objections, Judgment of 21 December 1962 // I.C.J. Report, 1962. – P. 328.

⁷ Nuclear Tests (New Zealand v. France). Judgment of 20 December 1974 // I.C.J.Reports, 1974. – P. 476.

⁸ *Morelli G.* Nozioni di diritto internazionale. – Padova, 1967; *Quadri R.* Diritto internazionale public. – Napoli, 1968.

⁹ *Cassese A.* The concept of “legal dispute” in the jurisprudence of the International court. – Milano, 1975.

¹⁰ *Энтин М. Л.* Концепция межгосударственного спора в международной судебной практике и буржуазной доктрине международного права / М. Л. Энтин // Советский ежегодник международного права. – 1978. – М., 1980. – С. 178.

¹¹ *Осинцев Ю. В.* Межгосударственный спор как международный юридический факт / Ю. В. Осинцев // Советский ежегодник международного права. – 1981. – М., 1980. – С. 211.

¹² Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation). Preliminary Objections. Judgment // I.C.J. Reports, 2011. – P. 70.

¹³ Декларация о недопустимости вмешательства во внутренние дела государств, об ограждении их независимости и суверенитета от 21 декабря 1965 г. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_818

¹⁴ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Jurisdiction and Admissibility. Judgment // I.C.J. Reports, 1984. – P. 392; Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment // I.C.J. Reports, 1986. – P. 14.

Резюме

Савчук К. О., Мельничук О. І. Перспективи захисту інтересів України в Міжнародному суді ООН у зв'язку з агресією з боку Російської Федерації.

Стаття присвячена дослідженню правових засобів вирішення ситуації, що пов'язана з агресією Російської Федерації на сході України та у Криму. Розглядається практика Міжнародного суду ООН щодо схожих справ з метою визначення можливості звернення України стосовно захисту своїх інтересів у цій міжнародній судовій інстанції. Аналізуються різні судові та доктринальні підходи до визначення поняття «міжнародний спір».

Розглядаються міжнародно-правові механізми, передбачені в Договорі про дружбу та співробітництво між Російською Федерацією та Україною 1997 р., Міжнародній конвенції про боротьбу з фінансуванням тероризму 1999 р. та ін.

Ключові слова: агресія, Міжнародний суд ООН, міжнародний спір, фінансування тероризму, основні принципи міжнародного права.

Резюме

Савчук К. А., Мельничук Е. И. Перспективы защиты интересов Украины в Международном суде ООН в связи с агрессией со стороны Российской Федерации.

Статья посвящена исследованию правовых способов разрешения ситуации, связанной с агрессией Российской Федерации на востоке Украины и в Крыму. Рассматривается практика Международного суда ООН в схожих делах с целью определения возможности обращения Украины для защиты своих интересов в эту международную судебную инстанцию. Анализируются различные судебные и доктринальные подходы к определению понятия «международный спор».

Рассматриваются международно-правовые механизмы, предусмотренные в Договоре о дружбе и сотрудничестве между Российской Федерацией и Украиной 1997 г., Международной конвенции о борьбе с финансированием терроризма 1999 г. и т.д.

Ключевые слова: агрессия, Международный суд ООН, международный спор, финансирование терроризма, основные принципы международного права.

Summary

Savchuk K., Melnichuk O. Perspectives for protection of the interests of Ukraine in the International Court of Justice in connection with the aggression of the Russian Federation.

The article investigates the legal means to resolve the situation concerning the aggression of the Russian Federation on the east of Ukraine and the Crimea. We consider the practice of the International Court of Justice on similar cases in order to determine the facilities of Ukraine for the protection of its interests in this international court. The various legal and doctrinal approaches to the definition of "international dispute" are researched.

International legal mechanisms provided for in the Treaty of Friendship and Cooperation between the Russian Federation and Ukraine 1997, International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism, 1999 and others are considered.

Key words: aggression, the International Court of Justice, an international dispute, terrorism financing, the fundamental principles of international law.

УДК 628.171.034.2:352/354

І. Г. ГАЛКІН

Ігор Григорович Галкін, кандидат юридичних наук, доцент Національного університету водного господарства та природокористування

ОСОБЛИВОСТІ ЮРИСДИКЦІЇ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ

Європейська Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод організувала міжнародну процесуальну систему, яка пов'язана з національними правовими та процесуальними системами. Будучи міжнародним нормативним актом, що закріплює основні права та свободи з громадянським та політичним характером, вона створила розвинутий та ефективний регіональний механізм захисту прав людини. Європейський суд з прав людини завдяки своїй послідовній діяльності надав можливості Конвенції бути дієвою, постійно розвиватися й удосконалюватися прецедентами Суду.

Механізми захисту конвенційних прав покладає на Суд подвійну функцію: по-перше, здійснювати індивідуальний контроль у разі винесення рішень щодо порушення державою-учасницею Конвенції того чи іншого права, а по-друге, формувати принципи і стандарти захисту прав людини. Особливість Конвенції та діяльності Суду полягає в механізмі здійсненні впливу на міжнародному й національному рівні захисту прав людини.

Європейський суд з прав людини вплинув на країни Східної Європи, конституції яких приймалися на підставі європейського досвіду¹. Крім того, вплив Конвенції та Суду вже вийшов за межі суто Європи; вищі суди Австралії, Канади, Нової Зеландії, Намібії, Гонконгу та Південної Африки використовують практику Суду, даючи тлумачення власним національним актам щодо прав людини.

Останнім часом у науковій літературі приділяється багато уваги аналізу та механізмів застосування практики Європейського суду з прав людини. Зокрема, це такі автори: Т. Дудаш, В. Туманов, М. Буроменський та ін. Основними джерелами стали Конвенція про захист прав і основних свобод людини від 1950 р. та Протоколи до неї і Регламент Європейського суду з прав людини від 1998 р. із змінами та доповненнями.

Європейський Суд з прав людини був заснований в 1959 р. відповідно до Конвенції про захист прав людини та основних свобод (1950 р.) з метою забезпечення дотримання державами-учасницями їхніх зобов'язань.

Юрисдикція Суду відповідно до положень ст. 32 Конвенції, поширюється на всі питання, що стосуються роз'яснення та використання Конвенції і протоколів, та розглядаються Судом справи згідно зі ст. 33 (міждержавні справи), 34 (індивідуальні справи) та 47 (консультативні висновки за запитом Комітету Міністрів) Конвенції. При виникненні спору щодо юрисдикції Суду він самостійно вирішує дане питання (ст. 32 і ст. 48 Конвенції²).

К. Андріанов у своїй праці вказує, що юрисдикція Європейського суду з прав людини є тим фактором, що виокремлює його як основний елемент контрольного механізму Конвенції щодо інших міжнародних судових органів; саме особливості юрисдикції Суду визначають його місце та роль у системі міжнародних інститутів та у системі інституційного механізму Конвенції та Ради Європи зокрема³.

Слід підкреслити, що юрисдикції Європейського Суду притаманний субсидіарний характер, який використовується тільки в межах Конвенції. Положення ст. 1 Конвенції описує принцип субсидіарності, який означає, що Суд своєю діяльністю створює додаткові гарантії захисту прав і свобод людини, що є передусім зобов'язанням самих держав-учасниць. Суддя Страсбурзького суду Соренсен підкреслював, що зобов'язання Суду є «субсидіарними за часом та обсягом по відношенню до діяльності компетентних національних

органів влади. Завдання органів Конвенції – направляти та сприяти державам-учасницям Конвенції нести свої зобов'язання через власні правові інститути й процедури».

Під час визначення юрисдикції Суду впливає ще одна особливість – відсутність взаємних завдань та обов'язків Високих Договірних Сторін. Наприклад, у 1961 р. Комісія у справі «Австрія проти Італії» висловила свою думку, яка до цього часу є важливою для визначення істотних юрисдикційних повноважень сучасного Суду: держава-учасниця, яка оскаржує дії іншої держави (незалежно від мотивів), «не може вважатися такою, що користується правом на заяву для забезпечення особистих інтересів, а радше такою, що привертає увагу Комісії до можливого порушення публічного порядку в Європі». Саме тому Комісія не взяла до уваги посилання Італії, яка ратифікувала Конвенцію на три роки раніше, ніж Австрія, та на відсутність взаємозалежності. Крім того, Австрія, на відміну від Італії, не була відповідальною за дії, що мали місце безпосередньо до дати набрання чинності Конвенції для Австрії.

Таким чином, юрисдикція Суду поширюється не тільки на звернення про порушення від держав-учасниць положень Конвенції, а й на заяви, подані особами, які є громадянами держав, що не ратифікували Конвенцію, або інших держав-учасниць, які неналежним чином дотримуються покладених зобов'язань.

Юрисдикція Суду складається з чотирьох аспектів: предметна юрисдикція (*rationemateriae*), територіальна юрисдикція (*rationeloci*), юрисдикція в часі (*ratione temporis*), юрисдикція за колом суб'єктів (*ratione personae*).

Предметна юрисдикція (ratione materiae). Предметна юрисдикція Суду здійснює захист тільки тих прав, які зазначені в Конвенції та її протоколах. Крім того, Суд не приймає до розгляду будь-яку скаргу щодо порушених прав, які явно чи по суті не належать до Конвенції, навіть коли такі права гарантуються іншими міжнародними договорами. Наприклад, розгляд заяв про порушення таких прав, як право на самовизначення, право на доступ до державної служби або захист більшості економічних та соціальних прав залишається поза компетенцією Суду⁴.

Під час встановлення предметної компетенції при розгляді скарги Суд спирається на власне розуміння характеру чи змісту того чи іншого порушеного права. Проте прийняття Судом рішення щодо поданого звернення сумісності з предметною юрисдикцією з положеннями Конвенції не означає визнання Судом наявності порушення права чи прав, гарантованих Конвенцією, оскільки цьому має передувати комплексний розгляд справи як стосовно прийнятності заяви, так і стосовно суті справи.

Предметна юрисдикція Суду є найбільш динамічною, оскільки відповідні положення Конвенції постійно набувають нового розуміння за результатами. На сьогоднішній день Європейський суд з прав людини вважається однією з основних міжнародних правозахисних інституцій європейської системи захисту прав людини.

Територіальна юрисдикція (ratione loci). Територіальна юрисдикція Суду в контексті положень ст. 1 Конвенції тісно пов'язана з їхньою територією, але не завжди обмежується суто цією територією⁵. Також згідно з нормами міжнародного права до території держави відносять і ті об'єкти, які прирівнюються до території держави. А тому під юрисдикцію держави підпадають дії посадових осіб держави на території іншої держави.

У практиці Суду виокремився та набув поширення екстериторіальний принцип під час визначення юрисдикції Суду. Даний принцип був застосований у рішенні у справі «Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia» (рішення від 8 липня 2004 р.). Заява була подана про порушення Молдовою та Росією положень Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод у зв'язку з діями органів влади невизнаної Придністровської Республіки. Суд зазначив, що заява, яка була зроблена Молдовою при ратифікації Конвенції, а саме про те, що вона не має змоги здійснювати контроль над територією Придністров'я, – не є належним застереженням у розумінні ст. 57 Конвенції. З огляду на вищевикладене фактична неможливість здійснювати контроль у Придністров'ї не позбавляє Молдову від відповідальності за дотриманням Конвенції на даній території. Вона повинна була всіма доступними засобами або із залученням інших держав та міжнародних організацій продовжувати гарантувати зобов'язання, які передбачені в Конвенції. Крім того, Російська Федерація також повинна нести відповідальність за недотримання норм Конвенції, адже вона здійснювала військову, політичну та економічну підтримку сепаратистського режиму в Придністров'ї.

Отже, територіальну юрисдикцію Суду можна визначити як сукупність територій держав-учасниць Конвенції, а також територій, за міжнародні відносини яких вони відповідають⁶.

Юрисдикція в часі (ratione temporis). Юрисдикція Суду в часі починає діяти, тобто породжувати права і обов'язки для держав-учасниць з моменту набуття чинності, а для держав, що приєдналися – з моменту набуття чинності для кожної держави, яка приєдналася.

Відповідно до положень Конвенції, Суд не розглядає подані заяви щодо фактів порушення прав людини, які відбулись до моменту набрання чинності Конвенції для держави-відповідача (справа «Подбельські проти Польщі», 1998 р.).

Проте практика Суду свідчить, що виняток можуть становити заяви, в яких йдеться про «триваючі порушення»: коли початкові факти порушення, відображеного в заяві, мали місце до дати набрання чинності Конвенції для держави-відповідача, але вони безпосередньо визначали стан заявника вже після зазначеної дати (справа «Папаміхалопулос та інші проти Греції», 1993 р.).

Відповідно до положень ст. 58 Конвенції кінцевим проміжком часу юрисдикції Суду для Високої Договірної Сторони визначається з моменту денонсації Конвенції (денонсація може відбутись через п'ять років з моменту набрання чинності Конвенції державою-учасницею та через шість місяців після офіційного

звернення до Генерального секретаря Ради Європи), але не звільняє її від взятих зобов'язань Конвенції щодо будь-якого порушення, яке могло бути вчинене до дати набрання дії денонсації⁷.

Таким чином, Судом може бути прийнята до розгляду заява проти держави до набрання чинності денонсації Конвенції. Наприклад, у справі, коли Данія, Норвегія та Швеція подала скаргу проти Греції в квітні 1970 року. Тоді остання, в свою чергу, денонсувала Конвенцію 12 грудня 1969 року. Комісія прийняла до розгляду подану скаргу, вирішивши, що Греція все ще несе зобов'язання згідно з положеннями Конвенції. Водночас Комісія призупинила розгляд даної скарги та повернулася до неї тільки після того, як Греція відновила статус держави-учасниці Конвенції в 1974 році⁸.

Юрисдикція за колом суб'єктів (ratione personae). Юрисдикція Суду за колом суб'єктів визначається згідно з положеннями ст. ст. 33 та 34 Конвенції, а саме: розглядає заяви проти будь-якої держави-учасниці, які подані іншими державами-учасницями або будь-якими особами, недержавними організаціями або групами осіб, що відносять себе до категорії потерпілих, викладених у Конвенції чи в її протоколах.

Юрисдикція Суду щодо розгляду міждержавних справ є відмінною від традиційних норм міжнародних відносин – право на дипломатичний захист.

У ст. 33 Конвенції зазначено: «Будь-яка Висока Договірна Сторона може передати на розгляд Суду питання про будь-яке порушення положень Конвенції та протоколів до неї, яке допущене, на її думку, іншою Високою Договірною Стороною». Таким чином, держава-учасниця Конвенції має право подати скаргу до Суду не тільки в разі порушення прав і свобод її громадян іншою державою, але й в інших випадках, коли інша Висока Договірна Сторона порушує положення Конвенції та протоколів до неї. Розгляд даної скарги не є втручанням у внутрішні справи держави, адже вони не є такими з огляду на зобов'язання, які були взяті на себе державами-учасницями Конвенції.

Дипломатичний захист надає право державі подати скаргу проти іншої держави в міжнародному судовому органі лише у випадку, коли сама держава є об'єктом порушення або захищає права свого громадянина (громадян), які, на її думку, є порушеними внаслідок протиправної поведінки згідно міжнародного права. У рамках права на дипломатичний захист тільки ефективний зв'язок між державою та особою у вигляді громадянства дає право державі висунути на міжнародному рівні вимоги від імені даної особи.

Висновки. На сьогоднішній день Європейський суд з прав людини вважається однією з основних міжнародних правозахисних інституцій європейської системи захисту прав людини.

Європейський суд з прав людини своїми рішеннями та наданими рекомендаціями впливає на становлення, реформування й модернізацію сучасних національних правозахисних систем, практичне застосування європейських правових стандартів при прийнятті рішень національними судами.

Юрисдикція суду поширюється на всі питання, що стосуються тлумачення та застосування Конвенції і протоколів до неї, та які передаються їй на розгляд.

¹ Дудаш Т. І. Практика Європейського суду з прав людини: навч.-практ. посіб. / Т. І. Дудаш. – К. : Алерта, 2013. – 368 с.

² Там само.

³ Туманов В. А. Европейский суд по правам человека. Очерк организации и деятельности / В. А. Туманов. – М. : Норма, 2001.

⁴ Конвенція про захист прав і основних свобод людини від 1950 року. – Х. : Одиссей, 2007.

⁵ Там само.

⁶ Тлумачення та застосування Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод Європейським судом з прав людини та судами України : навч. посіб. / М. Мазур, С. Тагієв, А. Беніцький, В. Кострицький. – Луганськ, 2006.

⁷ Там само.

⁸ Дудаш Т. І. Вказана праця.

Резюме

Галкін І. Г. Особливості юрисдикції Європейського суду з прав людини.

Розглянуто особливості юрисдикції Європейського суду з прав людини на основі аналізу міжнародно-правових норм та здійснено аналіз видів юрисдикції Європейського суду з прав людини.

Ключові слова: предметна юрисдикція, територіальна юрисдикція, юрисдикція в часі, юрисдикція за колом суб'єктів.

Резюме

Галкин И. Г. Особенности юрисдикции Европейского суда по правам человека.

Рассмотрены особенности юрисдикции Европейского суда по правам человека на основе анализа международно-правовых норм и осуществлен анализ видов юрисдикции Европейского суда по правам человека.

Ключевые слова: предметная юрисдикция, территориальная юрисдикция, юрисдикция во времени, юрисдикция по кругу субъектов.

Summary

Galkin I. Features jurisdiction of the European court human rights.

Basing on the analysis of international legal norms, in the article there have been investigated the features of jurisdiction of the European Court of Human Rights, and the analysis of the types jurisdiction had been performed.

Key words: subject matter jurisdiction, jurisdiction under the terms of subjects, territorial jurisdiction and jurisdiction over time.

Н. О. ДАВИДОВА

Наталія Олександрівна Давидова, кандидат юридичних наук, доцент, доцент Університету сучасних знань

КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ВІДНОСИН У СФЕРІ ОСВІТИ В США

Сполучені Штати є взірцем для побудови системи інституцій освіти, зокрема вищої освіти, оскільки тут за багатьма міжнародними рейтингами знаходиться більше половини зі 100 найкращих університетів світу. Актуальним є порівняння українського та американського досвіду регулювання відносин у сфері освіти та запозичення позитивних напрацювань. Конституція України містить декілька норм, що регулюють відносини у сфері освіти, зокрема, ст. 53 (право на освіту та обов'язок отримати повну загальну середню освіту), ст. 92 (виключно законами визначаються засади регулювання освіти), ст. 116 (Кабінет Міністрів забезпечує проведення політики у сфері освіти). Конституція США не містить жодного положення, яке б прямо згадувало про освіту, але вона істотно впливає на формування правового поля цієї сфери.

Дослідженню Конституції США присвятили свої роботи такі вчені, як В. О. Власихин, О. А. Жидков, В. І. Лафітський, А. А. Мішин, Н. В. Пильгун, В. Н. Сафонов, В. І. Шишкін, але на пострадянському просторі немає спеціальних робіт, у яких висвітлювалось би регулювання відносин у сфері освіти. Серед американських колег, які займалися питанням конституційного регулювання у сфері освіти, слід назвати К. Александера, Т. Гарфілда, У. Капліна, Б. Лі, Р. Смола, М. Прейре, Д. Фельмана та М. Юдофа.

Метою статті є аналіз положень Конституції Сполучених Штатів, що формують правове поле у сфері освіти, та їх тлумачення Верховним Судом.

Конституції (федеральна та окремих штатів) є основним джерелом, що визначає природу й межі урядової влади і гарантує захист прав громадян від свавілля з боку федеральних органів влади та органів влади штату. Федеральна Конституція не має положень, що прямо регулюють освітні відносини, але її положення часто застосовуються судами при вирішенні спорів у сфері вищої освіти. Зокрема, це Перша поправка про громадянські та релігійні права; Четверта поправка про недоторканність особистості, помешкання, особистих паперів і майна; П'ята та Чотирнадцята поправки про належну правову процедуру та рівний захист законом.

Огляд положень Конституції, що впливають на учасників навчально-виховного процесу. Перша поправка* містить декілька положень, що стосуються сфери освіти, зокрема, право на свободу слова та право на свободу віросповідання. Усі учасники навчально-виховного процесу (студенти, викладачі та адміністратори освітньої інституції) мають право на свободу слова, на яке посилаються при обґрунтуванні конституційних засад права на академічну свободу. Як і всі інші поправки, Перша поправка створювалась з метою захисту громадян від свавілля конгресу та інших федеральних органів влади. Цілий ряд рішень Верховного Суду визнали, що обов'язок по забезпеченню прав з Білля про права покладається також на органи влади штатів та місцеві органи влади.

Четверта поправка** має значення при оскарженні обшуку особистих шаф студентів в університеті, обшуку кімнат в гуртожитку, обшуку автомобіля на стоянці університету, перевірка крові чи урини у студентів на наявність наркотичних речовин та інші інциденти, що пов'язані із приватністю та її межами.

П'ята поправка*** передбачає захист приватних осіб від незаконних дій з боку органів федеральної влади: позбавити особу життя, свободи чи власності можна тільки в результаті належної правової процедури.

Чотирнадцята поправка****, містить клаузулу про «належну правову процедуру», була додана після Громадянської війни передусім з метою захисту прав нещодавно звільнених рабів. На сучасному етапі ця поправка широко тлумачиться та розглядається як така, що надає цілий ряд матеріальних та процесуальних прав. Основний акцент робиться не на забороні позбавлення особи життя, свободи чи власності, а на дотриманні процесуального порядку такого позбавлення. У сфері вищої освіти це положення найчастіше застосовується для оскарження застосування дисциплінарних санкцій до студента та для оскарження звільнення чи відсутності просування по службі викладача. Судова практика відносить до змісту «належної правової про-

© Н. О. Давидова, 2014

* Поправка I. Конгрес не видає законів, які стосуються впровадження релігії чи забороняють вільно сповідувати її; або які обмежують свободу слова, друку чи права народу на мирні зібрання і звернення до уряду з проханням задовольнити скарги.

** Поправка IV. Право людей на недоторканність особистості, помешкання, особистих паперів і майна не можна порушувати безпідставними обшуками й арештами; ордер на обшук і арешт має видаватися лише на достатній підставі, засвідченій присягою або урочистою обіцянкою, і має докладно вказувати місце обшуку, осіб і речі, які підлягають арешту.

*** Поправка V. ... жодну особу не можна позбавити життя, свободи чи власності без належної правової процедури...

**** Поправка XIV. Розділ 1. ... жоден штат не може позбавити якусь особу життя, свободи чи власності без належної правової процедури, як і не може відмовити жодній особі, що підлягає його юрисдикції, у рівному захисті законом.

цедури» і матеріальний компонент. У сфері освіти це найчастіше права, пов'язані із проживанням у гуртожитку (право на одруження, право спільного проживання членів сім'ї другого і далі ступеня споріднення, створення сім'ї особами однієї статі¹), студентською програмою захисту здоров'я (доступ до контрацептивів та право на аборт).

Інший важливий аспект Чотирнадцятої поправки – забезпечення «рівного захисту законом». Ці спори виникають, коли освітня інституція надає переваги певним соціальним групам у вступі на навчання, при наданні позик на оплату навчання, при прийнятті викладача на роботу, використовуючи при цьому такі дискримінаційні ознаки, як раса, етнічне походження, стать, релігійні переконання, час президентства в Сполучених Штатах чи в окремому штаті². Поширеним випадком застосування клаузули про рівний захист законом у сфері освіти є програми компенсаційної дискримінації, тобто дії, спрямовані на підтримку раніше дискримінованих груп шляхом надання їм пільг і переваг.

Чи має право Конгрес регулювати відносини у сфері освіти?

Конституція делегує частину повноважень федеральному уряду та зберігає інші за урядом штату чи за народом*. Цей принцип залишкових повноважень проявляється в тому, що регулювання відносин у сфері освіти в основному не належить до компетенції федерального уряду: державні інституції залишаються під юрисдикцією уряду штату, а приватні – під впливом приватних фізичних осіб або корпорацій. Деякі конституції штатів закріплюють організаційну структуру публічних навчальних закладів; в інших конституціях повноваження впровадити систему навчальних закладів передано легіслатурам або органам виконавчої влади. Декілька штатів реалізували залишкові повноваження та заснували публічні інституції вищої освіти. Двадцять сім штатів прямо зазначили це право в своїх конституціях³. І Верховний Суд США, і суди штатів послідовно визнавали, що регулювання відносин у сфері освіти належить до компетенції штату⁴. Більшість федеральних законодавчих актів, що приймаються у сфері освіти, аргументуються посиланням на п. 3 Розділу 8 ст. 1 Конституції, згідно з яким «Конгрес має повноваження... регулювати торгівлю... між окремими штатами...». Прихильники того, що Конгрес може встановлювати норми для регулювання відносин у сфері освіти, пояснюють це тим, що та чи інша федеральна норма з освітнього права має опосередкований вплив на економіку. На щастя, Верховний Суд припинив таку хибну практику. До найбільш яскравих рішень з цього питання належать справи *United States v. Alfonso D. Lopez*⁵ та *United States v. Morrison*⁶. У рішенні *United States v. Alfonso D. Lopez* старшокласник Альфонсо Лопез приніс до школи револьвер. Адміністрація звинуватила учня в порушенні федерального Акта про заборону зброї у школі від 1990 року⁷. Альфонсо Лопез просив суд закрити справу та тій підставі, що Акт про заборону зброї у школі є неконституційним, оскільки конгрес (як федеральний орган законодавчої влади) не має повноважень для регулювання відносин у сфері освіти. Уряд США наполягав, що Акт має вплив на економіку та торгівлю між штатами і що конгрес мав право прийняти акт в межах клаузули про «міжштатну торгівлю». Володіння зброєю в освітньому середовищі призведе з високою мірою вірогідності до насильницького злочину, що, у свою чергу, вплине на економіку в два способи. По-перше, насильницькі злочини спричиняють матеріальні збитки та зайві витрати, зокрема, збільшуються страхові платежі. По-друге, зменшується бажання громадян подорожувати в регіон, що має високу злочинність та є небезпечним. Уряд також говорив, що наявність зброї в освітній інституції призводить до залякування студентів та відволікає їх від навчального процесу, знижує результати навчання та в результаті призводить до послаблення національної економіки, оскільки очевидно, що освіта є важливим елементом національного фінансового здоров'я.

Альфонсо Лопез вважав, що володіння зброєю поблизу освітньої установи не є економічною діяльністю та не має істотного впливу на торгівлю між штатами. Федеральний орган законодавчої влади не має компетенції для регулювання відносин, що стосуються державної освіти, тобто відносин, які належать до компетенції органів влади штату.

Суд першої інстанції дійшов висновку, що Конгрес мав такі повноваження, оскільки діяльність початкової, середньої та старшої школи впливає на торгівлю між штатами. Апеляційна інстанція та Верховний Суд визнали відсутність у Конгресу повноважень приймати Акт про заборону зброї у школі, оскільки зброя у школі настільки слабо впливає на торгівлю між штатами, що цей причинно-наслідковий зв'язок непомітний. Якщо визнати наявність такого зв'язку, то клаузула про «міжштатну торгівлю» є такою, що не має меж. Голова Суду Вільям Ренквіст, готуючи текст рішення, визначив три категорії випадків, в яких клаузула про «міжштатну торгівлю» виправдовує прийняття Конгресом законодавчого акта: регулювання торговельних каналів між штатами; регулювання інструментарію міжштатної торгівлі; регулювання діяльності, що *істотно* впливає на міжштатну торгівлю. Володіння зброєю не є істотним у цьому розумінні. Справа *United States v. Alfonso D. Lopez* має велике правове значення, оскільки вона вперше змінила тренд судової підтримки проведення демаркаційної лінії між повноваженнями федерації та штатів зі зсувом її в бік штатів. Вільям Ренквіст писав, що Верховний Суд тривалий час підтримував федеральну владу, яка узурпувала владу штатів з цілого ряду питань шляхом занадто широкого тлумачення своїх повноважень.

У справі *United States v. Morrison* Верховний Суд визнав частину Акта про насильство проти жінок від 1994 р.⁸ неконституційним, оскільки Конгрес перевищив свої повноваження та вийшов за межі клаузули про «міжштатну торгівлю» під час його прийняття. Акт про насильство проти жінок закріплював цивільно-пра-

* Поправка X. Повноваження, не передані цією Конституцією Сполученим Штатам, ані не заборонені нею штатам, зберігаються відповідно за штатами чи за народом.

вову відповідальність за насильство проти жінок, навіть якщо особу не було притягнуто до кримінальної відповідальності. Крісті Брзонкала, першокурсниця Політехнічного інституту Вірджинія, заявила про словесну образу та згвалтування з боку Антоніо Соррісон та Джеймса Крафорда. Суд присяжних не знайшов достатніх доказів для обвинувачення чоловіків, тоді місс Брзонкала подала позов, посилаючись на Акт про насильство проти жінок. Уряд знову аргументував свою позицію, що Акт про насильство жінок впливає на торгівлю між штатами, а Конгрес уповноважений регулювати це питання. Верховний Суд визнав неконституційним ту частину Акта, що давала можливість захищати жертви права в федеральному суді. Економічний ефект від злочинів проти жінок є настільки незначним, що причинно-наслідковий зв'язок між злочином та торгівлею між штатами відсутній. На думку суду, Конгрес перевищив свої повноваження, закріплені в п. 3 Розділу 8 ст. 1 Конституції щодо можливості приймати закони про «міжштатну торгівлю». Треба чітко розрізняти межі повноважень федерального органу владу та органу влади штату: втручання одного в повноваження іншого призведе до конфлікту інтересів. Суддя Кларенс Томас зазначає в рішенні: «Конгрес... привласнив повноваження штатів під виглядом того, що він регулює торгівлю між штатами»⁹.

Отже, сучасною тенденцією є визнання хибною практику Конгресу приймати законодавчі акти з метою регулювання відносин у сфері освіти, аргументуючи це п. 3 Розділу 8 ст. 1 Конституції. Ті приклади судової практики, що проаналізовані вище, демонструють відсутність зв'язку між регулюванням освітніх відносин та регулюванням торгівлі між окремими штатами.

Коло суб'єктів, від порушень яких захищає Конституція. Аналізуючи положення федеральної Конституції в контексті її застосування в сфері освіти, слід звернути увагу на коло суб'єктів права, від дій яких цей документ захищає. Конституція США прямо забезпечує захист громадян тільки від дій держави, що представлена федеральною владою або владою штату. Отже, головне питання у кожній справі, яка стосується конституційних прав осіб, полягає у тому, чи можна особу, що порушила право, вважати «представником штату», а поведінку – «діями штату». Також викликає інтерес, як бути з порушенням конституційних прав (на свободу слова, вільне віросповідання, належну правову процедуру, рівний захист законом) з боку приватних фізичних та юридичних осіб, які не представляють владу? Чи повинен приватний університет надавати своїм викладачам та студентам такі ж права, що передбачені Конституцією для викладачів та студентів державних освітніх інституцій? Для вирішення цих питань необхідно звернутись до конституційно-правової концепції «державні дії». Її зміст не є чітко визначений ані на рівні Конституції, ані на рівні судових прецедентів. Для з'ясування орієнтовних меж поняття «державна дія», що вчиняється приватними суб'єктами, слід звернутись до декількох рішень Верховного Суду.

1. У справі *Marsh v. Alabama*¹⁰ було визнано, що право на свободу слова не може бути обмежено в селищі, що є приватною власністю, оскільки тротуари (де розповсюджувалась релігійна література) є публічним місцем. Дії адміністрації селища були визнані «державними діями», а тому на них поширюється Конституція, зокрема Перша поправка.

2. У справі *Shelley v. Kraemer*¹¹ Верховний Суд постановив, що звернення приватної особи до судових органів для примусового виконання цивільно-правового договору є втручанням держави. Судовий розгляд справи є по суті державними діями. Суть спору зводилась до такого. У 1945 р. афроамериканська сім'я Шеллі придбала будинок у штаті Міссурі. Під час укладання угоди вони не знали, що з 1911 р. діє приватний договір, що забороняє продаж нерухомості у цьому регіоні «особам негритянської та монголоїдної раси». Луїз Крамер, який жив у десяти кварталах, подав позов про виселення сім'ї Шеллі на підставі їх расової належності. Верховний Суд визнав договір 1911 р. конституційним, тобто таким, що не порушує принципу рівності перед законом.

Суд зазначив, що договір є домовленістю між приватними особами і може містити положення про те, яким категоріям осіб можна продавати нерухомість. Однак такий договір не може бути виконаний примусово на підставі рішення суду, оскільки судові органи – це представники держави, а державні дії не можуть дискримінувати суб'єктів за ознакою раси. Справа *Shelley v. Kraemer* має більш широкий зміст, ніж тільки питання расової дискримінації. У цьому рішенні державною визнається будь-яка дія, що підлягає примусовому виконанню за рішенням суду штату з приватного питання.

Таким чином, всі цивільно-правові договори та інші відносини між приватними особами, безумовно, стають предметом регулювання Конституції США. Таке широке тлумачення «державних дій» дає можливість поширити захист конституційних прав не тільки від представників федеральної влади і влади штату, а й від приватних осіб¹².

3. У справі *Rendell-Baker v. Kohn*¹³ позивач Рендел-Бейкер працював радником в приватній школі, в якій навчались діти з алкогольною та наркотичною залежністю. Бюджет школи складався на 10 % з приватних надходжень та на 90 % з дотацій бюджету штату. Адміністрація школи звільнила позивача за його висловлювання про політику навчального закладу. Містер Рендел-Бейкер оскаржив звільнення, посилаючись на порушення його права на свободу слова. Верховний Суд став на позицію відповідача і не визнав дії школи як такі, що є державними. Лише виконання державної функції та фінансування з бюджету штату не є достатнім для поширення статусу «представник штату» на освітню інституцію. Висновки справи *Rendell-Baker v. Kohn* були такими: 1) приватна школа не виконує «публічні функції», тому що освіта у старшій школі може надаватись як державними, так і приватними освітніми інституціями; 2) фінансування з державного бюджету не є достатнім для визнання допомоги штату такою, що є істотною; 3) втручання уряду у справи школи було незначним, оскільки законодавчі акти штату не регулюють відносини у сфері приватної освіти, навпа-

ки, «активне регулювання шкіл взагалі показувало малий інтерес до особового складу приватних шкіл»¹⁴; 4) школа не мала симбіотичних або спільних відносин з урядом, тому що її фінансові стосунки з штатом не відрізняються від стосунків штату з іншими підрядниками¹⁵. Тобто, суд прирівняв приватну освітню інституцію з іншими надавачами послуг, які замовляє уряд для суспільного блага, зокрема, компаніями з будівництву мостів, доріг, дамб, кораблів або підводних човнів. Дії приватних підрядників не стають «державними діями» лише через їх істотну (а іноді повну) зайнятість у виконанні державних замовлень. Ми погоджуємось, що кожен з чотирьох висновків Верховного Суду у цій справі є дискусійним¹⁶.

4. У справі *Burton v. Wilmington Parking Authority*¹⁷ містеру Бартону та п'яти іншим афроамериканцям було відмовлено в обслуговуванні в кафе міста Вілмінгтон (штат Делавер) на підставі расової дискримінації. Позивач оскаржив дії кафе на тій підставі, що було порушено клаузулу Чотирнадцятої поправки про рівний захист законом. Він вважав, що, оскільки кафе мало в оренді земельну ділянку державної форми власності, то воно діяло як «представник штату». Верховний Суд погодився, що передача в оренду публічної власності є достатньою причетністю штату для того, щоб віднести дії кафе до «державних дій».

5. У справі *Brentwood Academy v. Tennessee Secondary School Athletic Association*¹⁸ приватна неприбуткова атлетична спілка, переважна більшість членів якої були державні школи штату, вважалася суб'єктом, що діє від імені штату, коли на її члена за порушення прав спілки наклали дисциплінарне стягнення, оскільки він був тісно «вплутаний» у справи штату. Державні службовці штату з питань освіти засідали на комісіях Спілки як члени без права голосу, а штат дозволяв працівникам Спілки долучатися до їх системи пенсійного забезпечення.

Якщо звузити тлумачення поняття «державні дії» лише до сфери освіти, то увагу слід звернути на справу *Krynicky v. University of Pittsburgh*¹⁹, в якій Апеляційний суд третього округу визнав, що уряд штату Пенсільванія був настільки взаємопов'язаний із університетом Пітсбурга, що освітня інституція стала тотожна державі. Аргументом суду було те, що уряд призначав третину складу правління університету, а також те, що «приватні університети в Пенсільванії це не тільки приватні підрядники, що виконують роботу для уряду; ... вони не тільки отримують фінансування та підпорядковуються законодавству штату, вони є також посередницьким агентством штату»²⁰.

У зв'язку із відсутністю сталої судової практики у питанні відмежування приватної та публічної поведінки приватної особи складно передбачити, хто з приватних осіб буде визнана такою, що діє від імені штату. Можна лише спрогнозувати, що дії державних навчальних закладів є однозначно державними, а щодо приватних освітніх установ, то з великим ступенем вірогідності можна припустити, що вони також діють від імені штату.

Таким чином, можна зробити висновок, що Перша, Четверта, П'ята та Чотирнадцята поправки Білля про права здійснюють відчутний вплив на формування правового поля у сфері американської освіти. Конгрес має обмежені законодавчі повноваження (лише ті, що прямо зазначені в Конституції), а регулювання відносин у сфері освіти за залишковим принципом віднесено до компетенції штатів. Конституція надає захист учасникам навчально-виховного процесу тільки від порушень з боку представників федеральних органів влади, органів влади штатів та інших «представників держави», але не від приватних осіб.

¹ Рішення Верховного Суду США у справі *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

² Рішення Верховного Суду США у справі *Sáenz v. Roe*, 526 U.S. 489 (1999).

³ *College and University Law* by Kern Alexander, Erwin S. Solomon. – Charlottesville, Virginia: The Michie Company Law Publishers, 1972. – 776 p. – P. 26.

⁴ *Federal Control of Public Education: A Critical Appraisal* / by Dawson W. Hales : Literary Licensing, LLC, 2012. – 160 p. – P. 49.

⁵ Рішення Верховного Суду США у справі *United States v. Alfonso D. Lopez, Jr.*, 514 U.S. 549 (1995).

⁶ Рішення Верховного Суду США у справі *United States v. Morrison*, 529 U.S. 598 (2000).

⁷ *The Gun-Free School Zones Act*. 18 U.S.C. ch. 44 § 922 et seq.

⁸ *The Violence Against Women Act of 1994*. 42 U.S.C. § 13981.

⁹ Рішення Верховного Суду США у справі *United States v. Morrison*, 529 U.S. 598 (2000).

¹⁰ Рішення Верховного Суду США у справі *Marsh v. Alabama*, 326 U.S. 501 (1946).

¹¹ Рішення Верховного Суду США у справі *Shelley v. Kraemer*, 334 U.S. 1 (1948).

¹² Давидова Н. О. Сімейні особисті немайнові права в США / Н. О. Давидова // *Право України*. – 2012. – № 7. – С. 194.

¹³ Рішення Верховного Суду США у справі *Rendell-Baker v. Kohn*, 457 U.S. 830 (1982).

¹⁴ Там само. – С. 840–841.

¹⁵ Там само.

¹⁶ *Michael Prairie, Timothy Garfield. College and School Law: Analysis, Prevention, and Forms* / Nancy L. Herbst: American Bar Association, 2010. – 659 p. – P. 25.

¹⁷ *Burton v. Wilmington Parking Authority*, 365 U.S. 715 (1961).

¹⁸ *Brentwood Academy v. Tennessee Secondary School Athletic Association*, 535 U.S. 971 (2002).

¹⁹ Рішення Верховного Суду США у справі *Krynicky v. University of Pittsburgh*, 742 F.2d 94 (3rd Cir. 1984).

²⁰ Там само. – С. 101–103.

Резюме

Давидова Н. О. Конституційно-правове регулювання відносин у сфері освіти в США.

У статті розглядаються американські конституційно-правові засади регулювання відносин у сфері освіти. Конституція США не містить норм, що прямо стосуються освітніх інституцій, але Четверта, П'ята та Чотирнадцята поправки Білья здійснюють істотний вплив на освітні відносини. Конституція відносить за загальним правилом регулювання відносин у сфері освіти до компетенції легіслатур штатів, а не Конгресу.

Ключові слова: Конституція США, Перша поправка, право на свободу слова, належна правова процедура, рівний захист законом, освіта, право на освіту.

Резюме

Давыдова Н. А. Конституционно-правовое регулирование отношений в сфере образования в США.

В статье рассматриваются американские конституционно-правовые основы регулирования отношений в сфере образования. Конституция США не содержит норм, которые напрямую касаются образовательных институций, но Четвёртая, Пятая и Четырнадцатая поправки Билля о правах осуществляют существенное влияние на образовательные отношения. Конституция относит, по общему правилу, регулирование отношений в сфере образования к компетенции легислатур штатов, а не Конгресса.

Ключевые слова: Конституция США, Первая поправка, свобода слова, надлежащая правовая процедура, равная защита законом, образование, право на образование.

Summary

Davydova N. Constitutional regulation of relationships in education sphere in the USA.

The article reviews the fundamentals of American constitutional law and regulations of relationships in education. The U.S. Constitution does not contain any norms that directly influence educational institutions, but the First, Fifth and Fourteenth Amendments do apply, to substantial extent, to the relationships in education. By the prevailing standard, the Constitution refers the regulation of educational relationship to the state legislature rather than the Congress, leaving the educational law predominantly on the States rather than Federal level.

Key words: Constitution of the USA, First Amendment, freedom of speech, due process, equal protection of the laws, education, right to education.

УДК 341.17+341.181

С. П. КУБІЄВИЧ

Сергій Петрович Кубієвич, кандидат юридичних наук, доцент Івано-Франківської філії Міжнародного університету розвитку людини «Україна»

ЕТАПИ ФОРМУВАННЯ ТА ОСОБЛИВОСТІ ВРЕГУЛЮВАННЯ СПОРІВ У РАМКАХ ОРГАНІЗАЦІЇ З БЕЗПЕКИ І СПІВРОБІТНИЦТВА В ЄВРОПІ (ОБСЄ)

Впритул до кінця 80-х років ХХ ст. і особливо у період холодної війни можливості участі як ООН, так і регіональних організацій у вирішенні регіональних конфліктів були істотно обмежені існуючою кон'юнктурою світового правопорядку. З розпадом біполярної моделі міжнародних відносин діяльність міжнародних організацій значно активізувалась, особливо в частині попередження та вирішення міжнародних спорів.

З цією метою пропонуємо розглянути етапи формування й особливості врегулювання спорів у рамках Організації з безпеки і співробітництва в Європі та з'ясувати важливість її превентивних механізмів і засобів для усієї системи мирного вирішення міжнародних спорів

З огляду на це слід вважати, що перший етап, який був пов'язаний з відмовою від двосторонньої і переходу до багатосторонньої системи європейської безпеки – це 70-і роки ХХ століття. На цей період саме припадає початок діалогу стосовно скликання Ради із безпеки і співробітництва у Європі (далі – НБСЄ). З цього приводу слушним є висловлювання юриста-міжнародника Л. Калфіша, який зауважив, що у протистоянні Захід-Схід одним із основних завдань НБСЄ стала стабілізація відносин з метою забезпечення мінімального миру та безпеки на континенті¹.

Основною для створення механізму мирного вирішення спорів було підписання Заключного акта НБСЄ 1975 р., в якому з-поміж інших принципів було закріплено принцип заборони застосування сили або погрози нею та принцип мирного вирішення спорів. Не применшуючи значення інших основних принципів міжнародного права, необхідно зазначити, що саме ці два принципи мають ключове значення у створенні основ європейської моделі безпеки, механізму мирного вирішення спорів. Важливу роль у появі принципу мирного вирішення спорів у Заключному акті НБСЄ відіграв перший проект Федерального політичного департаменту

Швейцарії 1973 р. щодо створення системи мирного врегулювання спорів. Згодом, зокрема у 1978 р., це дало поштовх для скликання у 1978 р. в Монтрі Наради експертів держав НБСЄ з мирного врегулювання спорів. На цій нараді розглянули другий проект Швейцарії стосовно створення системи мирного вирішення спорів. Серед пропозицій цієї країни слід виокремити обмеження юрисдикції арбітражу та його компетенції, а також положення щодо необхідності періодичного перегляду механізму мирного вирішення спорів.

Процес становлення механізму мирного вирішення спорів в ОБСЄ отримав своє продовження на нараді експертів з мирного врегулювання спорів, яка пройшла у 1984 р. в Афінах. На цій нараді колишній Радянський Союз виявив готовність щодо застосування процедури примирення в окремих спорах. Навіть за таких умов розробка механізму мирного вирішення спорів продовжувала відбуватись за рахунок обміну пропозиціями сторін, а її формальне закріплення відкладалось на невизначений термін. Одним із небагатьох досягнень наради експертів в Афінах стало прийняття положення щодо можливості участі третьої сторони у вирішенні спорів.

Наступний етап становлення механізму мирного вирішення спорів в ОБСЄ пов'язують із проведенням Наради на вищому рівні за участі глав держав і урядів у 1990 році. Проте, як і у випадку із Народою експертів у Афінах між державами-учасниками НБСЄ, не було вироблено єдиних підходів з цього питання. Натомість сторони прийняли рішення щодо необхідності включення цього питання у порядок денний зустрічі експертів з мирного врегулювання спорів у Валлетті у 1992 році.

Починаючи із цього періоду, а саме зустрічі у Валлетті 1992 р., намітились об'єктивні передумови для успішного завершення процесу створення механізму мирного вирішення спорів. Незважаючи на те, що сторонами було досягнуто значного прогресу в цьому питанні, істотним недоліком виробленого механізму стало те, що принцип звернення у арбітраж або до інших судових органів залишився загальним принципом системи мирного вирішення спорів, який не мав прикладного значення для НБСЄ. Крім того, державам-учасникам не вдалось узгодити позиції стосовно наділення механізму з урегулювання спорів або Центру із попередження конфліктів повноваженнями приймати на розгляд за власною ініціативою або у інший спосіб врегулювання спору без згоди на це сторін спору.

Одним із результатів зустрічі у Валлетті стало створення загальноєвропейського механізму мирного вирішення спорів, згідно з яким допускається участь третьої сторони. Щоправда, він не був наділений юридично обов'язковою силою. Тому будь-яка сторона спору могла відмовитись від процедури мирного вирішення спорів на тій підставі, що остання носила факультативний характер. Очевидно, що саме у зв'язку з цим жоден із існуючих спорів у Європі не було вирішено із застосуванням механізму мирного вирішення спорів, виробленого на зустрічі у Валлетті.

Механізм мирного вирішення спорів виступав центральним питанням під час проведення Наради держав-учасниць у Берліні в 1991 році. Прикметно, що саме на цій нараді Центр із попередження конфліктів визнано відповідальним інститутом за реалізацію механізму мирного вирішення спорів. Важливим заходом щодо забезпечення миру й безпеки, вжитим на зустрічі у Берліні, слід вважати схвалення механізму для консультацій та співробітництва у надзвичайних ситуаціях, що передбачав участь ОБСЄ в мирному врегулюванні спорів. На практиці цей механізм було використано для врегулювання ситуації щодо колишньої Югославії.

На зустрічі Ради міністрів закордонних справ у Празі 1992 р. було розглянуто можливість участі НБСЄ у мирному вирішенні спорів у випадках грубого порушення прав людини². З огляду на це Рада визнала за необхідне вивчити можливість вдосконалення існуючих механізмів місії зі встановлення фактів, місії доповідачів, місії з спостереження, добрих послуг, консультацій і примирення та водночас їх застосування у таких ситуаціях.

Крім того, одна із пропозицій, висунута на зустрічі у Празі 1992 р., стосувалась проекту угоди про створення Суду із примирення і арбітражу. З цією метою створено групу експертів з числа юристів-міжнародників, завданням яких стала розробка проекту статуту суду та подальший розвиток існуючої системи мирного вирішення спорів. Того ж року під час зустрічі у Гельсінкі Франція та Німеччина у співавторстві, за підтримки 14 інших держав, висунули проект конвенції із примирення і арбітражу.

Зустріч, яка відбулась у Женеві 1992 р., завершилась прийняттям рішення про мирне вирішення спорів, яке включало тексти чотирьох угод, що підлягали подальшому схваленню Радою НБСЄ. Перша із угод рішення про мирне вирішення спорів стосувалась внесення поправок у положення з мирного вирішення спорів, розроблених у Валлетті 1992 року. Суть поправки (автори – США і Швейцарія) полягала у спрощенні процедури створення механізму НБСЄ з мирного вирішення спорів.

Іншою угодою, що являла собою невід'ємну частину рішення про мирне вирішення спорів, яка заслуговує на увагу, виступає конвенція із примирення і арбітражу в рамках НБСЄ. Порядок створення суду, згідно з положеннями конвенції, нагадує відповідні правила, які застосовуються до Постійної палати третейського суду. Норми процесуального і процедурного характеру, якими слід керуватись комісіям з примирення і арбітражним трибуналам, визначаються регламентом суду.

Важливі положення, які вміщує конвенція з примирення і арбітражу в рамках НБСЄ 1992 р., закріплені у Главі 3 – «Примирення». Відповідно до процедури створення комісії з примирення, сторона, яка виступає із ініціативою її створення, подає заяву, в якій вказує відомості щодо сторін і предмета спору. Крім того, в такій заяві обов'язково слід зазначити ті засоби мирного вирішення спорів, які були використані сторонами з метою врегулювання конфлікту.

Окрема глава конвенції присвячена процедурі застосування арбітражу як мирного засобу вирішення спорів. Процедура арбітражу в редакції тексту конвенції із примирення і арбітражу в рамках НБСЄ 1992 р. свідчить про її факультативний характер³.

Важливим застереженням, яке стосується арбітражу, виступає те, що рішення, ухвалене арбітражем, може поширюватись на усі спори, за винятком спорів, котрі стосуються територіальної цілісності держави, національної оборони, суверенітету. Гнучкість процедури арбітражу вбачається у можливості участі в ньому третьою стороною, яка не є учасником конвенції із примирення і арбітражу.

Особливе місце в рішенні про мирне вирішення спорів займає Положення про комісію НБСЄ з примирення. Згідно з цим документом передбачено можливість передачі спору між державами-учасниками НБСЄ на розгляд комісії, якщо з цього приводу досягнуто взаємної згоди. Недоліком положення про комісію НБСЄ з примирення виступає можливість її застосування у спорах між двома державами, що виключає участь декількох держав у врегулюванні конфлікту.

Станом на сьогоднішній день в ОБСЄ існують наступні механізми мирного вирішення спорів у рамках ОБСЄ: військовий антикризовий механізм (віденський механізм), механізм консультацій та співпраці з надзвичайних ситуацій (берлінський механізм), механізм з людського виміру (московський механізм), механізм раннього попередження та ранніх дій Верховного комісара ОБСЄ у справах національних меншин, механізми мирного вирішення спорів. Крім вищенаведених механізмів, існують ще й певні процедури (примирення, арбітражу) і система раннього попередження перед Керівною радою ОБСЄ.

Військовий антикризовий механізм (Механізм консультацій та співпраці щодо незвичайних військових дій) належить до інструментів верифікації (перевірки) і проведення заходів довіри у військовій сфері. Механізм консультацій та співпраці щодо незвичайних військових дій закріплений Віденським документом про засоби побудови довіри і безпеки 1990 р. на Паризькій зустрічі на вищому рівні⁴.

Згідно зі ст. 17 держави-учасниці ОБСЄ «будуть проводити взаємні консультації і будуть співпрацювати одна з одною у випадку надзвичайних і незапланованих дій збройних сил поза звичайним місцем дислокації у мирний час, якщо ці дії досягають значних масштабів, відбуваються в зоні, що підлягає засобам побудови довіри і безпеки та викликають занепокоєння однієї з держав-учасниць»⁵.

Цей механізм встановлено з метою усунення загрози збройних конфліктів між учасниками ОБСЄ та протидії сутички між ними у зв'язку з введеним спором силових аргументів. Негативна риса такого механізму – це те, що він у своїй сьогоднішній формі може застосовуватись лише при міждержавних конфліктах, але не спроможний реагувати на всі внутрішні суспільні потенційні конфлікти у просторі ОБСЄ.

Механізм консультацій та співпраці з надзвичайних ситуацій встановлений в Берліні на зустрічі Керівної ради 19–20 червня 1991 р. «механізм консультацій та співпраці, що стосується виняткових ситуацій»⁶. Цей механізм передбачає, що у випадку виникнення загрозової ситуації, котра з'явилася внаслідок порушення одного із принципів Заключного Акта НБСЄ, або серйозних перешкод, що загрожують миру, безпеці й стабільності – держави-учасниці розпочнуть консультації і співпрацю, щоб усунути таку загрозу⁷.

Той факт, що при переліку усіх принципів Заключного акта принцип невтручання у внутрішні справи згадується окремо, свідчить про важливість значення, яке вкладають автори документа у це положення. Тим самим механізм консультацій і співпраці щодо надзвичайних ситуацій позбувається суттєвого важеля, якщо вважати, що утискання національних меншин та порушення прав людини в окремій державі підпадають під сферу внутрішньодержавних справ, і, таким чином, виключають застосування механізму⁸.

Механізм з людського виміру з'явився в результаті модифікації чотириетапного механізму 4 жовтня 1991 р. на московській Конференції ОБСЄ з людського виміру, встановленого в 1989 р. у Відні, а пізніше підтвердженого в Копенгагені і Гельсінкі.

Під поняттям «людського виміру» слід розуміти «сукупність взятих на себе у Заключному акті та інших документах ОБСЄ зобов'язань щодо поваги до усіх прав та основних свобод людини, людських контактів та інших питань такого ж гуманітарного характеру»⁹.

Метою механізму є сприяння шляхом діалогу та співпраці заходам, спрямованим на зміцнення поваги до прав і свобод людини, демократії та верховенства права, а також вирішення визначених питань, що входять до його компетенції (п. 1)¹⁰. Механізм з «людського виміру» охоплює, по-перше, процедуру консультацій (двосторонні переговори та обмін інформацією) та, по-друге, процедуру направлення місій експертів (2а) та місій доповідачів (2б) з метою з'ясування ситуації на місці.

Що стосується механізму раннього попередження та ранніх дій Верховного комісара з питань національних меншин (далі – ВКНМ), то слід зазначити, що він з'явився як наслідок війни в колишній Югославії. Так, ОБСЄ в 1992 р. у Гельсінкі запровадила посаду «Верховного комісара з питань національних меншин», завданнями якого є: «забезпечувати на якомога ранній фазі «раннє попередження» та, за певних обставин, «ранні дії» відносно напруження в питаннях національних меншин, яке ще не вийшло за рамки першої попереджувальної фази, але, на думку Верховного комісара, має потенціал перерости у конфлікт в межах простору ОБСЄ, що негативно впливатиме на мир, стабільність та відносини між державами-учасниками та вимагатиме уваги та дій з боку Керівної ради» (п. 3).

У прибалтійських державах ВКНМ значною мірою посприяв модифікації законів про статус іноземців, в Угорщині та Словаччині запровадив дворічну місію експертів, він також вжив окремих заходів зі сприяння розвитку мов меншин в Албанії та Македонії, а в Україні за його порадою було запроваджено довгострокову місію. Крім того, він за поданням держав ОБСЄ займався вивченням ситуації з народами сінтів та ромів.

Згідно з даним мандатом йому заборонено контакт з групами, які здійснюють терористичну діяльність чи схвалюють її, хоча посередництво саме у випадках, коли етнонаціоналістичні групи підтримують анти-державні насильницькі дії, а так буває у більшості випадків, було б дуже необхідним. І це стосується не лише Балкан: тероризм ЕТА у країні басків, прагнення до відокремлення на Корсиці чи проблема Кіпру потребують не менших посередницьких зусиль ВКНМ.

ВКНМ категорично не є «омбудсменом з питань національних меншин», тобто він не приймає жодних індивідуальних скарг і не є апеляційною інстанцією для переслідуваних меншин, а являє собою «Верховного комісара з питань меншин». Також і в цьому питанні при формулюванні мандату було знайдено компроміс, оскільки деякі держави не хотіли змінювати своєї процедури щодо меншин.

За час своєї попередньої діяльності Комісар ввів «практику регулярних візитів у країни, у котрих з'являються проблеми на етнічному ґрунті, у тому числі поїздки у регіони, де число меншин є значним, де проблеми можуть набувати особливої гостроти або де ситуація може на це вказувати».

¹ *Caflish L. Revue Generale de Droit International Public: Vers des mecanismes pan-Europeens de reglement pacifique des differends / L. Caflish. T. XCVII. – Paris, 1993 / L. Caflish. – P. 191.*

² Пражские документы второго совещания Совета СБСЕ 3–31 января 1992 года / Документ на офиц. сайте ОБСЕ : [Електронний ресурс] – Режим доступу : <http://www.osce.org/docs/russian/1990-1999/mcs/2prag92r.htm>

³ Конвенция по примирению и арбитражу в рамках СБСЕ / Международное право: сб. документов / сост.: К. А. Бекашев, А. Г. Ходаков. – М. : БЕК, 1996. – С. 15.

⁴ *Vetschera H. Die sicherheitspolitische Rolle der KSZE: Krisenmechanismen, Konfliktverhuerung und präventive Diplomatie, in Österreichisches Jahrbuch für Internationale Politik 9 (1992). – P. 92–134.*

⁵ *Grudzinski P. KBWE / OBWE: wobec problemow pokoju i bezpieczenstwa regionalnego. – Warszawa 2002. – S. 228–229.*

⁶ *Oellers-Frahm K. Die obligatorische Komponente in der Sueltbellegung in Rahmen der KSZE, in ZaöRV 51 (1991). – P. 71.*

⁷ *Laubacher-Kubat E. Einmischung für den Frieden: Prävention und Bearbeitung ethnopolitischer Konflikte. – Chur; Zürich: Rüegger, 2000. – P. 122.*

⁸ *Jarząbek W. Polska wobec Konferencji Bezpieczeństwa i Współpracy w Europie. Plany i rzeczywistość 1964–1975, Instytut Studiów Politycznych PAN, Warszawa 2008, (S. 218). – S. 185.*

⁹ «Вызов времени перемен», четвертая встреча на высшем уровне : заключительный Хельсинский документ // Документы по человеческому измерению ОБСЕ. – Варшава : БДИПЛ, 1995. – С. 37.

¹⁰ Итоговый документ Венской встречи, состоявшейся на основе положений Заключительного Акта, относящихся к дальнейшим шагам после Совещания // Документы по человеческому измерению ОБСЕ. – Варшава : БДИПЛ, 1995. – С. 69.

Резюме

Кубієвич С. П. Етапи формування та особливості врегулювання спорів у рамках Організації з безпеки і співробітництва в Європі (ОБСЕ).

У даній статті автором було зроблено спробу розглянути етапи та особливості врегулювання спорів в рамках Організації з безпеки і співробітництва в Європі шляхом задіяння превентивних механізмів ОБСЕ. Юридичну основу механізмів врегулювання спорів в рамках Організації з безпеки і співробітництва в Європі становлять: військовий антикризовий механізм, механізм консультацій та співпраці з надзвичайних ситуацій, механізм з людського виміру, механізм раннього попередження та ранніх дій Верховного комісара ОБСЕ у справах національних меншин, механізми мирного вирішення спорів.

Ключові слова: Нарада з безпеки і співробітництва в Європі, Організація з безпеки і співробітництва в Європі, військовий антикризовий механізм, механізм консультацій та співпраці з надзвичайних ситуацій, механізм з людського виміру, Верховний комісар ОБСЕ у справах національних меншин, механізм мирного вирішення спорів.

Резюме

Кубієвич С. П. Этапы формирования и особенности урегулирования споров в рамках Организации по безопасности и сотрудничеству в Европе (ОБСЕ).

В данной статье автор рассматривает этапы и особенности применения международно-правовых механизмов урегулирования споров в рамках Организации по безопасности и сотрудничеству в Европе на основании анализа внутренних документов организации и общих международно-правовых норм и принципов урегулирования международных споров. Особое внимание уделено вопросам гибкости и эффективности применения механизмов. Учитывая тот факт, что абсолютно все механизмы ОБСЕ основаны на политических, а не на юридических обязательствах государств-членов ОБСЕ, это в некоторых ситуациях усложняет процедуры фактического применения таких механизмов на территории государств-членов, но в то же время позволяет организации быстро реагировать на сложившиеся кризисные ситуации и конфликты.

Ключевые слова: Совещание по безопасности и сотрудничеству в Европе, Организация по безопасности и сотрудничеству в Европе, механизмы урегулирования международных споров, Верховный комиссар ОБСЕ по делам национальных меньшинств, человеческое измерение, антикризисные механизмы.

Summary

Kubiievych S. Stages of forming and peculiarities of peaceful settlement in the OSCE region.

The article under study presents analyses of some theoretical and practical issues of OSCE's legal personality mainly its international responsibility particularly analyzing articles of UN Commission of international law on this question.

Key words: CSCE, OSCE, The OSCE Higher Commissioner on National Minorities, human dimension, anti-crises mechanisms, mechanisms of peaceful settlement.

М. І. ОТРОШ

Михайло Іванович Отрош, кандидат юридичних наук, докторант Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України

ДО ПИТАННЯ ЩОДО СТАТУСУ КАТОЛИЦЬКОЇ ЦЕРКВИ В МІЖНАРОДНОМУ ПРАВІ

Згідно з параграфом 1 канону 113 Кодексу канонічного права (далі –ККП) «Католицька Церква та Апостольський Престол є моральними особами згідно з самим Божественним установленням»¹; цим самим відразу обумовлюється специфічна природа взаємозв'язку між згаданими інститутами та фактичним злиттям їх правових порядків. Про це докладно йтиметься нижче, коли ми проаналізуємо поняття «Католицька Церква» як соціальний інститут і особливий правовий порядок. Відповідно до католицької доктрини, Католицька Церква заснована і очолювана Ісусом Христом, яку Він призначив усьому людству заради його спасіння і в якій присутня вся повнота засобів спасіння (правильне і повне сповідання віри, здійснення всіх церковних таїнств, священницьке служіння з рукопокладення відповідно до апостольського наступництва). Ісус Христос управляє Католицькою Церквою через Папу Римського та єпископів, які знаходяться з ним у канонічному спілкуванні, тому Католицьку Церкву іноді називають Римсько-Католицькою².

Слово «католицька» походить від грецького прикметника *καθολική* («загальна», «вселенська»), що вже в давнину означало один з найважливіших атрибутів Христової Церкви – кафоличність. Церква називається католицькою (кафоличною), оскільки в ній присутня вся повнота засобів спасіння, а також тому, що з волі свого Засновника вона покликана розповсюдитися по всій землі (пор. Мт. 28, 19–20)³, щоб «об'єднати все людство... під Главою Христом у єдності Його Духа»⁴.

З самого початку Католицька Церква існувала у громаді апостолів. Єпископи, які управляють Католицькою Церквою, є наступниками (спадкоємцями) апостолів. Апостолу Петру Ісус Христос довірив особливу роль – бути основою і пастирем всієї Церкви (пор. Мт. 16, 18–19; Ін. 21, 15–17)⁵. Після того, як у 1054 р. відбувся розкол Церков Сходу і Заходу, за західною Церквою, яка зберегла єдність з Папою Римським, закріпилася назва «Католицька Церква», а за східною – «Православна Церква».

Вищу, повну, безпосередню, вселенську та ординарну владу в Католицькій Церкві має Папа Римський (ККП, канони 331–335). Дорадчими органами при Папі Римському є колегія кардиналів і синод єпископів (ККП, канони 342–348). Адміністративний апарат, який допомагає Папі Римському здійснювати його служіння, носить назву Римська курія (це перша вища інстанція влади), до складу якої входять Державний секретаріат, конгрегації римські, суди та інші установи. Другою вищою інстанцією влади у Католицькій Церкві є Колегія єпископів, які здійснюють своє служіння під керівництвом Папи Римського (ККП, канон 339)⁶. Єпископська колегіальність у керівництві Церквою проявляється у зібраннях єпископів того чи іншого регіону (єпископських синодах) і вселенських соборах, які представляють всю Католицьку Церкву.

Католицька Церква має пірамідальну структуру і складається з окремих Церков, які становлять собою дієцезії та єпархії або прирівняні до них територіальні прелатури, територіальні абатства, апостольські вікаріати, апостольські префектури, апостольські адміністрації, військові ординаріати, а у Східних Католицьких Церквах – також екзархати. На чолі окремої Церкви стоїть єпархіальний єпископ або, відповідно, апостольський вікарій, апостольський префект, апостольський адміністратор і т.д. У великих і густонаселених єпархіях єпархіальному єпископу можуть надавати допомогу єпископи-коад'ютори та єпископи-помічники.

Кожна дієцезія чи єпархія налічує певну кількість парафій, що є базовими структурними одиницями Католицької Церкви. За діяльністю парафій відповідають парохі, які перебувають у єдності зі своїми дієцезіальними єпископами. Дієцезіальні єпископи тісно пов'язані зі Святішим Отцем, Єпископом Риму. Святіший Отець очолює Церкву і є гарантом єдності Католицької Церкви.

Існують ще й інші форми церковної організації. Декілька дієцезій (єпархій) однієї області можуть скласти митрополію (церковну провінцію); на чолі неї стоїть єпископ, який має ранг митрополита (ККП, канони 431–432). У деяких країнах (Італія, Бразилія, США та інші) митрополії об'єднуються в церковні регіони (ККП, канон 433)⁷. У більшості держав католицький єпископат утворює Конференцію єпископів, яка наділена правом вирішення багатьох питань, що стосуються Католицької Церкви у відповідній країні. Єпископи ж східних обрядів звичайно об'єднуються в Синод єпископів даної країни. На континентальному рівні існують Континентальні єпископські конференції. Деякими найважливішими дієцезіями керують архієпископи або кардинали.

Католицька Церква має різні обряди. У західній традиції переважає латинський обряд і більшість католиків всього світу належать саме до цього обряду. Окрім того, до Католицької Церкви входять Східні Католицькі Церкви, які мають статус Церков *sui iuris*. Вони належать до однієї з п'яти обрядових традицій: олександрійської, антиохійської, візантійської, халдейської та вірменської. Українська Греко-Католицька

Церква, як одна з таких Церков, належить, наприклад, до найчисленнішої візантійської (константинопольської) обрядової традиції. Усі Східні Католицькі Церкви мають особливе канонічне право, власну ієрархічну структуру на чолі з патріархом або верховним архієпископом, але при цьому знаходяться у спілкуванні з Папою Римським і організаційно йому підпорядковані⁸.

II Ватиканський Собор (1962–1965 рр.) вперше сформулював систематичне віровчення про Церкву як «народ Божий», тобто товариство віруючих у Христі, незалежно від їхньої національної, культурної та іншої належності, тому Церква не пов'язана з певним народом, а створюється на основі належності окремих осіб до церковного товариства. Отже, розповсюджена по всьому світові Католицька Церква становить собою єдиний інтернаціональний організм, який об'єднує громадян різних держав. У такому разі прийнято говорити про Католицьку Церкву в однині, визнаючи її як віросповідання⁹. Організаційна єдність Католицької Церкви відноситься лише до релігійних питань: одним з принципів католицької моралі є лояльність та повага до державної влади у своїй країні, дотримання її законів, якщо вони не суперечать моральним нормам, турбота про добробут і розвиток свого народу та своєї країни.

Згаданий вище персональний принцип побудови Церкви в організаційно-адміністративному відношенні потребує застосування і територіального критерію. Цей критерій дає змогу визначити межі влади в окремих «частинах народу Божого». Тому повноваження більшості служб Церкви визначаються саме за територіальним принципом, а, отже, і основна форма існування Церкви визначається як «окрема Церква» (*Ecclesia particularis*)¹⁰ або «помісна Церква» (*Ecclesia localis*)¹¹. Хоча в документах II Ватиканського Собору вживаються обидва ці терміни, Кодекс канонічного права віддає перевагу єдиній термінології: «окрема Церква» (*Ecclesia particularis*).

Церковне спілкування частини народу Божого становить собою окрему Церкву, створену за образом Вселенської Церкви, оскільки в ній у наявності всі істотні елементи природи Церкви і, крім того, деякі більш специфічні складові – як, наприклад, обряд, територія, особливі органи управління. Тільки так – в окремих Церквах і з окремих Церков – складається єдина і тільки одна Вселенська Церква. Тому, зважаючи на критерій «окремих Церков», ми маємо право говорити про існування Католицьких Церков у множині¹².

Католицька Церква становить собою органічну єдність всіх окремих (помісних, національних) католицьких церков, що діють в державах. Теза про її єдність є однією з базових у католицькій доктрині і обґрунтована тим, що незважаючи на розпад Римської імперії та формування самостійних держав, Католицька Церква не може бути ідентифікована лише з однією з них. Зв'язок же Католицької Церкви з Римом обумовлений виключно місцем знаходження її центрального інституту – Святого Престолу – та історичним значенням Риму як місця поховання апостолів Петра і Павла, що є наріжним каменем у вченні про верховенство Римського Понтифіка. Окремі (національні) Католицькі Церкви є повністю католицькими через спілкування з однією з них – Церквою Риму (Катехизм Католицької Церкви 834)¹³ і залишаючись невід'ємними частинами єдиної Католицької Церкви вони, водночас, як юридичні особи, перебувають під юрисдикцією тієї держави, в якій вони функціонують.

Церква може розглядатися: 1) як духовна спільнота віруючих (так звана «невидима Церква»); 2) як самоврядний соціальний інститут, керований формально визначеними та впорядкованими структурами. У другому значенні Католицька Церква виступає як універсальний транскордонний організм, який має у канонічному праві назву «*societas iudice perfecta*» (юридично досконале суспільство). Концепція «*societas iudice perfecta*» є надзвичайно важливою для розуміння погляду на Церкву в канонічному праві і складає основу сучасної західної еклезіології. Водночас «*societas perfecta*» є не стільки теологічною, скільки юридичною доктриною, створеною католицькими юристами ще у XIX ст. для обґрунтування тези про правосуб'єктність самої Католицької Церкви.

Історично поняття «*societas perfecta*» вперше було застосовано ще Папою Гелазієм I (492–496 рр.), який застерігав візантійського імператора від надмірного втручання у справи Церкви, відштовхуючись від ідеї щодо її самостійної та завершеної правової природи. Досвідчений політик і організатор, який користувався великим авторитетом, Геласій I обґрунтовував у своїх творах і відстоював на практиці примат Єпископа Риму, а на Римському Соборі 495 р. його першим серед Пап вітали як «намісника Христа» (*vicarius Christi*)¹⁴. Однак, як правова доктрина, концепція «*societas perfecta*» була сформульована у XIX ст. відомим єзуїтом, фахівцем у галузі канонічного права К. Тарквінієм, який охарактеризував досконале суспільство як «суспільство, яке завершене в собі і має всі засоби для досягнення своїх цілей»¹⁵.

Офіційно термін «*societas perfecta*» вперше був використаний Папою Левом XIII (1878–1903 рр.) в енцикліці «*Immortale Dei*» від 1 листопада 1885 р., в якій наголошувалося, що за своєю природою Церква є суспільством, не менш досконалим, ніж держава, однак має не матеріальну, а релігійну ціль. Понтифік відзначав, що це суспільство схоже на світське, однак за своєю природою воно є наднаціональним в силу духовного характеру своїх цілей. Доктрина «*societas perfecta*» знайшла своє відображення також і в деяких конкордатах, де за Католицькою Церквою визнається характер досконалого суспільства, якому гарантується вільне здійснення його духовної місії та юрисдикції. У такій якості у рамках держави і на міжнародній арені Церква має власні структури управління та судочинства, а також правову систему¹⁶.

Таким чином, римське канонічне право розглядає Церкву як незалежну юридичну особу, яка має нормативний порядок, аналогічний державному, але відмінний від нього, незважаючи на те, що структурні елементи Церкви, онтологічні та теологічні, цілком відповідають якостям незалежності та суверенітету. Католицька доктрина, визначаючи правовий статус Церкви, удається до методу аналогії, розглядаючи

Церкву як дієздатну юридичну особу змішаної природи, яка поєднує елементи корпорації (наявність спільноти віруючих) і фонду (переслідування цілей, встановлених божественним засновником Церкви – Христом). У даному випадку мова йде як про публічно-правову, так і про приватноправову правосуб'єктність. При цьому правосуб'єктність Церкви реалізується за допомогою її законного органу представництва – Апостольського (Святого) Престолу.

У контексті участі в міжнародних відносинах Церква у католицькій доктрині становить собою суб'єкт міжнародного права особливої природи, який у силу своїх цілей і засобів їх досягнення, структури та соціальної природи відрізняється від держави, що, однак, не применшує її міжнародно-правового статусу. Прикладом подібного підходу є твердження, яке інколи зустрічається у католицькій юриспруденції, що фактичною стороною конкордатів є Католицька Церква, а не Святий Престол, який лише формально її представляє¹⁷. При цьому, логіка суджень зводиться до того, що Апостольський Престол як частина Католицької Церкви не може виступати у відриві від неї і володіти більшими, ніж вона, правами.

Погоджуючись частково з подібними твердженнями, слід водночас зауважити, що загальний висновок католицьких правознавців про те, що Католицька Церква є суб'єктом міжнародного права, хоча й особливої природи, не відповідає фактичному стану речей і суперечить сучасному міжнародному праву з огляду на такі обставини. По-перше, хоча внутрішній порядок Католицької Церкви є первинним по відношенню до правопорядку Святого Престолу, однак у цьому сенсі Церква виступає своєрідним базисом, ідеологічною основою діяльності Святого Престолу, а не рівний йому за міжнародним статусом суб'єкт. По-друге, той факт, що Святий Престол як суверенний правовий порядок володіє якістю міжнародної правосуб'єктності, автоматично не означає визнання аналогічного статусу в цілому за Католицькою Церквою, яку він представляє. У протилежному випадку, це суперечило б як міжнародній дипломатичній практиці, так і підходам, що склалися у міжнародному праві у питанні стосовно природи міжнародної правосуб'єктності. Адже відомо, що володіння міжнародною правосуб'єктністю обумовлено дією положень міжнародного права, а не будь-яких інших норм. По-третє, лише держави як основні суб'єкти міжнародного права фактично визначають коло інших учасників міжнародних відносин, які мають право на міжнародну правотворчість. У цьому смислі практика встановлення та підтримання дипломатичних відносин, укладення конкордатів, участь у роботі міжнародних організацій і конференцій та у мирному вирішенні міжнародних спорів свідчать про визнання статусу суб'єкта міжнародного права виключно за Святим Престолом, специфіка якого, як суверенного утворення, обумовила визнання за ним самостійного міжнародно-правового статусу.

До цього варто також додати, що практично всі установи Католицької Церкви, за винятком її керівних органів, знаходяться в юрисдикції суверенних держав, національне право яких має справу з окремою (помісною) Католицькою Церквою, яка виступає як юридична особа і суб'єкт внутрішнього права (приватного або публічного) поряд з іншими організаціями. Окрім того, поряд із загальними нормами цивільного або публічного права діяльність релігійних організацій у багатьох країнах регламентується і нормами спеціальних нормативно-правових актів.

У канонічній доктрині Католицька Церква та Святий Престол часто називаються наднаціональними, а не міжнародними інститутами, оскільки здійснюючи вселенську духовну місію вони за своєю природою не пов'язані з будь-яким конкретним народом або державою. Церква у цьому сенсі є первинним правовим порядком, наділеним властивостями автономії та органічної єдності: Церква є суверенним юридичним порядком, зовні незалежним від будь-якої держави¹⁸. У взаємовідносинах з іншими учасниками міжнародних відносин Католицьку Церкву персоніфікує особливий суб'єкт міжнародного права – Святий Престол, який також не є державою. Таким чином, природа і характер взаємодії цих двох суб'єктів – Католицької Церкви (як цілого) та Святого Престолу (як частини) такі, що будь-яке право, що визнається за Святим Престолом, одночасно визнається і за Католицькою Церквою. У цьому сенсі розділити Католицьку Церкву та Святий Престол неможливо, оскільки це суперечить природі цих двох інститутів, які пов'язані один з одним. Саме тому всі юридичні акти Святого Престолу одночасно розглядаються як акти Католицької Церкви.

Під терміном «Святий Престол» (Sancta Sedes) або «Апостольський Престол» (Sedes Apostolica) згідно з канонами 361 Кодексу канонічного права¹⁹ розуміється не лише єпископська кафедра Римського Папи, тобто Римський Понтифік, а також і Державний (Папський) секретаріат та інші установи (конгрегації, суди тощо) Римської курії, якщо з самої суті справи або з контексту не впливає інше. Святий Престол як суб'єкт міжнародного права являється носієм духовного та світського суверенітетів і відповідно до Латеранських угод 1929 р. одночасно є верховним органом всієї Католицької Церкви та сувереном Держави Міста Ватикан.

Отже, підсумовуючи викладене вище, можна ствердно сказати, що Католицька Церква як соціальний інститут і особливий правовий порядок не є суб'єктом міжнародного права і становить лише ідеологічний базис для діяльності загальновизнаного суб'єкта міжнародного права – Святого Престолу, який представляє Католицьку Церкву на міжнародній арені.

¹ Кодекс канонического права / [пер. с латинского А. Н. Ковалёва]. – М. : Ин-т философии, теологии и истории св. Фомы, 2007. – 624 с. – С. 78.

² Католическая энциклопедия : в 4 т. / [под ред. о. Григория Цёрох OFM Conv]. – М. : Изд-во Францисканцев, 2001–2010. – Т. 2. – 2005. – 1818 с. – С. 910.

- ³ Святе Письмо Старого та Нового Завіту. – Рим : Вид-во Отців Василян «Місіонер», 2007. – 1472 с.
- ⁴ Догматическая Конституція о Церкви (*Lumen Gentium*) // Документи II Ватиканского Собора. – Paoline, 2004. – 73–155 с. – С. 87–89.
- ⁵ Святе Письмо Старого та Нового Завіту. – Рим : Вид-во Отців Василян «Місіонер», 2007. – 1472 с.
- ⁶ Кодекс канонического права / [пер. с латинского А. Н. Коваля]. – М. : Ин-т философии, теологии и истории св. Фомы, 2007. – 624 с.
- ⁷ Там само. – С. 196.
- ⁸ *Annuario Pontificio*, Libreria Editrice Vaticana, Citta del Vaticano, 2003, с. 1059.
- ⁹ Доброер О. Католицька Церква в Україні. 2001-й рік. Статистика, аналізи, коментарі / О. Доброер. – К. : Кайрос, 2001. – 260 с. – С. 11.
- ¹⁰ Догматическая Конституція о Церкви (*Lumen Gentium*) // Документи II Ватиканского Собора. – Paoline, 2004. – 73–155 с. – С. 100–102.
- ¹¹ Декрет об екуменизме (*Unitatis redintegratio*) // Документи II Ватиканского Собора. – Paoline, 2004. – 170–191 с. – С. 183–184.
- ¹² Доброер О. Вказана праця. – С. 12.
- ¹³ Катехизм Католицької Церкви. – Л. : Місіонер, 2002. – 772 с.
- ¹⁴ *Задворный В. Л.* История Римских Пап : в 2 т. / Задворный В. Л. – М. : Колледж католической теологии имени св. Фомы Актинского, 1995–1997. – Т. 2. – 1997. – 343 с. – С. 20–55.
- ¹⁵ *Cardinale Hyginus Eugene.* The Holy See and the International Order. Collin Smythe «Gerrards Cross», England, 1976. – 375 p. – P. 79.
- ¹⁶ *Wynen Arthur.* Rechts- und insbesondere die Vermögensfähigkeit des Apostolischen Stuhles nach internationalem Recht. Freiburg im Breisgau: Herder and Co. G.m.b. H. Verlagsbuchhandlung, 1920. – 357 s. – S. 31.
- ¹⁷ *Nuovo Dizionario di Diritto Canonico.* A cura di C.C. Salvador, V. de Paolis, G. Ghirlanda. – San Paolo: Edizioni San Paolo s.r.l., 1993. – 340 p. – P. 240.
- ¹⁸ *Okolo Jude M. T.* The Holy See: a Moral Person. The juridical nature of the Holy See in the light of the present Code of Canon Law. – Romae, 1990. – 422 p. – P. 122.
- ¹⁹ Кодекс канонического права / [пер. с латинского А. Н. Коваля]. – М. : Ин-т философии, теологии и истории св. Фомы, 2007. – 624 с.

Резюме

Отрош М. І. До питання щодо статусу Католицької Церкви в міжнародному праві.

У статті досліджено статус Католицької Церкви у міжнародному праві. Римське канонічне право і католицька доктрина розглядають Католицьку Церкву як незалежну юридичну особу, що відповідає якостям незалежності та суверенітету, і бере участь у міжнародних відносинах як суб'єкт міжнародного права особливої природи. У результаті дослідження доведено, що Католицька Церква як соціальний інститут і особливий правовий порядок не є суб'єктом міжнародного права і становить лише ідеологічний базис для діяльності загальноновизнаного суб'єкта міжнародного права – Святого Престолу, який представляє Католицьку Церкву на міжнародній арені.

Ключові слова: Католицька Церква, Святий Престол, суб'єкт міжнародного права, правовий статус Католицької Церкви у міжнародному праві, правовий статус Католицької Церкви у внутрішньодержавному праві.

Резюме

Отрош М. И. К вопросу о статусе Католической Церкви в международном праве.

В статье исследован статус Католической Церкви в международном праве. Римское каноническое право и католическая доктрина рассматривают Католическую Церковь как независимое юридическое лицо, которое отвечает качествам независимости и суверенитета, и принимает участие в международных отношениях как субъект международного права особой природы. В результате исследования показано, что Католическая Церковь как социальный институт и особый правовой порядок не является субъектом международного права и представляет собой лишь идеологический базис для деятельности общепризнанного субъекта международного права – Святого Престола, который представляет Католическую Церковь на международной арене.

Ключевые слова: Католическая Церковь, Святой Престол, субъект международного права, правовой статус Католической Церкви в международном праве, правовой статус Католической Церкви во внутрисударственном праве.

Summary

Otrosh M. On the issue of the status of the Catholic Church in international law.

The article explores the status of the Catholic Church in international law. Roman Catholic canon law and the doctrine regards the Catholic Church as an independent legal entity which corresponds to the qualities of independence and sovereignty, and participates in international relations as a subject of international law of special nature. The study proved that the Catholic Church as a social institution and a special legal order is not a subject of international law and is only an ideological basis for the activities of a recognized subject of international law – the Holy See, which represents the Catholic Church in the international arena.

Key words: Catholic Church, the Holy See, the subject of international law, the legal status of the Catholic Church in international law, the legal status of the Catholic Church in internal law.

О. О. ХАРЧУК, К. О. ОЗЕРОВА

Олександр Олександрович Харчук, кандидат юридичних наук, доцент Київського університету права НАН України

Катерина Олександрівна Озерова, студентка IV курсу Київського університету права НАН України

ЕКОНОМІЧНІ САНКЦІЇ ЯК ЗАСІБ ВІДНОВЛЕННЯ МІЖНАРОДНОЇ ЗАКОННОСТІ

Останні події в Україні ставлять під загрозу сучасну систему міжнародного права. Неспровокована збройна агресія Росії проти України, незаконна окупація та анексія Автономної Республіки Крим і м. Севастополя, організація й підтримка збройного сепаратизму і тероризму на території України – всі ці дії являють собою спрямовані проти України акти агресії, що кваліфікуються міжнародним правом як тяжкий злочин проти миру та безпеки і порушують його загально визнані принципи й норми.

Відтак, важливе місце у механізмі протидії агресорові посідають економічні засоби впливу на протиправні дії Російської Федерації, що мають реалізовуватися узгоджено з іншими заходами військового, політичного, дипломатичного характеру, не лише на національно-правовому, а й на міжнародно-правовому рівнях.

Питання запровадження економічних санкцій як засобу відновлення міжнародної законності досліджувалося в працях В. Г. Буткевича, В. А. Василенка, Д. Б. Левіна, Г. І. Тункіна, Л. А. Моджоряна, Т. М. Нешатаєвої, П. М. Куріс, О. О. Шибаєвої, Ю. М. Колосова, В. А. Мазова, І. І. Лукашука, П. Маланчука, Г. Кельзена, Дж. Кунца, Р. Хігінса, Д. Шеффера, Р. Хілла, Б. Уркварта, Нгуен Куок Діня та ін.

Мета статті полягає у дослідженні проблеми дієвості та ефективності запровадження економічних санкцій проти Російської Федерації як агресора.

Дії Російської Федерації проти України мають свої особливості, але з погляду міжнародного права їх слід кваліфікувати як збройну агресію, оскільки наша держава зазнала нападу підрозділів збройних сил Російської Федерації та контрольованих нею найманців, що діяли як приховано, так і відкрито. Заходи, до яких вдавалася влада Російської Федерації для маскування початку збройного нападу на територію України, різні (зокрема залучення спецназу та особового складу підрозділів і військової техніки регулярних та іррегулярних збройних сил РФ без розпізнавальних знаків; фінансування й озброєння найманців; використання механізмів пропагандистської війни тощо) і свідчать про його моральну ущербність, а не про відсутність факту агресії, і є обставиною, яка обтяжує вину Російської Федерації як держави-агресора¹.

З погляду міжнародного права відбулося порушення Договору про дружбу і співробітництво між Російською Федерацією і Україною 1997 р., Декларації про принципи міжнародного права 1970 р., Гельсінського Заключного акта НБСЄ 1975 р. і, зрештою, Статуту ООН 1945 року.

Загальноправовим підґрунтям міжнародно-правової відповідальності Російської Федерації за збройну агресію проти України є п. 4 ст. 2 Статуту Організації Об'єднаних Націй, відповідно до якого «всі члени ООН утримуються у своїх міжнародних відносинах від погрози силою або її застосування як проти територіальної недоторканності або політичної незалежності будь-якої держави, так і якимось іншим чином, несумісним із цілями Об'єднаних Націй»².

У Декларації про принципи міжнародного права, ухваленій 24 жовтня 1970 р. Резолюцією Генеральної Асамблеї ООН 2625 (XXV) на підтвердження п. 4 ст. 2 Статуту ООН, закріплено: «Агресивна війна є злочином проти миру і спричиняє відповідальність за міжнародним правом»³.

Міжнародне право має достатній арсенал юридичних понять для кваліфікації таких дій. Насамперед варто згадати Резолюцію 3314 (XXIX) Генеральної Асамблеї ООН «Визначення агресії» (14 грудня 1974 р.), яка у ст. 2 встановлює: «Застосування збройної сили державою першою на порушення Статуту ООН є *prima facie* свідченням акту агресії...»⁴. Стаття 3 Резолюції підкреслює, що актом агресії кваліфікуватиметься: «будь-яка воєнна окупація, хоч би який тимчасовий характер вона мала, що є результатом вторгнення чи нападу, або будь-яка анексія території іншої держави чи її частини із застосуванням сили» (п. «а»); «бомбардування збройними силами держави території іншої держави чи застосування будь-якої зброї державою проти території іншої держави» (п. «б»); «засилання державою або від імені держави збройних банд, груп, іррегулярних частин або найманців, які здійснюють акти застосування збройної сили проти іншої держави...» (п. «г»)⁵.

Отже, відповідно до положень Резолюції 3314 (XXIX) протиправні дії щодо України з боку Російської Федерації підпадають під ознаки, визначені пунктами «а», «б», та «г» ст. 3 і мають кваліфікуватися як акти

збройної агресії. Згідно зі ст. 3 Резолюції для кваліфікації як акту агресії збройного нападу, який першою вчинила одна держава проти іншої, юридично не має значення, була війна формально оголошена чи ні.

Статтею 5 Резолюції 3314 (XXIX) Генеральної Асамблеї ООН «Визначення агресії» встановлено, що: «Жодні міркування будь-якого характеру, чи то політичного, економічного, військового, чи то іншого, не можуть слугувати виправданням агресії»⁶. Зокрема, твердження Російської Федерації про намагання захистити права і законні інтереси «своїх» громадян не можуть слугувати виправданнями скоєного. Однак, у контексті вищенаведеного з метою так би мовити «захисту своїх громадян і законних інтересів росіян» на території України вищим керівництвом Російської Федерації було санкціоновано здійснення саме акту агресії. Натомість в Україні де-факто і де-юре, по-перше, відсутні порушення прав людини загалом і росіян, як національної меншини, зокрема; по-друге, згідно з п. 23 ч. 1 ст. 85 Конституції України питання допуску підрозділів збройних сил інших держав на територію України – це повноваження Верховної Ради України. Тобто, відповідно до ст. 134–139 Основного Закону статус Автономної Республіки Крим, її нормативно-правові акти та рішення не можуть суперечити Конституції та законам України. Таким чином, дії самопроголошених керівників Автономної Республіки Крим, пов'язані зі зверненням щодо надання військової допомоги до іншої держави, протиправні з усіма наслідками, що з них випливають⁷.

Оскільки після анексії Криму Верховна Рада України 20 березня 2014 р. ухвалила Декларацію «Про боротьбу за звільнення України», в якій зазначалося, що «Український народ ніколи не визнає анексію невіддільної частини своєї території – Автономної Республіки Крим, захопленої Росією з порушенням п. 4 ст. 2 Статуту ООН, бо територія держави не повинна бути об'єктом воєнної окупації, яка є результатом застосування сили на порушення положень Статуту ООН»⁸. Тобто, виходячи зі ст. 2 Статуту ООН: агресія Росії проти України – тяжкий злочин проти міжнародного миру та безпеки.

Ще однією проблемою сучасних міжнародних відносин виступає низька ефективність діяльності міжнародних організацій. Міжнародна спільнота засудила дії Росії та висловила свою солідарність на захист суверенітету й територіальної цілісності України, зокрема через ухвалення 27 березня 2014 р. резолюції Генеральної Асамблеї ООН 68/262 «Територіальна цілісність України». Своєю чергою, Парламентська асамблея Ради Європи 9 квітня ухвалила резолюцію «Розвиток останніх подій в Україні. Загроза функціонуванню демократичних інститутів», в якій підтримала суверенітет і територіальну цілісність України, рішуче засудила російську збройну агресію та подальшу анексію Криму. Резолюція Європейського парламенту від 16 квітня 2014 р. «розглядає акти агресії Росії як серйозне порушення міжнародного права та її власних міжнародних зобов'язань, що впливають із Статуту ООН, Гельсінського заключного акту і Будапештського меморандуму 1994 року про гарантії безпеки»⁹. Парламентською асамблеєю НАТО було прийнято Декларацію «Про підтримку України» від 30 травня 2014 р., яка кваліфікувала дії Росії як «явну та безперечну агресію» проти України. А Парламентська асамблея ОБСЄ у своїй резолюції зазначила, що дії Росії є кричущим порушенням суверенітету та територіальної цілісності України і «включають агресію та різні форми примусу»¹⁰. Але загалом міжнародна реакція на дії Російської Федерації обмежувалася констатацією фактів і закликami до мирного врегулювання конфлікту міжнародно-правовими засобами.

Отже, існують моменти недієвості міжнародних організацій. Так, засідання Ради Безпеки ООН засвідчили неможливість вирішити ситуацію за умов участі в ній держави-порушника. Використання права вето створює перешкоди у вжитті заходів, спрямованих на відновлення міжнародного правопорядку. Навіть встановлення факту наявності іноземних збройних сил на території держави підпорядковане факторові політичної (дипломатичної) доцільності.

У контексті вищенаведеного постає питання шляхів дієвої реалізації відповідальності за протиправні дії. У сучасних умовах одним із ефективних механізмів впливу на порушника може виступати використання економічних важелів. До таких засобів можна віднести призупинення економічної співпраці, блокування інвестицій, замороження співпраці у сфері енергетики та оборони, обмеження участі банків держави-порушника у доступі до ринків позичкових та інвестиційних капіталовкладень, заборона проведення боргового фінансування компаній, обмеження використання цінних паперів, скасування торговельних угод про безмитний імпорт продукції країни-порушника, обмеження доступу російських оборонних і нафтових компаній до європейських фінансових ринків, обмеження експорту до Росії технологій подвійного призначення, санкції щодо окремих посадових осіб та ін.

Застосування економічних засобів має призвести до ізоляції агресора і змусити його усвідомити неприпустимість використання сили чи протиправних дій як способу досягнення власних інтересів. Застосування економічних санкцій державами Європейського континенту, США, Канадою, Японією, Австралією проводилося в три етапи. Перший етап відбувся шляхом обмеження співробітництва; другий – запровадженням обмежень на постачання окремих видів технологій; третій було реалізовано у формі секторальних санкцій, спрямованих проти окремих секторів економіки.

Україна також долучилася до запровадження санкцій стосовно Російської Федерації, хоча певний час утримувалася від однозначного оцінювання протиправних актів як таких, що носять характер збройної агресії, і не виявила послідовності та рішучості в негайному й системному запровадженні санкцій проти держави-агресора.

Зволікання із запровадженням санкцій Україною пояснювалося запізнілим ухваленням відповідного закону. На противагу можна зазначити, що відсутність національного закону не забороняє державі, що зазнала збройного нападу, негайно вжити проти агресора будь-яких заходів у відповідь.

Вжиття Україною санкцій проти Російської Федерації й ухвалення нормативних актів, що мали забезпечити протидію російській агресії та ліквідацію її наслідків, було довготривалим і належним чином не узгодженим.

До таких актів можна віднести насамперед ухвалені 14 серпня 2014 р. Верховною Радою Закон України № 4453а «Про санкції», № 343 від 17 липня 2014 р. «Про утворення міжвідомчої робочої групи з питань відшкодування втрат, завданих тимчасовою окупацією частини території» і № 278 від 23 липня 2014 р. «Про утворення Комітету з питань застосування санкцій до осіб, що підтримують і фінансують тероризм в Україні», а також розпорядження Кабінету Міністрів України № 829-р від 11 вересня 2014 р. «Про пропозиції щодо застосування персональних спеціальних економічних та інших обмежувальних заходів»¹¹.

Окремо хочеться зупинитися на положеннях Закону України «Про санкції», що прийнятий Верховною Радою України 14 серпня 2014 року. Мета прийняття закону полягає у захисті національних інтересів національної безпеки, суверенітету, територіальної цілісності України, протидії терористичній діяльності. Законом від 14 серпня 2014 р. встановлено перелік санкцій, які мають застосовуватися на міждержавному і національному рівнях щодо іноземної держави, іноземної юридичної особи, юридичної особи, яка знаходиться під контролем іноземної фізичної чи юридичної особи – нерезидента, іноземців, осіб без громадянства, а також суб'єктів, які здійснюють терористичну діяльність. Прийняття закону покликано створити механізм невідкладного та ефективного реагування на наявні й потенційні загрози національним інтересам і безпеці.

Згідно зі ст. 4 Закону України «Про санкції» встановлено, що можна застосовувати такі види санкцій: «блокування активів, обмеження торговельних операцій; обмеження, часткове чи повне припинення транзиту ресурсів, польотів та перевезень територією України; запобігання виведенню капіталів за межі України; зупинення виконання економічних та фінансових зобов'язань; анулювання або зупинення ліцензій та інших дозволів, одержання (наявність) яких є умовою для здійснення певного виду діяльності, зокрема, анулювання чи зупинення дії спеціальних дозволів на користування надрами; заборона участі у приватизації, оренді державного майна резидентами іноземної держави та особами, які прямо чи опосередковано контролюються резидентами іноземної держави або діють в їх інтересах; заборона здійснення державних закупівель товарів, робіт і послуг у юридичних осіб-резидентів іноземної держави державної форми власності та юридичних осіб, частка статутного капіталу яких знаходиться у власності іноземної держави; заборона або обмеження заходження іноземних невійськових суден та військових кораблів до територіального моря України, її внутрішніх вод, портів та повітряних суден до повітряного простору України або здійснення посадки на території України; повна або часткова заборона вчинення правочинів щодо цінних паперів; заборона видачі дозволів, ліцензій Національного банку України на здійснення інвестицій в іноземну державу, розміщення валютних цінностей на рахунках і вкладах на території іноземної держави; припинення дії торговельних угод, спільних проектів та промислових програм у певних сферах, зокрема у сфері безпеки та оборони; заборона передання технологій, прав на об'єкти права інтелектуальної власності»¹².

Отже, запорука підтримання міжнародного миру полягає у скоординованості дій міжнародного співтовариства, спрямованих на підтримання міжнародної законності, оскільки наявність такого «територіального прецеденту» – загроза існуючій системі колективної безпеки, принципам і нормам міжнародних договорів, порушення прав людини і суверенної цілісності окремо взятої країни, що може бути використано проти Російської Федерації.

Вважаємо, що саме поєднання широкого спектра економічних і торговельних міжнародних санкцій – один із важливих заходів впливу на протиправні дії Російської Федерації. Саме колективні дії держав – найбільш дієвий механізм у підтриманні міжнародного миру і безпеки, який реалізується через прийняття ефективних колективних заходів запобігання і усунення загрози миру та подолання повторення актів агресії.

¹ Василенко В. А. Війна 2014 року: спроба системного аналізу / В. А. Василенко : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://i.tyzhden.ua/content/photoalbum/2014/10_2014/17/26-42.pdf

² Статут ООН від 24 жовтня 1945 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_010

³ Декларація про принципи міжнародного права від 24 жовтня 1970 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_569

⁴ Резолюція 3314 (XXIX) Генеральної Асамблеї ООН «Визначення агресії» від 14 грудня 1974 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://kiev1.org/rezolyutsiya-3314-opredelenie-agressii.html>

⁵ Ibid.

⁶ Ibid.

⁷ Звернення Української асоціації міжнародного права до громадян України та Росії, братських народів сусідніх держав, з якими нас єднають родинні та історичні зв'язки, а також до усього міжнародного співтовариства : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://france.mfa.gov.ua/ua/press-center/comments/607-zvernennya-ukrajinskykoji-asociaciji-mizhnarodnogo-prava-shhodo-ostannih-dij-rf-vidnosno-ukrajini>

⁸ Статут ООН від 24 жовтня 1945 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_010

⁹ Малиновський О. Стратегія юридичного опору російській агресії / О. Малиновський, О. Чалий : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://gazeta.dt.ua/internal/strategiya-yuridichnogo-oporu-rosiyskiy-agresiyi-_html

¹⁰ Василенко В. А. Вказана праця.

¹¹ Малиновський О. Вказана праця.

¹² Про санкції : Закон України від 14 серпня 2014 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1644-18>

Резюме

Харчук О. О., Озерова К. О. Економічні санкції як засіб відновлення міжнародної законності.

Авторами розглянуто проблему запровадження економічних санкцій як засобу відновлення міжнародної законності в міжнародному праві. Визначено напрями втілення механізму підтримання міжнародного миру і безпеки та подолання повторення актів агресії. Наведено перелік міжнародно-правових та національно-правових інструментів впливу на протиправні дії держави-агресора. Проаналізовано питання ефективності запровадження економічних санкцій протидії щодо країни-порушника.

Ключові слова: агресія, економічні санкції, міжнародний злочин, анексія, територіальна цілісність.

Резюме

Харчук А. А., Озерова К. А. Экономические санкции как средство восстановления международной законности.

Авторами рассмотрена проблема введения экономических санкций как средства восстановления международной законности в международном праве. Определены направления реализации механизма поддержания международного мира и безопасности, преодоления повторения актов агрессии. Приведен перечень международно-правовых и национально-правовых инструментов влияния на противоправные действия государства-агрессора. Проанализирован вопрос эффективности введения экономических санкций против государства-нарушителя.

Ключевые слова: агрессия, экономические санкции, международное преступление, аннексия, территориальная целостность.

Summary

Kharchuk O., Ozerova K. Economic sanctions as a means of restoring international legitimacy.

The authors considered the problem of economic sanctions as a means of restoring international legitimacy in international law. It is directed the implementation mechanism for the maintenance of international peace and security and overcome the repetition of acts of aggression. The list of measures of international law and national legal instruments is proposed to influence the wrongful acts of the aggressor state. Also is analyzed the question of the effectiveness of economic sanctions aimed on counteracting country infringer.

Key words: aggression, economic sanctions, international crime, annexation, territorial integrity.

УДК 341.123

О. М. Ю. АРАП

Осама Мохамед Юсеф Арап, аспирант Института государства и права им. В. М. Корецкого НАН Украины

ПАЛЕСТИНО-ИЗРАИЛЬСКИЙ МИРНЫЙ ПРОЦЕСС И СОЗДАНИЕ ПАЛЕСТИНСКОЙ АВТОНОМИИ В СВЕТЕ СОГЛАШЕНИЙ «ОСЛО I»

Одной из самых острых проблем сегодня в мире является палестинская. На протяжении десятилетий мировое сообщество не в состоянии ее разрешить. И все же, как показывает опыт, решение этой проблемы возможно только путем создания Палестинского государства в соответствии с резолюцией №181 (II), которая была принята Генеральной Ассамблеей ООН еще в 1947 г. Однако из-за позиции Израиля, Палестинское государство не создано до сих пор. Некоторые по движки в этом направлении начались лишь в 90-х годах.

13 сентября 1993 г. в Вашингтоне в присутствии представителей коспонсоров Мадридской конференции (США и России) состоялось подписание «Декларации о принципах организации временного самоуправления» (далее «Декларация принципов»), известной также как соглашение «Осло I»¹.

Эдвард Саид сетовал, что подписание соглашений в Осло прошли без консультации с палестинцами в Ливане, Сирии, Иордании, которые имели законные интересы в соглашениях с Израилем. Точно так же, воензированные еврейские организации в США бросили вызов готовности израильского правительства отказаться от части еврейского государства и от суверенитета Израиля над Иерусалимом в целом.

В Декларации указывалось, что правительство Израиля, с одной стороны, и делегация ООП (фактически иорданско-палестинская) по проблемам к разрешению, которых проводилась мирная конференция по Ближнему Востоку, а также Палестинская делегация, с другой, пришли к соглашению, что наступило время положить конец конфликтам и конфронтации, признали их обоюдные политические права и высказали намерение встать на путь мирного существования, признание обоюдной ответственности за поддержание режима безопасности, их обоюдного стремления к справедливости, мирному существованию². Целью сторон было учреждение промежуточного палестинского органа самоуправления на переходный период, не превышающей пятилетний срок. Выборы планировалось провести не позднее 9 месяцев после вступления в силу соглашения. Их проведение рассматривалось как подготовительный шаг в направлении реализации законных прав палестинского народа³. Наряду с этим ООП обязалась согласиться с существованием Израиля.

Декларация принципов состоит из преамбулы, семнадцати статей и четырех приложений к документу. Согласно ст. I документа, главной целью переговоров было создание Временного органа палестинского самоуправления – выборного Совета («Совет») – для палестинского народа на Западном берегу и в секторе Газа на переходный период, не превышающий пять лет. Статья 4 гласила, что юрисдикция Совета будет охватывать территорию Западного берега и сектора Газа, Западный берег и сектор Газа рассматривались в качестве единого территориального образования, целостность которого будет сохранена в течение переходного периода. Статья 8 гласит, что Совет создаст сильные полицейские формирования, чтобы гарантировать общественный порядок и внутреннюю безопасность для палестинцев на Западном берегу и в секторе Газа, в то время как Израиль будет продолжать нести ответственность за оборону от внешних угроз, а также ответственность за общую безопасность израильтян. Генеральная Ассамблея ООН заявила о своей полной поддержке «Декларации принципов организации временного самоуправления» и подчеркнула также необходимость того, чтобы Организация Объединенных Наций играла в мирном процессе активную роль. Кроме того, Генеральная Ассамблея ООН настоятельно призвала также государства-члены и систему Организации Объединенных Наций расширить предоставление палестинцам экономической и технической помощи. «Декларация принципов организации временного самоуправления» была с одобрением встречена правящими кругами стран Запада, однако вызвала бурную реакцию на Ближнем Востоке⁴. Однако в этом документе присутствовал также и ряд недостатков. К примеру, Мальшев считает, что к недостаткам документа можно было бы отнести: 1) отсутствие ясности по ряду вопросов, которые требовали дополнительных соглашений – вывод израильских войск с Западного берега после ухода из Газы и Иерихона, статус израильских поселений на территории палестинского самоуправления, права палестинцев, проживающих в Восточном Иерусалиме и т.д.; 2) игнорирование судьбы большого числа палестинских беженцев, проживавших, в основном, в Иордании, Ливане и Сирии; 3) исключение из Соглашения всех сложных вопросов и перенесение их на окончательную стадию переговорного процесса, что давало Израилю возможность осуществления политики «свершившихся фактов»; 4) оппозиционное настроение к Документу значительной части израильского и палестинского общества угрожало его судьбе в случае прихода к власти представителей оппозиционных слоев. Однако в то время мало кто обратил на это внимание⁵.

Западные государства во главе с США обязались оказать автономии экономическое содействие, с помощью которого она смогла бы стать на ноги. Вскоре после подписания «Декларации принципов» США призвали провести специальную конференцию для решения этой задачи. Такая конференция государств-доноров состоялась в октябре 1993 года в Вашингтоне. В ней приняли участие представители 43 стран, которые взяли на себя обязательство выделить 2,5 млрд долларов в ближайшие пять лет для гарантирования перехода палестинцев к самоуправлению, включая восстановление экономики на территории ПНА и обеспечение жизнедеятельности ее административных структур. Главными донорами ближневосточного процесса стали США: их взнос, по различным оценкам, составил от 500 до 800 млн долларов, не считая ежегодно выделяемых Израилю 3 млрд долларов в качестве военной и экономической помощи. Другими крупными вкладчиками были страны Европейского сообщества – 500–600 млн долларов, Япония – 100 млн долларов. В 1994–1998 гг. только ЕС вложил в экономику ПНА 1,8 млрд или 45 % всей финансово-экономической помощи, предоставленной ПНА за этот период⁶.

Договор «Осло I» предоставил Палестинской администрации контроль над образованием, здравоохранением, социальным обеспечением, прямым налогообложением и туризмом на Западном берегу и в секторе Газа. Договор «Осло I» сформировал также основу для договора «Осло II». Кроме того в Договоре было записано, что как только на территории Палестины пройдут выборы – Израиль выведет свои военные силы из оккупированных районов. Он должен был перебросить военные силы за пределы населенных пунктов. Передислокация должна была происходить постепенно, и был разработан специальный график для вывода военных из сектора Газа и области вокруг Иерихона. После их вывода, Израиль продолжал нести ответственность за внешнюю безопасность этих территорий, а также внутреннюю безопасность израильтян, проживающих в этих районах. Кроме того, в соответствии с договором «Осло I» дороги должны были остаться открытыми для пользования израильской и палестинской сторонами⁷.

01 июля 1994 г. глава ООП Я. Арафат возвратился в Палестину и возглавил новую администрацию Палестинской автономии. А уже 29 августа 1994 г. между Государством Израиль и представителями ООП было подписано соглашение в Эрец, в соответствии с которым Израиль передал под управление Палестинской автономии вопросы, связанные с функционированием таких областей, как образование и культура, здравоохранение, социальное обеспечение, прямое налогообложение туризм. 27 августа 1995 г. в Каире был подписан протокол о дальнейшей передаче полномочий и ответственности Палестинской автономии. Вскоре, в том же 1995 году был достигнут еще более существенный прогресс. 24 сентября в египетском городе Таба было парафировано, а 28 сентября в Вашингтоне подписано Временное соглашение, которое получило название Осло II. В соответствии с ним на Западный берег реки Иордан и сектор Газа существенно распространялась власть Палестинской автономии. В соглашении был предусмотрен роспуск израильской гражданской администрации и вывод израильских военных властей, а также запланирована передача полномочий и ответственности органам самоуправления палестинцев на «переходном этапе» – Палестинскому законодательному Совету. В нем содержатся также положения о формах участия в выборах палестинцев, проживающих на Западном берегу реки Иордан и в секторе Газа, а также в Иерусалиме – палестинцы старше 18 лет получили право принимать участие в выборах местной администрации, которые

должны были быть проведены 20 января 1996 г., и в него включено положение относительно международного наблюдения за процессом выборов. Вскоре, 20 января 1996 г. на территории Палестинской автономии прошли выборы в Палестинский законодательный Совет в составе 88 человек. Председателем Исполнительного органа Палестинского законодательного Совета на 5-летний срок был избран Председатель ООП Я. Арафат. На выборах он получил подавляющее большинство голосов (88 %). С этого момента Я. Арафат как лидер Палестинской автономии стал носить титул, обозначаемый арабским словом «Раис»⁸.

Одной из основных характерных особенностей этого соглашения стало также положение о разделении Западного берега на три района, каждый из которых имел различную степень ответственности со стороны Израиля и Палестинской автономии, в том числе области «А», «В» и «С».

Израиль сохранил исключительную персональную юрисдикцию по уголовным делам касательно израильтян, даже в отношении преступлений, совершенных в районах «А» и «В», где Палестинская гражданская юрисдикция над израильтянами была серьезно ограниченная, а на практике показала свое отсутствие. Кроме того, в области «В» хотя ПА «взяла на себя ответственность за охрану общественного порядка для палестинцев», «Израиль имеет первостепенную ответственность за обеспечение безопасности в целях защиты израильтян и противостояния угрозе терроризма»⁹. Это сохранение юрисдикции и, тем более, компетентности безопасности, отрицает полный контроль ПА над общественным порядком и общественной жизнью в этих районах. Соответственно, даже если чисто теоретически оккупация закончена, то даже эти требования не выполнены. В соответствии с условиями Временного соглашения, эти районы остались заняты войсками. Следовательно, ПА может рассматриваться как учреждение, которому оккупант передал ограниченную административную власть. Составителями четвертой Женевской конвенции было предусмотрено, что это может произойти во время длительной оккупации без ее прекращения.

Области «А» и «В» составляют примерно 38 % территории Западного берега: область «А» включает основные палестинские города и находится под юрисдикцией палестинской гражданской власти и служб безопасности. Зона «В» включает большинство палестинских сельских общин, а гражданская власть принадлежит Палестинской администрации, в то время как ответственность за обеспечение безопасности является общей обязанностью для израильской и палестинской сторон. Примерно 62 % площади Западного берега находится в зоне «С», где Израиль сохраняет власть над правоохранительными органами и контроль над сферой проектирования и строительства. Хотя соглашения в Осло призвали к постепенной передаче власти и ответственности в сфере планирования и зонирования в зоне «С» от Израильской гражданской администрации к Палестинской администрации (ПА), эта передача была заморожена в 2000 году¹⁰.

Сингер, экс-советник по правовым вопросам израильского министерства иностранных дел, заявил, что в соответствии с Декларацией о принципах в течение всего переходного периода «Палестинский совет не будет независимым или суверенным по своей природе». Скорее, «военное правительство будет, по-прежнему, являться источником власти для Палестинского совета и для полномочий и ответственности, осуществляемых советом на Западном берегу и в секторе Газа»¹¹.

Действительно, создание палестинского государства на Западном берегу, включая Восточный Иерусалим, и сектор Газа, как правило, будет рассматриваться как прекращение действия четвертой Женевской конвенции. Поскольку ее целью является обеспечение защиты и благополучия гражданского населения во время войны и оккупации, любое соглашение, что подразумевает недопустимые отступления от положений Конвенции, следует рассматривать как подпадающее под действие ст. 7, 8 и 47. Соглашения в Осло рассматриваются как продолжение применения четвертой Женевской конвенции, поскольку они не изменили статус палестинской территории как оккупированной, а скорее рассматривали переходный или промежуточный период, который должен закончиться договором о постоянном урегулировании ситуации¹².

После убийства в ноябре 1995 года премьер-министра Израиля И. Рабина, выполнение палестино-израильских соглашений начало тормозиться. Не заработал в полную силу Парижский протокол 1995 года (экономические аспекты палестино-израильского сосуществования). Под вопросом оказалась сама идеология урегулирования – вначале решать «легкие» вопросы, а затем перейти к самым «тяжелым». Не оправдала себя и ставка палестинцев на исключительно двусторонние механизмы достижения мира с Израилем при практически единоличном кураторстве Вашингтона¹³.

На состоявшихся в следующем году в Израиле выборах победу одержал сторонник более жесткой линии Б. Нетаньяху, что привело к обострению отношений между израильским правительством и вновь избранной палестинской администрацией, которую возглавил Я. Арафат, оставаясь одновременно главой исполкома ООП. Усилились столкновения между израильскими войсками и палестинским населением, что побудило Совет Безопасности принять 28 сентября 1996 г. резолюцию № 1073, осуждающую эскалацию насилия на Западном берегу и в секторе Газы. Однако эти столкновения хотя и тормозят, но не блокируют реализацию Временного соглашения. В январе 1997 года была достигнута договоренность о передаче под контроль палестинской администрации г. Хеврон, где имеется израильское поселение. Отказ жителей этого поселения покинуть его вызвал новое обострение израильско-палестинских отношений.

Таким образом, соглашение «Осло I» внесло существенный вклад в решение палестинской проблемы. Благодаря этому соглашению были намечены конкретные шаги по созданию Палестинского государства. Однако из-за позиции Израиля этот документ так и не был реализован.

¹ Рами М. Проблема становления палестинской государственности в процессе мирного урегулирования на Ближнем Востоке: 1991–2007 гг. : дисс ... канд. истор. наук : 07.00.15 / Марака Рами. – М., 2008. – С. 70.

² Абоу Салем Ессам Файсал Абдел Карим. Современные международные стратегии разрешения региональных конфликтов (на примере палестино-израильского конфликта) : дисс ... докт. полит. наук : 23.00.04 / Абоу Салем Ессам Файсал Абдел Карим. – Кишинев, 2011. – С. 71.

³ Щевелев С. С. Палестино-израильский диалог в 1991–1993 годах (Мадрид – Осло – Вашингтон) / С. С. Щевелев // Ученые записки Таврического национального университета им. В. И. Вернадского. – 2002. – Т. 15 (54), № 1. – С. 78.

⁴ Кузнецов Д. В. Арабо-израильский конфликт: История и современность. Очерк событий. Документы и материалы : [учеб. пособие] / Д. В. Кузнецов. – Благовещенск : Изд-во БГПУ, 2006. – С. 94.

⁵ Там само. – С. 173.

⁶ The New York Times. 02.10.1993; The World Bank. Development Brief 21677. № 32. March 1994; Bickerton Ian J., Klausner Karla L. Op. cit. P. 284.

⁷ Declaration of Principles, September 1993 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.mfa.gov.il/mfa/foreignpolicy/peace/guide/pages/declaration%20of%20principles.aspx>

⁸ Кузнецов Д. В. Вказана праця. – С. 102.

⁹ Declaration of Principles, September 1993 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.mfa.gov.il/mfa/foreignpolicy/peace/guide/pages/declaration%20of%20principles.aspx>

¹⁰ Ibid.

¹¹ Singer J. The Declaration of Principles on Interim Self-Government Arrangements: some legal aspects (1994) 1 Justice 4 at 6, available at [Електронний ресурс]. – Режим доступу : www.intjewishlawyers.org/html/justice.asp

¹² Declaration of Principles, September 1993 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.mfa.gov.il/mfa/foreignpolicy/peace/guide/pages/declaration%20of%20principles.aspx>

¹³ Салем Е.-А. Ближний Восток после периода правления Арафата / Е.-А. Салем // Analele Științificeale Universității de Stat în Moldova. Seria «Științe socioumanistice». – Chișinău : CEPUSM, 2005. – Vol. III. – С. 72–76.

Резюме

Арар О. М. Ю. Палестино-ізраїльський мирний процес і створення Палестинської Автономії в світлі угоди «Осло І».

У статті описується палестино-ізраїльський мирний діалог. Аналізується договір «Осло І». Розглядається питання територій, на які поширюється влада Палестинської Автономії. Звертається увага на створення органів влади у Палестинській Автономії.

Ключові слова: Західний Берег, Ізраїль, «Осло І», Палестинська Автономія, Сектор Газа.

Резюме

Арар О. М. Ю. Палестино-израильский мирный процесс и создание Палестинской Автономии в свете соглашений «Осло I».

В статье описывается палестино-израильский мирный диалог. Анализируется договор «Осло I». Рассматривается вопрос территорий, на которые распространяется власть Палестинской Автономии. Обращается внимание на создание органов власти в Палестинской Автономии.

Ключевые слова: Западный Берег, Израиль, «Осло I», Палестинская Автономия, Сектор Газа.

Summary

Arar O. M. Y. Palestinian-Israeli peace process and the establishment of the Palestinian Authority in the light of agreements “Oslo I”.

The article describes the Israeli-Palestinian peace dialogue. We analyze the agreement “Oslo I”. The question of territories covered by the Palestinian Authority. Attention is paid to the creation of authorities in the Palestinian Authority.

Key words: West Bank, Israel, “Oslo I”, the Palestinian Authority, the Gaza Strip.

Н. Г. ГОРОБЕЦЬ

Наталія Григорівна Горобець, здобувач Київського університету права НАН України

ПОНЯТТЯ ТА СУТНІСТЬ ПРАВА ВЛАСНОСТІ В КОНТЕКСТІ ПЕРШОГО ПРОТОКОЛУ ДО КОНВЕНЦІЇ ПРО ЗАХИСТ ПРАВ ЛЮДИНИ ТА ОСНОВОПОЛОЖНИХ СВОБОД 1950 Р. ТА ПРАКТИКИ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ

Формування правової, соціальної та демократичної держави тісно пов'язано із встановленням у державі належної системи правового захисту, такого фундаментального права людини, як право власності. Невипадково право на вільне володіння власністю знайшло своє закріплення в одному з фундаментальних європейських міжнародних договорів – Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод 1950 р. (далі – ЄКПЛ) (ст. 1 Першого Протоколу). Як відомо, за кількістю скарг, поданих до Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) скарги про порушення права власності посідають третє місце. Більше того, одна з перших справ проти України, розглянутих ЄСПЛ, також була пов'язана саме з порушенням права власності. Згодом таких справ щодо України розглянуто понад тридцять. У зв'язку з вищезазначеними положеннями проведення комплексного дослідження практики ЄСПЛ у контексті захисту права власності та вільне володіння нею є зараз актуальним завданням сучасної вітчизняної науки міжнародного права.

ЄКПЛ була підписана 4 листопада 1950 р. в Римі десятима європейськими державами. Відтоді вона стала фундаментом усього комплексу міжнародно-правового регулювання в галузі прав людини, її законних інтересів та потреб, відправною точкою на шляху цивілізованих європейських держав до втілення в життя загальнолюдських цінностей¹. Наразі 47 держав є сторонами цієї Конвенції².

Верховна Рада України ратифікувала ЄКПЛ 17 липня 1997 р.³, а 11 вересня 1997 р. вона набула чинності для нашої країни. Ратифікувавши ЄКПЛ 17 липня 1997 р., Україна визнала не лише право на «мирне володіння майном», а й згідно із положеннями ст. 1 Першого Протоколу до Конвенції визнала право на звернення фізичних та юридичних осіб до Європейського суду з прав людини за захистом своїх порушених прав та охоронюваних Конвенцією свобод, пов'язаних із реалізацією права власності.

Тепер кожен, хто перебуває під юрисдикцією України, після вичерпання всіх національних засобів правового захисту і впродовж шести місяців від дати прийняття остаточного рішення на національному рівні має не лише право, а й реальну можливість звернутися до ЄСПЛ (Франція, м. Страсбург) за захистом своїх прав та свобод, проголошених у Конвенції та додаткових протоколах до неї. Під поняттям «вичерпання національних засобів захисту» слід розуміти звернення заявника до всіх судових інстанцій держави, включаючи касаційну інстанцію – Верховний Суд України. Таким чином, у практичне життя впроваджено ч. 4 ст. 55 Конституції України: «Кожен має право після використання всіх національних засобів правового захисту звертатися за захистом своїх прав і свобод до відповідних міжнародних судових установ чи до відповідних органів міжнародних організацій, членом або учасником яких є Україна»⁴.

Найбільш ґрунтовно проблеми захисту права власності в практиці ЄСПЛ викладено у роботах таких вітчизняних та російських юристів-міжнародників, як: І. М. Арцибасова, Ю.М. Антонян, І. П. Бліщенко, Ю. Ю. Берестневої, І. В. Бобровського, Н. Т. Блатової та інших. Окремі аспекти норм, які регулюють організаційно-правові аспекти діяльності ЄСПЛ, були предметом дослідження у науці міжнародного права та вивчалися, зокрема, К. А. Арістовою, В. Г. Буткевичем, Ж. П. Костою, М. І. Козюброю, Ф. Лічем, Г. Є. Лук'янцевим, О. О. Мережко, Г. Петцольдом, Л. Д. Тимченко, В. А. Тумановим, П. М. Рабіновичем, В. В. Мішиним, С. В. Шевчуком та іншими.

Метою цієї статті є дослідити поняття та сутність права власності в контексті Першого Протоколу до ЄКПЛ та усталеної практики Європейського суду з прав людини.

ЄКПЛ є міжнародним договором, який закріплює певний перелік найбільш важливих для людини суб'єктивних прав. Складовою цієї Конвенції є окремі протоколи, які доповнюють та розвивають її положення. Статтею 1 Першого Протоколу (1952 р.) до Конвенції встановлено: «Кожна фізична або юридична особа має право мирно володіти своїм майном. Ніхто не може бути позбавлений свого майна, інакше як в інтересах суспільства і на умовах, передбачених законом або загальними принципами міжнародного права. Попередні положення, однак, ніяк не обмежують право держави запроваджувати такі закони, які, на її думку, необхідні для здійснення контролю за використанням майна відповідно до загальних інтересів або для забезпечення сплати податків або інших зборів чи штрафів».

Згідно зі сталою практикою ЄСПЛ положення ст. 1 Першого Протоколу містить «три окремі правила», які встановлені, відповідно, в першому реченні першої частини статті, другому реченні першої частини та в другій частині статті. Як вказав ЄСПЛ, ст. 1 встановлює три окремі правила. Перше правило, яке має загальний характер, проголошує принцип мирного володіння майном – воно встановлене в першому реченні першої частини. Друге правило стосується позбавлення майна і визначає певні умови для цього – воно розмі-

щене в другому реченні тієї ж частини. Третє правило визнає, що держави мають право, зокрема, контролювати використання майна відповідно до загального інтересу шляхом застосування таких законів, які вони вважають необхідними для таких цілей – воно міститься в другій частині⁵.

Проте ці принципи не є відокремленими один від одного. Друге та третє правило «стосуються конкретних випадків втручання у право на мирне володіння майном» і повинні тлумачитися в світлі загального принципу першого речення ст. 1 Першого Протоколу. Таким чином, друге та третє правило стосуються трьох найважливіших суверенних повноважень держави, а саме: права вилучати власність в громадських інтересах (*eminent domain powers*); права регулювати використання власності (*police powers*); права встановлювати систему оподаткування.

Так, у ст. 1 Першого Протоколу підкреслюється: «мирне володіння» означає, що порушення принципу, встановленого у першому реченні, може мати місце і за відсутності прямого або фізичного втручання у право власності особи. Наприклад, порушення може мати форму позбавлення можливості використовувати власність, ненадання відповідних дозволів або інших форм перешкоджання реалізації права власності, що є наслідком застосування законодавства або заходів органів державної влади. Позбавлення володіння – найсерйозніше обмеження права власності. Це є, власне, предметом безпосереднього регулювання другого речення першої частини ст. 1 Першого Протоколу, що вимагає, аби таке позбавлення відбувалося в громадських інтересах. Відповідно до стандарту, розробленого в практиці Суду, для встановлення відповідності певного урядового заходу вимогам цього принципу слід дослідити три критерії: чи мало на меті позбавлення власності «громадський інтерес»; чи був захід пропорційним означеним цілям; чи був такий захід правомірним⁶.

Відповідно до стандартів судової практики держава у випадках оскарження заходів контролю за використанням власності має довести наявність «розумного співвідношення пропорційності» між запровадженими заходами та правомірною метою, якої бажають досягти. У будь-якому випадку Суд визнає за державами доволі широке поле розсуду. Проте використання таких державних повноважень повинно відповідати матеріальним та процесуальним гарантіям, які випливають із першого принципу ст. 1 Першого Протоколу⁷.

Третій принцип, встановлений у ст. 1, стосується не позбавлення власності, а суверенних повноважень держави регулювати відносини власності. Попри доволі стриманий підхід Суду до питання визначення сумісності національних заходів щодо регулювання відносин власності, що був притаманний у перші роки діяльності установ Конвенції, практика Суду в подальшому розробила більш жорсткий стандарт розгляду справ за другою частиною ст. 1. Як і щодо більшості інших положень Конвенції, ст. 1 Першого Протоколу може вимагати від держави вжиття належних позитивних дій для забезпечення дотримання права власності навіть у відносинах між приватними особами тощо. Так, наприклад, держава може нести відповідальність за незабезпечення доступу власника до своєї власності.

Отже, як випливає з вищезазначеного, основною метою ст. 1 Першого Протоколу до Конвенції є запобігання свавільному захопленню власності, конфіскації, експропріації та іншим порушенням принципу безперешкодного користування своїм майном, до яких часто вдаються або схильні вдаватися на практиці уряди держав⁸. Слід зауважити, що в основу ст. 1 Першого Протоколу до Конвенції покладено два особливі рішення – «Маркс проти Німеччини» та «Спорронг і Лоннрот проти Швеції». У рішенні у справі «Маркс проти Німеччини» визначено мету ст. 1 Першого Протоколу – визнання права будь-якої особи на безперешкодне користування своїм майном⁹. У рішенні у справі «Спорронг і Лоннрот Проти Швеції» визначено основні вимоги стосовно застосування ст. 1 Першого Протоколу щодо захисту права власності. Як встановив Суд, положення ст. 1 Першого Протоколу передбачають такі правила захисту права власності: перша норма, виражена в першому реченні першого абзацу, має загальний характер і встановлює принцип безперешкодного користування майном, друга норма, зафіксована в другому реченні того ж абзацу, регулює випадки позбавлення власності, встановлюючи певні умови; у третій нормі, що зафіксована в другому абзаці, за державами-учасницями визнається право контролю над володінням власністю відповідно до загальних інтересів та право на запровадження законів, необхідних для цього.

Відповідно до прецедентної практики Суду, поняття «майно» включає в себе як «фактичне майно», так і майнові цінності, в тому числі боргові вимоги. Питання про майно виникає тільки тоді, коли особа може претендувати на відповідну власність, тобто мати на неї право. Саме по собі право на майно може розглядатися за змістом ст. 1 Першого Протоколу, якщо таке право буде конкретним, належним чином визначене у заявах, які подаються до ЄСПЛ. Разом із тим, положення ст. 1 Першого Протоколу не гарантують жодного права на те, щоб стати власником того чи іншого майна. Права в сфері користування власністю не можуть бути абсолютними, а тому можуть бути обмежені державою. Так, право на індексування заощаджень громадян не гарантується як таке ст. 1 Першого Протоколу до Конвенції. У рішеннях «Рудзинська проти Польщі», «Трайковський проти колишньої Югославської Республіки Македонії», «Гайдук та інші проти України»¹⁰ ЄСПЛ наголосив, що зазначена стаття не встановлює для держав загального обов'язку щодо проведення систематичного індексування заощаджень для виправлення згубних наслідків інфляції та збереження купівельної спроможності вкладених коштів, і заявники не є жертвами порушення державою щодо них ст. 1 Першого Протоколу до Конвенції, оскільки вони не претендували на свою реальну власність (тобто кошти, які були фактично покладені заявниками в банк, незалежно від їхньої теперішньої реальної вартості), а претендували на отримання благ (компенсаційні виплати), на які вони не мали права на той момент, оскільки це не було передбачено законодавством про компенсацію. Отже, виплати з компенсаційних рахунків не потрапляють під дію ст. 1 Першого Протоколу до Конвенції¹¹.

ЄСПЛ у своїх рішеннях неодноразово зауважував, що не існує жодного володіння власністю до тих пір, доки особа не може заявити про своє право власності. «Заявлення права» може означати «володіння майном», про яке йдеться у ст. 1 Першого Протоколу до Конвенції, якщо є достатні підстави для забезпечення цього права через суд у примусовому порядку. Для того щоб довести, що втручання у право власності відбулося, необхідно довести, що гарантії захисту, передбачені ст. 1 Першого Протоколу, було порушено.

Як свідчить аналіз практики ЄСПЛ, найчастіше втручання у право власності фізичних та юридичних осіб відбувається з боку державних органів, зокрема, органів виконавчої влади, іноді – органів судової влади, шляхом прийняття законодавчих актів чи при винесенні незаконного рішення суду, тоді як ст. 1 Першого Протоколу забороняє будь-яке невинуватене втручання державних органів. Втручання має бути законним, тобто здійснено на підставі закону. При цьому під «законом» Конвенція розуміє нормативний акт, що має бути «доступним» (accessible) та «передбачуваним» (foreseeable). Також закон має відповідати всім вимогам нормативного акта. «Доступність закону» означає наявність доступу та знань щодо цього закону в суспільстві та у осіб. «Передбачуваність» означає можливість передбачити певні дії або наслідки, що можуть виникнути в зв'язку із застосуванням закону¹².

ЄСПЛ у своїх рішеннях нагадує: незважаючи на те, що держави мають широкі рамки розсуду при визначенні умов і порядку, за яких приватна особа може бути позбавлена своєї власності, позбавлення останньої, навіть якщо воно має законну мету в інтересах суспільства, буде розглядатися як порушення ст. 1 Першого Протоколу, якщо не була дотримана розумна пропорційність між втручанням у права фізичної чи юридичної особи та інтересами суспільства. Також буде мати місце порушення ст. 1 Першого Протоколу й у випадку, коли наявний істотний дисбаланс між тягарем, який довелося понести приватній особі, та цілями щодо інтересів суспільства.

Цікавий приклад практики Суду являє собою справа «Святі монастирі». За цією справою кілька давніх монастирів за кілька століть накопичили майно різними шляхами, що не дають можливості реєстрації власності за допомогою таких порівняно недавніх правових механізмів, як реєстрація документів, які підтверджують право власності. У своїй скарзі до ЄСПЛ монастирі висловлювали претензію стосовно того, що частина їх сільськогосподарських земель і лісових угідь відійшла до держави і згодом стала використовуватися під управлінням урядового органу та грецької православної церкви. Хоча держава не зробила жодних дій щодо позбавлення монастирів даної власності, вона могла зробити це в будь-який час. Закон, що регулює такі угоди, не містив ніяких положень, що стосуються виплати монастирям компенсації за втрату їх власності. Приймаючи рішення про наявність порушення ст. 1 Першого Протоколу, ЄСПЛ відкинув аргумент уряду стосовно того, що шляхи набуття власності заявниками та джерела існування як монастирів, які направили скаргу, так і грецької православної церкви виправдовували невиконання компенсації¹³.

Для позначення процесу примусового передання власності від приватних суб'єктів до держави вживають кілька різних термінів. Найпоширенішим є «експропріація» (expropriation), що означає індивідуальні заходи, спрямовані на досягнення публічних цілей. Під «націоналізацією» (nationalization) розуміють серію експропріацій, яка базується на законодавчих актах, прийнятих для переведення окремої галузі до публічної власності. Також використовують такі слова, як «позбавлення» (deprivation) та «відібрання» (taking) (OECD, «Indirect Expropriation» and the «Right to Regulate» in International Investment Law»). Експропріація, або позбавлення власності, може відбуватися завдяки втручанням держави в користування майном, навіть якщо саме по собі майно не було відібране, а юридичний зв'язок із власником не порушений. Такі дії держави призводять до того самого результату, що й експропріація, і мають назву «непряма», «повзуча», або «de facto» експропріація, або «заходи, що дорівнюють експропріації». При цьому, згідно з нормами міжнародного права, не всі державні заходи втручання в користування власністю є експропріацією. «Регулятивні заходи, як правило, являють собою законне застосування влади урядом. Такі заходи можуть серйозно втручатися в інтереси іноземного інвестора без того, щоб дорівнювати експропріації. Наприклад, іноземні активи, а також їхнє використання, можуть підлягати оподаткуванню, торговельним обмеженням, включаючи ліцензування й квотування, або валютне регулювання. Хоча такий висновок і може корегуватися залежно від особливих обставин кожної справи, але, як правило, такі заходи не є незаконними й не являють собою експропріації»¹⁴.

Ситуація в Україні стосовно питання непрямої експропріації дещо двояка. З одного боку, національне законодавство щодо відібрання розвинуте досить слабо. Так, Цивільний Кодекс України (далі – ЦКУ) містить у ст. ст. 350–354 кілька положень, які регулюють можливості примусового набуття власності на майно державою, однак, за винятком ревізії (ст. 353 ЦК України), яка може відбуватися лише за виняткових обставин, усі інші норми стосуються тільки окремих видів майна: земельних ділянок (ст. 350 ЦК України) і пам'яток історії й культури (ст. 352 ЦК України)¹⁵. Стаття 9 Закону України «Про режим іноземного інвестування» від 19 березня 1996 № 93/96-ВР¹⁶ передбачає, що «іноземні інвестиції в Україні не підлягають націоналізації». При цьому термін «націоналізація» залишається невизначеним. Наприклад, незрозуміло, чи відноситься до нього примусовий викуп земельних ділянок і пам'яток історії й культури, передбачені в ЦКУ, а також як він корелює із «примусовим відчуженням об'єктів права приватної власності», яке за Конституцією України (ч. 5 ст. 41) може бути застосоване лише як виняток, виходячи із суспільної необхідності, на підставі та в порядку, встановленими законом, і за умов попереднього й повного відшкодування їх вартості. Ще більш невизначеним є питання непрямої експропріації. Вона не згадується в жодному внутрішньому нормативно-правовому акті. Академічні дослідження з цього приводу, на відміну від літератури щодо зворотного процесу, тобто приватизації, також майже відсутні.

З іншого боку, згідно зі ст. 17 Закону України «Про виконання рішень і застосування практики Європейського суду з прав людини» від 23 лютого 2006 р. № 3477-IV¹⁷ українські суди мають застосовувати при розгляді справ практику ЄСПЛ як джерело права. ЄСПЛ є одним із найвпливовіших джерел практики щодо непрямой експропріації у світі. Саме ЄСПЛ неодноразово зазначав, що «при визначенні того, чи відбувалося позбавлення майна..., необхідно не тільки встановити, чи мало місце формальне відібрання або експропріація власності, але й дивитися за зовнішній фасад і розглянути реальні обставини оскаржуваної ситуації. З огляду на те, що Конвенція призначена гарантувати права, які є «практичними й ефективними», треба встановити, чи дорівнює ситуація *de facto* експропріації»¹⁸.

При розгляді заяв про втручання держави у здійснення права власності ЄСПЛ спершу розглядає, чи таке втручання здійснювалося для досягнення соціально значущої мети, а також у межах існуючого законодавства. Щодо першого критерію, Суд залишає державі можливість самостійного оцінювання (*margin of appreciation*). На практиці випадки визнання порушення ст. 1 Першого Протоколу саме з причини недотримання цієї вимоги є поодинокими. Те ж саме стосується й вимоги законності відібрання. ЄСПЛ у справах про право власності рідко вдається до аналізу відповідності оскаржуваного заходу національному законодавству, вважаючи, що його юрисдикція в цій сфері обмежена та що він не може підміняти собою національні суди, чією прерогативою є тлумачення національного права навіть тоді, коли в ЄСПЛ є сумніви щодо законності дій держави. Після встановлення публічно значущої мети й законності втручання ЄСПЛ переходить до аналізу пропорційності оскаржуваного заходу. На цьому етапі виникає питання про компенсацію. ЄСПЛ вважає, що відібрання власності для задоволення публічних інтересів (незалежно від того, є це відібрання відкритим чи фактичним) без сплати компенсації може вважатися обґрунтованим тільки за виняткових обставин. При цьому в практиці ЄСПЛ ще не було випадку визнання наявності таких «виняткових обставин». Якщо законодавство держави-відповідача не передбачає компенсації за позбавлення власності, у тому числі фактичне, або така компенсація не була сплачена протягом тривалого терміну з вини держави, ЄСПЛ приймає рішення про непропорційність оскаржуваного заходу, тобто про порушення ст. 1 Першого Протоколу.

У жодній справі ЄСПЛ не надавав абстрактного визначення фактичного позбавлення, тому встановити значення цього терміну можна тільки на основі чинної практики. У справі *Dacia S.R.L. v. Moldova*, ЄСПЛ встановив, що скасування національним судом результатів приватизаційного аукціону щодо готелю на формальних підставах у ситуації, коли набувач виконав усі встановлені державою вимоги й кілька років володів об'єктом приватизації, дорівнює позбавленню власності на приватизоване майно. Так, ЄСПЛ у справі *N.A. and Others v. Turkey* (ділянка землі, яка була законно успадкована заявником і на якій він розпочав будівництво готелю, була визнана такою, яка не може знаходитися в приватній власності, що призвело до анулювання відповідного запису в кадастровій книзі) також вирішив, що дії держави дорівнюють фактичній експропріації. У дещо схожій справі *Jahn and Others v. Germany* заявники отримали земельну ділянку за законодавством Німецької Демократичної Республіки, і після об'єднання Німеччини їхня власність на ці ділянки була підтверджена ФРН¹⁹. Однак кілька років по тому національний суд визнав, що земля на момент об'єднання знаходилася у власності заявників незаконно (за законодавством НДР) і скасував їхню реєстрацію в кадастрі як власників цієї ділянки. У цій справі ЄСПЛ визнав, що відбулася фактична експропріація майна.

Справи, коли з формальних міркувань держава скасовує власність приватної особи або робить її бізнес неможливим чи нерентабельним, є непоодинокими в практиці українських судів. Такі дії держави можуть інколи становити фактичну експропріацію і, відповідно, вимагати компенсації (ст. 1 Першого Протоколу до ЄКПЛ). І український бізнес, й іноземні інвестори можуть скористатися практикою ЄСПЛ, відстоюючи свої позиції в українських судах, або, якщо захист своїх прав на національному рівні виявився марним, звернутися до ЄСПЛ.

Отже, з урахуванням вищезазначених положень можна зробити висновок про те, що ЄСПЛ, запровадивши через «три правила» фактично нову структуру ст. 1 Першого Протоколу, значно розширив сферу застосування права на «мирне володіння майном». Причому сьогоденне розуміння кожного з трьох правил та у їх сукупності значним чином відрізняється від того змісту, який вкладав у них Суд у 1982 р. при розгляді справи *Sporrong and Lönnroth*. Подальший розвиток поглядів на зміст, розуміння й реалізацію права на власність через призму трьох правил надає можливість розкрити нові грані цього права та розширити сферу свободи людини від необґрунтованого втручання держави.

Наразі прецедентна практика ЄСПЛ дає змогу вивчати сферу застосування ст. 1 Першого Протоколу до Конвенції, яка є однією із найбільш застосовуваних статей. Прецедентне право ЄСПЛ в сфері застосування ст. 1 Першого Протоколу до ЄКПЛ ще розвивається, і в майбутньому, з огляду на збільшення кількості розглянутих справ у національних судах, зростатиме й кількість звернень до ЄСПЛ. У зв'язку з цим, на нашу думку, вкрай необхідно вчасно сприйняти принципи здійснення правосуддя в рамках європейської системи права і не допустити створення негативної прецедентної бази щодо стану дотримання положень ЄКПЛ в Україні. Саме тому національним судам та органам державної влади необхідно приділяти більше уваги законному, об'єктивному й справедливому розгляду справ, пов'язаних із порушенням майнових прав фізичних та юридичних осіб²⁰.

¹ Цивільне право України : підруч. : у 2 кн. / Д. В. Боброва, О. В. Дзера, А. С. Довгерт та ін.; за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової ; Київ. нац. ун-т ім. Т. Шевченка. – К. : Юрінком Інтер, 2001. – Кн. 1. – 861 с. ; Кн. 2. – 780 с.

² Офіс Ради Європи в Україні : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=005&CM=8&DF=21/02/2015&>

³ Про ратифікацію Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, Першого протоколу та протоколів № 2, 4, 7 та 11 до Конвенції: Закон України від 17 липня 1997 р. № 475/97-ВР // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 1997. – № 40. – Ст. 263 (зі змінами).

⁴ Конституція України // Відомості Верховної Ради. – 1996. – № 30.

⁵ Комаров В. В. Рішення Європейського Суду з прав людини та Конституційного Суду України: проблема конкуренції / В. В. Комаров // Проблеми законності. – Х., 2009. – Вип. 100. – С. 31–41.

⁶ Кононенко В. П. Роль Загальної декларації прав людини в інтерпретації Європейським судом Конвенції 1950 р. / В. П. Кононенко // Проблеми законності. – Х., 2008. – Вип. 99. – С. 206–220.

⁷ Там само. – С. 220.

⁸ Там само. – С. 210.

⁹ Прияччук І. В. Право на справедливий судовий розгляд за Європейською конвенцією про захист прав людини та основних свобод (1950) у процесі здійснення цивільного судочинства: сутність і зміст / І. В. Прияччук // Розвиток підприємництва в Україні і європейський правовий досвід (економічні та юридичні аспекти). – К., 1998. – С. 11–19.

¹⁰ Справа «Гайдук та інші проти України» : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/980_050

¹¹ Рабінович П. Вплив рішень Європейського суду з прав людини на національну юридичну практику: спроба порівняльної характеристики / П. Рабінович // Вісник Академії правових наук України. – Х., 2000. – № 2 (21). – С. 11–19.

¹² Там само. – С. 18 (73).

¹³ Буробіна В. Н. Адвокатська діяльність : навч.-практ. посіб. – 2-е вид., перероб. і доп. / В. Н. Буробіна. – М. : «ІКФ» «ЕКМОС», 2003. – 624 с. (6).

¹⁴ Яковлев А. А. Особливості публічно-правового закріплення права на вільне володіння власністю у Протоколі 1 до Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод / А. А. Яковлев // Зовнішня торгівля: право та економіка. – К. : Українська академія зовнішньої торгівлі, 2007. – № 6 (35)/2007. – С. 113.

¹⁵ Цивільний кодекс України // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 2003. – № 40–44. – Ст. 356.

¹⁶ Про режим іноземного інвестування : Закон України від 19 березня 1996 р. № 93/96-ВР. – № 19. – Ст. 80.

¹⁷ Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини : Закон України від 23 лютого 2006 р. № 3477-IV // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 2006. – № 30. – Ст. 260 (зі змінами, внесеними згідно із Законом № 3135-VI від 15.03.2011).

¹⁸ Земельна реформа: правові аспекти / В. І. Гуменюк, В. П. Паліюк. – К. : Вид. дім «Ін Юре», 2005. – С. 40–45.

¹⁹ Рабінович П. Вказана праця. – С. 18.

²⁰ Кононенко В. П. Вказана праця. – С. 34.

Резюме

Горобець Н. Г. Поняття та сутність права власності в контексті Першого Протоколу до Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод 1950 р. та практики Європейського суду з прав людини.

У статті досліджуються поняття, сутність та юридична природа права власності відповідно до Першого Протоколу до Європейської конвенції про захист прав людини та основоположних свобод 1950 року. Проаналізовано деякі рішення Європейського Суду з прав людини та його тлумачення поняття «права власності». Обґрунтовано необхідність впровадження практики Європейського Суду з прав людини в контексті захисту права власності в українську правозастосовну та правотворчу діяльність.

Ключові слова: Конвенція про захист прав людини та основоположних свобод, 1950 р., Перший Протокол до Конвенції, право власності, право на володіння майном, прецедентна практика, Європейський Суд з прав людини, законодавство України тощо.

Резюме

Горобець Н. Г. Понятие и сущность права собственности в контексте Первого Протокола к Конвенции о защите прав человека и основополагающих свобод 1950 г. и практики Европейского суда по правам человека.

В статье исследуются понятие, сущность и юридическая природа права собственности согласно Первого Протокола к Европейской конвенции о защите прав человека и основополагающих свобод 1950 года. Проанализированы некоторые решения Европейского Суда по правам человека и его толкование понятия «права собственности». Обоснована необходимость внедрения практики Европейского Суда по правам человека в контексте защиты права собственности в украинскую правоприменительную и правотворческую деятельность.

Ключевые слова: Конвенция о защите прав человека и основных свобод, 1950 г., Первый Протокол к Конвенции, право собственности, право на владение имуществом, прецедентная практика, Европейский Суд по правам человека, законодательство Украины и т.д.

Summary

Gorobets N. Concept and essence of property right within the context of Protocol 1 to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms dated 1950 and European Court of Justice practices.

The paper addresses the concept, essence and legal nature of property right within the context of Protocol 1 to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms dated 1950. Article also contains the analysis of certain judgments of the European Court of Justice and its interpretation of “property right” concept. Paper substantiates the necessity to implement European Court of Justice practices in the context of property right protection into Ukrainian law-enforcement and law-making activities.

Key words: Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms dated 1950, Protocol 1 to Convention, property right, property possession right, case law, European Court of Justice, legislation of Ukraine, etc.

О. О. ГРИЦУН

Ольга Олександрівна Грицун, здобувач Інституту міжнародних відносин Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ПИТАННЯ МІЖНАРОДНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ІНФОРМАЦІЙНОГО ТЕРОРИЗМУ

У XXI ст. інформаційно-комунікаційні технології та стрімкий розвиток технічного прогресу стали не лише катализатором позитивних змін, розвитку електронної торгівлі, впровадження новітніх технологій у виробництво, медицину, освіту, науку та інші галузі, а й, на превеликий жаль, перетворились на засіб для досягнення терористичних цілей. Можливість здійснення терористичного акту з будь-якої точки земної кулі, ігноруючи державні кордони та заходи безпеки, мінімальні капіталовкладення та труднощі у виявленні джерела загрози уповноваженими органами сприяли появі однієї із найбільших загроз людства – інформаційного тероризму. Терористичні угруповання використовують мережу Інтернет як засіб та як простір для вчинення терористичних актів, а також як засіб комунікації, вербування послідовників, поширення відповідної літератури та залучування людей шляхом он-лайн трансляцій актів насилля. Важко спрогнозувати наслідки від терористичних дій у мережі Інтернет, вони можуть коштувати життя великої кількості людей, значних фінансових втрат та навіть втрати обороноздатності держав. Оскільки інформаційний тероризм має транснаціональний характер, а його наслідки можуть поширюватись на території одразу кількох держав, необхідно створити міжнародно-правові механізми протидії цьому явищу, а також розробити та реалізувати правові заходи забезпечення безпеки в інформаційному просторі.

Окремі аспекти проблеми правового регулювання інформаційного тероризму розглядалися у працях В. О. Васеніна, В. Д. Недільніченко, М. Герке, А. В. Крутських, А. Д. Єлякова, Р. А. Шаряпова, Ш. Шольберга, М. Дюмонтє та Дж. Бірда. Питання використання терористами засобів масової інформації досліджувались О. Л. Вартановою, методологічні проблеми протидії інформаційному тероризму висвітлено в роботах В. В. Яценко та А. А. Сальникова. Проте малодослідженим залишилось питання міжнародно-правового регулювання інформаційного тероризму і комплексного аналізу нормативних документів міжнародних організацій та існуючих теоретичних концепцій, присвячених цій проблемі.

Мета статті – дослідити питання розвитку міжнародно-правового регулювання співробітництва держав у боротьбі з інформаційним тероризмом, проблеми, а також ступінь розробки понятійного апарату у цій сфері.

Цілі статті: аналіз нормативних документів міжнародних та регіональних організацій у сфері регулювання проблеми використання мережі Інтернет в терористичних цілях та існуючих теоретичних підходів до розуміння поняття інформаційного тероризму.

Широкомасштабне використання інформаційно-комунікаційних технологій та підвищення рівня залежності держав, а саме їх критично-важливих інфраструктур, від новітніх технологій спровокували появу нового явища у сфері міжнародної інформаційної безпеки – інформаційного тероризму. На даний момент загальноприйнятого визначення цього поняття не існує, в теорії міжнародного права та в міжнародно-правових документах зустрічаються різні визначення: «кібертероризм», «інформаційний тероризм» та «комп'ютерний тероризм». Спільними для усіх цих понять є характерні риси, притаманні цьому поняттю, а саме: «використання комп'ютера як інструменту злочину; наявність Інтернету як міжнародного інформаційного простору, в якому розміщується об'єкт злочину; та навмисна атака з боку злочинців чи злочинних груп на комп'ютери, інформацію, програми, локальні та глобальні мережі, що може спричинити загибель людей, порушення суспільного порядку, екологічні чи техногенні катастрофи»¹.

Досліджуючи питання інформаційного тероризму, науковці акцентують увагу на подвійній ролі інформаційно-комунікаційних технологій у здійсненні актів інформаційного тероризму. З одного боку, інформаційно-комунікаційні системи та технології можуть розглядатись як об'єкт нападу, а з іншого – як зброя в руках терористів². Достатньо важко провести чітку межу між інформаційним тероризмом та використанням інформаційних технологій у воєнних чи кримінальних цілях. Тому основними відмінностями інформаційного тероризму від інших протиправних діянь в інформаційній сфері є його цілі, що притаманні і терористичним актам в загальному їх розумінні. До цих цілей ми можемо віднести: «залучування населення, створення атмосфери страху та паніки, створення атмосфери загрози повторення теракту, виклик великого суспільного резонансу, наслідки, небезпечні для життя та здоров'я людей, поширення інформації про теракт для широкої аудиторії».

Характерними рисами терористичних актів в інформаційній сфері є: «прихований характер підготовки та реалізації таких діянь – відсутність проявів та слідів проникнення; масштабність атак – нанесення удару по великій кількості об'єктів; синхронність атак – вони можуть бути здійснені одночасно по багатьом об'єк-

там; віддаленість – джерело атаки може знаходитись за межами країни, в якій здійснюється напад; інтернаціональність – шкода може поширюватись на території кількох держав»³.

В. О. Васенін акцентує увагу на тому, що шкода від терористичних дій в інформаційному просторі насамперед пов'язана з: людськими жертвами чи матеріальними втратами, викликаними деструктивним використанням елементів мережевої інфраструктури; можливими втратами від несанкціонованого використання інформації з високим рівнем секретності чи мережевою інфраструктурою управління в життєво важливих сферах діяльності держави; витратами на відновлення керованості пошкодженою чи знищеною мережею; моральною шкодою власника мережевої інфраструктури та власного інформаційного ресурсу; іншими втратами від несанкціонованого доступу до інформації з високим рівнем секретності⁴.

Він вводить поняття «антитерористична інформаційна безпека», що означає «сукупність механізмів, інструментальних засобів, методів та заходів, що дозволяють попередити, виявити, а в разі виявлення – оперативно зреагувати на дії, що здатні призвести до порушення інфраструктури мережі шляхом поломки системи управління нею чи її окремими елементами або до несанкціонованого доступу до інформації, що охороняється законом та має високий рівень секретності, порушення її цілісності, керованості та захищеності». Тобто, врегулювання цього питання повинно здійснюватись як на законодавчому, так і на програмно-технічному та операційному рівнях.

Досліджуючи інформаційний тероризм як один із напрямів тероризму, теоретики зробили спробу розглянути його через призму впливу на критично важливі об'єкти інфраструктури за допомогою їх комп'ютерної системи управління. При цьому до критично важливих об'єктів інфраструктури віднесено «такі об'єкти, які в разі часткової деградації чи повної втрати функціональності здатні впливати на стан національної безпеки держав чи її структурних елементів». До таких елементів належать управління енергоресурсами, транспортна система, обороноздатність та ряд інших⁵.

Розглядаючи проблему інформаційного тероризму, варто зазначити, що терористичні угруповання використовують Інтернет не лише як спосіб проведення своїх атак, а й у якості елемента маніпулювання свідомістю та поведінкою людей за допомогою інформаційного впливу та з використанням глобальних комунікацій. Терористи спрямовують свої зусилля не тільки на нанесення матеріальної шкоди та загрозу життя людей, а й на інформаційно-психологічний шок великої кількості людей, з метою створення сприятливого середовища для досягнення своїх цілей⁶.

Не можна оминати увагою і той факт, що терористи використовують глобальну мережу Інтернет і як засіб спілкування, підготовки до терористичних актів та вербування прибічників. Професор Дж. Бірд виокремлює п'ять основних напрямів діяльності терористів у цій сфері в мережі Інтернет: спілкування – за допомогою електронної пошти, блогів, чатів та цілих сайтів, присвячених діяльності терористичних угруповань; медіа-вплив – поширення екстремістських поглядів з метою вербування нових прибічників та здійснення масштабної пропаганди задля маніпулювання свідомістю та думкою громадськості; пошукова діяльність – пошук в мережі Інтернет карт місцевості, планів будівель, систем охорони, транспортних систем та іншої інформації, необхідної для здійснення атаки; приналежність – створення сайтів, що прямо чи опосередковано пропагують ідеї тероризму та екстремізму з використанням спеціальної символіки, графічних об'єктів та відповідного контенту; та альтернативна реальність – анонімність в мережі Інтернет допомагає людям жити паралельним життям, сповідуючи ідеї тероризму та залишатись непоміченими⁷.

У рамках міжнародних організацій та форумів питання інформаційного тероризму почали підніматись з кінця 90-х років минулого століття.

У 2006 р. під час саміту Великої вісімки в Декларації саміту G8 щодо боротьби з тероризмом вперше в якості терористичної загрози було визнано «зловживання кіберпростором у терористичних цілях, включаючи підбурювання до здійснення терактів, зв'язок та планування терористичних актів, а також вербування на навчання терористів»⁸. У 2007 р. під час засідання Міністрів юстиції та внутрішніх справ G8 проблему використання Інтернету терористами було ще раз винесено на обговорення. При цьому всі учасники засідання зійшлись на думці про кримінальне переслідування терористичних груп за неправомірне використання Інтернету.

З цього часу проблема використання кіберпростору в терористичних цілях стала предметом обговорення в рамках міжнародних та регіональних організацій.

Глобальна контртерористична стратегія Організації Об'єднаних Націй була прийнята 8 вересня 2006 р. у вигляді резолюції та відповідного Плану дії. Вперше в рамках ООН питання боротьби з тероризмом в мережі Інтернет було висвітлено у другому пункті Плану дій «Заходи щодо попередження тероризму та боротьбу із ним». Держави-члени ООН взяли на себе зобов'язання здійснювати співробітництво з ООН з метою вивчення шляхів та засобів «координації зусиль на міжнародному та регіональному рівні з метою боротьби з тероризмом у всіх його формах та проявах в мережі Інтернет, а також використання мережі Інтернет в якості інструменту боротьби з поширенням тероризму, визнаючи той факт, що державам може знадобитись допомога у вирішенні цих питань»⁹, дотримуючись при цьому принципів конфіденційності, поваги до прав і свобод людини й громадянина та норм міжнародного права.

Варто зазначити, що крім цього, Управлінням ООН з наркотиків та злочинності було оприлюднено документ під назвою «Використання Інтернету в терористичних цілях». Відповідно до резолюції Генеральної Асамблеї ООН 60/288, що відтворила вищезгадані положення Плану дій та підтвердила рішення держав щодо координації своїх зусиль з метою протистояння тероризму в мережі Інтернет, було створе-

но Робочу групу з питань протидії використанню мережі Інтернет в терористичних цілях, що займалась розробкою цього документа. У доповіді Робочої групи висвітлюються питання: методів використання мережі Інтернет в терористичних цілях; використання мережі Інтернет з метою протидії терористичній діяльності; питання верховенства права; міжнародний контекст регулювання цього питання; досліджуються регіональні та субрегіональні документи з питань боротьби з тероризмом; норми типового законодавства; розслідування та збір оперативної інформації; інструментарій, який використовують терористи для здійснення атак у мережі Інтернет, питання криміналістичної експертизи; питання міжнародного співробітництва; судового переслідування; огляд національних підходів та співробітництво з приватним сектором¹⁰.

Організація Північноатлантичного договору (далі – НАТО) також приділяє значну увагу питанням безпеки у кіберпросторі. Вперше це питання в рамках НАТО обговорювалось у листопаді 2002 р. під час Празького саміту. Лідери країн-членів НАТО виявили своє бажання посилювати свої можливості щодо протидії інформаційним атакам. У рамках Організації Північноатлантичного договору створено Управління з питань забезпечення кібероборони, Центр експертизи з питань кооперативної кібероборони (CCDCOE) у Таллінні, Агентство з питань комунікації та інформації НАТО, а також розпочато впровадження програми кіберзахисту NCIRC (NATO Computer Incident Response Capability). Крім цього, в Анкарі створено Центр передового досвіду НАТО у боротьбі з тероризмом, що також значну увагу приділяє питанням боротьби з інформаційним тероризмом. У травні 2014 р. експертами центру було опубліковано доповідь «Використання кіберпростору терористами», в якій висвітлювались питання розуміння поняття інформаційного тероризму, оцінки та реагування на кіберзагрози, використання терористами інформаційних технологій, а також питання спроможності новітніх технологій протистояти кібертерористам¹¹.

У 2008 р. в рамках Європейського Союзу було розпочато роботу над внесенням змін і доповнень до Рамкового рішення про боротьбу із тероризмом. У вступі до проекту змін та поправок було зазначено, що існуючі правові рамки поширюються на такі злочини, як публічні заклики до здійснення терористичних злочинів, найм для тероризму, підготовку кадрів для здійснення терористичних дій та багато інших, але не визнають в якості кримінальних дій поширення терористичних навиків через Інтернет¹². Таким чином, Європейський Союз не просто намагається гармонізувати законодавство на всій його території із положеннями Конвенції Ради Європи про попередження тероризму, а й висловлює намір врегулювати питання загрози терористичних актів через мережу Інтернет.

Проблема інформаційного тероризму обговорювалась і в рамках інших міжнародних та регіональних організацій. Так, у 2007 р. Організацією Економічного Співробітництва та Розвитку було опубліковано Доповідь щодо законодавчих рішень стосовно «кібертероризму» в рамках внутрішнього законодавства окремих країн. Організацією Азіатсько-тихоокеанського співробітництва було оприлюднено Заяву про боротьбу із тероризмом та сприяння зростанню, в якій питання інформаційної безпеки були винесені окремим розділом.

У 2004 р. Рада Міністрів Організації з безпеки та співробітництва в Європі прийняла рішення № 3/04 «Боротьба з використанням Інтернету в терористичних цілях», в якому йшлося про масштабність використання мережі Інтернет терористичними організаціями для організації терористичних актів, збору фінансів, вербування прихильників та пропаганди і підбурювання до вчинення терористичних дій. Відповідно до цього документа держави зобов'язались обмінюватись інформацією про використання Інтернету в терористичних цілях та про стратегії боротьби з цим явищем¹³.

Також у 2004 р. було проведено спеціальну нараду ОБСЄ про взаємозв'язок між расистською, ксенофобською й антисемітською пропагандою в Інтернеті та злочинами, здійсненими на підставі ненависті. У 2005 р. відбувся експертний семінар ОБСЄ щодо боротьби з використанням Інтернету у терористичних цілях, а у 2006 р. – спільний експертний семінар ОБСЄ та Ради Європи щодо попередження тероризму.

Крім цього, у 2006 р. Радою Міністрів ОБСЄ було прийнято більш розширене рішення № 7/06 «Протидія використанню Інтернету в терористичних цілях». Цей документ постановив активізувати діяльність ОБСЄ та держав-учасників у сфері протидії використанню Інтернету в терористичних цілях, закликав їх активізувати зусилля для захисту критично важливих інформаційних інфраструктур, наголосив на необхідності приєднання до Конвенції Ради Європи про кіберзлочинність та про попередження тероризму. Також у документі державам-учасницям було запропоновано розширити моніторинг веб-сайтів, що мають терористичне чи екстремістське спрямування та активізувати обмін інформацією з цього питання, залучати інститути громадянського суспільства до протидії використанню Інтернету в терористичних цілях та здійснювати обмін інформацією про можливі загрози у зв'язку з таким використанням через Контртерористичну мережу ОБСЄ¹⁴.

У рамках Ради Європи 23 листопада 2001 р. було прийнято Конвенцію Ради Європи про кіберзлочинність, що врегулювала лише питання відповідальності за кримінальні злочини, пов'язані з комп'ютерними системами і даними, але залишила поза предметом свого регулювання питання відповідальності за інформаційний тероризм.

На сьогодні єдиним документом, що регулює питання співробітництва держав у боротьбі з інформаційним тероризмом, є Угода між урядами держав-членів Шанхайської організації співробітництва про співробітництво у сфері забезпечення міжнародної інформаційної безпеки від 16 червня 2009 року. Ця угода визначає шість основних загроз у сфері міжнародної інформаційної безпеки, однією з яких є інформаційний тероризм, а також напрями співробітництва держав у сфері забезпечення міжнародної інформаційної безпеки. До таких напрямів належать: «протидія загрозам використанню інформаційно-комунікаційних технологій в терорис-

тичних цілях; створення системи моніторингу та спільного реагування на загрози в інформаційному середовищі; обмін інформацією про законодавчу базу у цій сфері; вдосконалення міжнародно-правової бази та практичних механізмів співробітництва держав; взаємодія в рамках міжнародних організацій та форумів; обмін досвідом, підготовка спеціалістів у сфері забезпечення міжнародної інформаційної безпеки¹⁵ та інші.

У Додатку 1 до Угоди ШОС міститься визначення інформаційного тероризму, під яким автори документу розуміють «використання інформаційних ресурсів та (чи) вплив на них в інформаційному просторі в терористичних цілях». Додаток 2 до Угоди деталізує це поняття через визначення його джерел та основних ознак. Так, джерелом інформаційного тероризму відповідно до положень Додатку 2 є «терористичні організації та особи, причетні до терористичної діяльності, що здійснюють протиправні дії шляхом чи по відношенню до інформаційних ресурсів», а ознаками: «використання інформаційних мереж терористичними організаціями для здійснення терористичної діяльності та залучення нових прибічників; деструктивний вплив на інформаційні ресурси, що здатен спричинити порушення суспільного порядку; контроль чи блокування каналів передачі масової інформації; використання мережі Інтернет чи інших інформаційних мереж для пропаганди тероризму, створення атмосфери страху та паніки в суспільстві, а також інший негативний вплив на інформаційні ресурси». Таким чином, Угода держав-членів ШОС закріпила визначення «інформаційного тероризму» та визначила його в якості загрози на нормативному рівні.

Досліджуючи питання інформаційного тероризму, доцільно згадати два концептуальних підходи до регулювання цього питання, що закріплені в концепції Конвенції про забезпечення міжнародної інформаційної безпеки, представленої у Лондоні у 2011 р. на Конференції з питань кіберпростору, та у проєкті «Загального договору з питань кібербезпеки та кіберзлочинності», так званому Договорі Шольберга.

Не зважаючи на те, що визначення інформаційного тероризму, запропоноване у концепції Конвенції про забезпечення міжнародної інформаційної безпеки, повністю відтворює визначення, закріплене в Угоді держав-членів ШОС, автори концепції використовують термін «тероризм в інформаційному просторі», а основною загрозою міжнародному миру та безпеці у цій сфері вважають: «використання міжнародного інформаційного простору державними та недержавними структурами, організаціями, групами та окремими особами в терористичних, екстремістських чи інших злочинних цілях¹⁶». Розділ 3 вищезгаданої концепції визначає заходи протидії використанню інформаційного простору в терористичних цілях. До таких заходів належать наступні: «напрацювання єдиних підходів до припинення функціонування Інтернет-ресурсів терористичного характеру; застосування спільних дій; встановлення та розширення обміну інформацією про загрози здійснення комп'ютерних атак, факти, методи та засоби використання мережі Інтернет в терористичних цілях, а також обмін досвідом у сфері моніторингу інформаційних ресурсів мережі Інтернет, проведення криміналістичних комп'ютерних експертиз і правового регулювання діяльності щодо протидії використанню інформаційного простору в терористичних цілях; законодавчі та інші необхідні заходи для проведення слідчих, пошукових та інших процесуальних заходів щодо протидії проведенню терористичних дій в інформаційному просторі та покарання винних, а також необхідні заходи для гарантування законного доступу на територію держав-учасників до окремих частин інформаційно-комунікаційної інфраструктури, за умови, що є законні підстави вважати, що вони використовуються для терористичної діяльності». Таким чином, вищезгадана концепція ширше підходить до розуміння інформаційного тероризму, але досі не вдалось досягнути консенсусу та прийняти цей нормативно-правовий акт.

У рамках дослідження питання міжнародно-правового регулювання інформаційного тероризму варто згадати проєкт «Загального договору з питань кібербезпеки та кіберзлочинності», запропонований професором Штайном Шольбергом, який займав посаду голови Групи Експертів високого рівня з питань кібербезпеки, засновану у 2007 р. задля вивчення можливостей створення загального документа з питань кіберзлочинності в рамках Організації Об'єднаних Націй, та професором Соланж Гернуті-Елі.

Автори цього проєкту розглядають інформаційний тероризм як один із видів кібератак. Тому стаття, присвячена врегулюванню цього питання, має назву «запобігання тероризму та іншим серйозним кібератакам»¹⁷. Відповідно до положень проєкту договору до таких дій належать: публічне підбурювання до вчинення терористичного злочину, пошук та схилення людей для вчинення терористичного акту та проведення терористичних навчань. Також договором передбачено кримінальну відповідальність за такі дії згідно з внутрішнім законодавством держав-членів. Під публічним підбурюванням до вчинення терористичного злочину розуміється поширення чи іншим чином доведена до відома громадськості інформація, націлена на підбурювання до вчинення терористичного злочину, незалежно від того, є така поведінка прямою пропагандою терористичних злочинів чи ні. Важливим є й таке: вона створює небезпеку, що такі злочини може бути вчинено. Що ж стосується схилення людей до вчинення терористичного злочину, то під цим поняттям розуміють вимогу від іншої особи вчинити чи взяти участь у вчиненні терористичного акту, або вимогу вступити до групи осіб з метою сприяння вчинення ними терористичних злочинів. Під терористичними навчаннями розуміють надання інструкцій чи іншої інформації щодо створення або використання вибухових речовин, вогнепальної зброї, інших видів зброї, шкідливих або небезпечних речовин, інших конкретних методів чи засобів, необхідних для вчинення чи сприяння терористичному акту, або ж використання з цією метою відповідних навичок.

До інших серйозних кібератак автори відносять знищення, пошкодження або унеможливлення використання критично важливих інформаційних інфраструктур, що призводить до порушення основ національної безпеки, цивільної оборони, державного управління, здоров'я людей чи безпеки надання банківських і фінансових послуг.

Проект цього договору підготовлений авторами з власної ініціативи, тому не може розглядатись у рамках ініціатив ООН, присвячених питанням міжнародної координації боротьби із інформаційним тероризмом та забезпечення безпеки кіберпростору.

Дослідивши нормативні документи міжнародних та регіональних організацій у сфері регулювання проблеми інформаційного тероризму та існуючі теоретичні й концептуальні підходи до розуміння цього поняття, доходимо висновку, що на даний момент ще не сформовано єдиної термінологічної бази та уніфікованого підходу до розуміння питання інформаційного тероризму. Жодна держава світу не спроможна протистояти загрозі інформаційного тероризму самотужки, враховуючи масштабність його дії та транснаціональний характер. Тому необхідність нормативно-правового врегулювання цієї проблеми на міжнародному рівні, розробка єдиного підходу до розуміння та протидії інформаційному тероризму, а також опрацювання механізмів міжнародного співробітництва й обміну досвідом є ключовими моментами співробітництва усіх держав світу та потребує міжнародної координації зусиль.

¹ Еляков А. Д. Компьютерный терроризм / А. Д. Еляков // *Мировая экономика и международные отношения*. – 2008. – № 10. – С. 102.

² Сальников А. А. Методологические проблемы противодействия кибертерроризму / А. А. Сальников, В. В. Яценко // *Научные и методологические проблемы информационной безопасности* (сб. статей) ; под ред. В. П. Шерстюка. – М. : МЦНМО, 2004. – С. 98.

³ Недильниченко В. Д. Информационные угрозы в контексте противодействия терроризму / В. Д. Недильниченко // *Материалы третьей международной научной конференции по проблемам безопасности и противодействия терроризму* (г. Москва, МГУ, 25–27 октября 2007 г.). – М. : МЦНМО, 2008. – С. 288.

⁴ Васенин В. А. Информационная безопасность и компьютерный терроризм / В. А. Васенин // *Научные и методологические проблемы информационной безопасности* (сб. статей) ; под ред. В. П. Шерстюка. – М. : МЦНМО, 2004. – С. 71.

⁵ Васенин В. А. Научные проблемы противодействия кибертерроризму / В. А. Васенин // *Материалы второй международной научной конференции по проблемам безопасности и противодействия терроризму* (г. Москва, МГУ, 2–3 ноября 2005 г.). – М. : МЦНМО, 2006. – С. 36.

⁶ Варганова Е. Л. Терроризм и СМИ: симбиоз или противостояние? К вопросу о природе современных взаимоотношений / Е. Л. Варганова // *Материалы третьей международной научной конференции по проблемам безопасности и противодействия терроризму* (г. Москва, МГУ, 25–27 октября 2007 г.). – М. : МЦНМО, 2008. – С. 102.

⁷ Bird J. Terrorist Use of the Internet / J. Bird // *Материалы второй международной научной конференции по проблемам безопасности и противодействия терроризму* (г. Москва, МГУ, 25–26 октября 2006 г.). – М. : МЦНМО, 2006. – С. 509.

⁸ G8 Summit Declaration on Counter-Terrorism : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.mofa.go.jp/policy/economy/summit/2006/terro.html>

⁹ The United Nations Global Counter-Terrorism Strategy : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.un.org/en/terrorism/strategy-counter-terrorism.shtml>

¹⁰ The Use of the Internet for Terrorist Purposes / United Nations Office on Drugs and Crime : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.unodc.org/documents/frontpage/Use_of_Internet_for_Terrorist_Purposes.pdf

¹¹ Terrorist Use of Cyberspace Course Report : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.coedat.nato.int/publication/course_reports/11-Terrorist_Use_of_Cyberspace.pdf

¹² Герке М. Понимание киберпреступности: Руководство для развивающихся стран / М. Герке : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : www.itu.int/ITU-D/cyb/cybersecurity/legislation.html

¹³ Решение Совета Министров ОБСЕ о борьбе с использованием Интернета в террористических целях № 3/04 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.osce.org/ru/mc/41817?download=true>

¹⁴ Решение Совета Министров ОБСЕ о борьбе с использованием Интернета в террористических целях № 7/06 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.osce.org/ru/mc/36573?download=true>

¹⁵ Угода між урядами держав-членів ШОС про співробітництво в області забезпечення міжнародної інформаційної безпеки від 16 червня 2009 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://base.spinform.ru/show_doc.fwx?rgn=28340

¹⁶ Проект Конвенции об обеспечении международной информационной безопасности (концепция) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.scrf.gov.ru/documents/6/112.html>

¹⁷ A Global Treaty on Cybersecurity and Cybercrime : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.cybercrimelaw.net/documents/A_Global_Treaty_on_Cybersecurity_and_Cybercrime_Second_edition_2011.pdf

Резюме

Грицун О. О. Питання міжнародно-правового регулювання інформаційного тероризму.

У статті надається аналіз діяльності та відповідних документів міжнародних і регіональних організацій, присвячених проблематиці інформаційного тероризму, а також огляд теоретичних концепцій щодо розуміння цього поняття. Це дає змогу визначити основні підходи до регламентації питання інформаційного тероризму на міжнародному рівні та в розрізі діяльності окремих регіональних організацій.

Ключові слова: інформаційний тероризм, інформаційна безпека, терористичні злочини, мережа Інтернет, інформаційний простір.

Резюме

Грицун О. А. Вопросы международно-правового регулирования информационного терроризма.

В статье анализируется деятельность и соответствующие документы международных и региональных организаций, посвященные проблематике информационного терроризма, а также раскрываются теоретические концепции понимания этого

вопроса. Это позволяет определить основные подходы к регламентации проблемы информационного терроризма на международном уровне и в разрезе деятельности отдельных региональных организаций.

Ключевые слова: информационный терроризм, информационная безопасность, террористические преступления, сеть Интернет, информационное пространство.

Summary

Grytsun O. The Issues of International Legal Regulation of Cyber Terrorism.

This article analyses activity and relevant documents of international and regional organizations devoted to the problem of cyber terrorism, and also this article gives a short review of theoretical concepts in understanding this notion, which allows us to determine the main approaches to the regulation of cyber terrorism at both, the international level and in terms of certain regional organizations.

Key words: cyber terrorism, cyber security, terrorist offences, Internet, cyberspace.

УДК 347.6

О. В. МЕЛЬНИЧЕНКО

Оксана Вікторівна Мельниченко, здобувач Київського університету права НАН України

МІЖНАРОДНІ ДОГОВОРИ В СИСТЕМІ СІМЕЙНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ ТА ЄС

Загальновідомо, що наразі наша держава намагається зблизити свої стосунки з європейськими країнами у різних сферах суспільних відносин, насамперед приватних. Зокрема, позитивних запозичень зазнала сфера правового регулювання сімейних відносин, що особливо було відчутно на етапі первинного реформування сімейного законодавства та подальшого уточнення й внесення змін до Сімейного кодексу України. Міждержавні інтеграційні процеси не лише стосуються правового регулювання у широкому сенсі, а й переплітаються з живим імміграційним рухом. Численні сімейні зв'язки пов'язують наших громадян з громадянами Німеччини, Франції, Італії, Польщі та інших європейських країн.

Мета статті – встановити, які держави ЄС уклали двосторонні міжнародні договори з Україною щодо допомоги у сімейних відносинах, значення міжнародних договорів для врегулювання сімейних відносин у цілому та майнових відносин подружжя зокрема та виявлення можливості покращення правової допомоги у тих країнах, з якими ще нема таких договорів.

Об'єктом є суспільні відносини у сфері сімейного права України та країн-членів ЄС, а предметом – міжнародне законодавство, наукова доктрина.

Гаазька конференція з міжнародного приватного права продукувала вісім конвенцій у сфері сімейного права. З них: Конвенція про право, що застосовується до аліментарних зобов'язань стосовно дітей (1956 р.)¹; Конвенція про визнання та виконання рішень у справах щодо аліментарних зобов'язань стосовно дітей (1958 р.)²; Конвенція про компетенцію та застосовуване право стосовно захисту неповнолітніх (1961 р.)³; Конвенція про укладання шлюбу і визнання його недійсним (1978 р.)⁴; Конвенція про захист дітей і співробітництво в сфері міжнародного усиновлення (удочеріння) (1993 р.)⁵; Конвенція про визнання розлучень та рішень про роздільне проживання подружжя (1970 р.); Конвенція про право, застосовуване до правових режимів власності подружжя (1978 р.)⁶; Конвенція про юрисдикцію, застосовуване право, визнання, застосування та співпрацю стосовно батьківських обов'язків та заходів захисту дітей (1996 р.)⁷; Конвенція про міжнародне стягнення аліментів для дітей та інших видів сімейного утримання від (2007 р.)⁸.

До іншої групи договорів у сфері сімейного права належать Конвенції ЄС: Європейська конвенція про усиновлення дітей 2008 р.⁹, Європейська конвенція про репатріацію неповнолітніх 1970 р.¹⁰, Європейська конвенція про правовий статус позашлюбних дітей 1975 р.¹¹, Європейська конвенція про визнання та виконання рішень про тюремне ув'язнення дітей та відновлення тюрем для дітей 1980 року.

Комітет міністрів ЄС ухвалив резолюції: про громадянство подружжя з різним громадянством 1977 р.¹², про громадянство дітей, які народилися у шлюбі, 1977 р.¹³, про рівність подружжя у цивільному праві 1978 року¹⁴. Цей же орган прийняв низку документів, що носять рекомендаційний характер. ООН прийняла ряд конвенцій у сфері захисту прав дітей. Серед них: Конвенція про громадянство одруженої жінки від 20 лютого 1957 р.¹⁵ (набрала чинності для України ще 16 грудня 1958 р.), стосується правового статусу одруженої жінки; Конвенція ООН про права дитини від 20 листопада 1989 р.¹⁶; Декларація ООН про соціальні та правові принципи від 3 грудня 1986 р.¹⁷, що стосуються захисту та добробуту дітей; резолюція 41/85 Генеральної Асамблеї ООН від 3 грудня 1986 р. про передання дітей на виховання та їх усиновлення на національному й міжнародному рівнях.

Варто зазначити, що Україна заінтересована врегулювати відносини як із заходом, так і зі сходом у сфері цивільних та сімейних справ. Для цього вона бере участь у Конвенції про правову допомогу і правові

відносини у цивільних, сімейних та кримінальних справах держав-членів СНД, підписаній 22 січня 1993 року. Міністерство юстиції України 13 жовтня 2011 р. видає Роз'яснення (№ 0066323-11) про надання правової допомоги у майнових правовідносинах та спадкуванні відповідно до положень Конвенції про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних та кримінальних справах від 22 січня 1993 року.

Закон України «Про міжнародні договори України» від 22 грудня 1993 р. передбачає укладення міжнародних двосторонніх договорів, зокрема про надання правової допомоги у цивільних та сімейних справах.

Із бази законодавства Верховної Ради України бачимо, що Україна уклала (чи успадкувала) договори про правову допомогу з такими країнами ЄС: Чеською Республікою (28 травня 2001 р.), Республікою Кіпр (6 вересня 2004 р.), Республікою Болгарія (21 травня 2004 р.), Грецькою Республікою (2 липня 2002 р.), Угорською Республікою (2 серпня 2001 р.), Республікою Македонія (10 квітня 2000 р.), Швейцарською Конфедерацією (Декларація про наміри щодо співробітництва в рамках реформи юстиції України та у сфері надання правової допомоги у цивільних та кримінальних справах між Міністерством юстиції України та Департаментом юстиції і поліції Швейцарської Конфедерації (4 серпня 1995 р.), Латвійською Республікою (23 травня 1995 р.), Естонською Республікою про правову допомогу та правові відносини у цивільних та кримінальних справах (15 лютого 1995 р.), Литовською Республікою (7 липня 1993 р.), Республікою Польща (24 травня 1993 р., остання редакція від 10 січня 2011 р.), між Союзом Радянських Соціалістичних Республік і Чехословацькою Соціалістичною Республікою (24 вересня 1982 р.), Протокол до Договору між Союзом Радянських Соціалістичних Республік та Польською Народною Республікою про правову допомогу і правові стосунки у цивільних, сімейних та кримінальних справах, підписаному у Варшаві 28 грудня 1957 р., Конвенція між Союзом Радянських Соціалістичних Республік та Італійською від 25 січня 1979 р., Договір між Союзом Радянських Соціалістичних Республік та Фінляндською Республікою від 11 серпня 1978 р., Резолюція Комітету міністрів СРСР про юридичну допомогу в цивільних, торговельних та адміністративних справах № (76)5 від 18 лютого 1976 р., Договір між Союзом Радянських Соціалістичних Республік та Федеративною Народною Республікою Югославією від 24 лютого 1962 р., Договір між Союзом Радянських Соціалістичних Республік та Угорською Народною Республікою від 15 липня 1958 р., Договір між Союзом Радянських Соціалістичних Республік та Німецькою Демократичною Республікою від 28 листопада 1957 року. Оскільки Україна є правонаступницею Союзу Радянських Соціалістичних Республік, то відповідні вказані міжнародні договори не були скасовані.

Отже, можна зробити висновок про те, що в сімейному праві такі міжнародні правові документи, як конвенції, декларації, резолюції, рекомендації встановлюють цінності, принципи правового регулювання, напрями правового регулювання, мету правового регулювання і діють як загальна частина щодо особливої частини, яку представляють міжнародні двосторонні договори про надання правової допомоги (як міжнародні документи), закони про міжнародне приватне право окремої країни та інші закони й підзаконні нормативні правові акти (як національні акти), закріплюють вищевказані норми та встановлюють прості засоби правового регулювання (суб'єктивні права та юридичні обов'язки; заохочення і покарання; пільги та заборони*), колізійні норми тощо.

Якщо розглянути вищезазначені договори про правову допомогу, то помітно, що кожен двосторонній договір щодо врегулювання майнових відносин подружжя пропонує використання певного списку з двох або трьох колізійних прив'язок (традиційних для майнових відносин подружжя), що відрізняється від договору до договору. Стаття 3 п. 1 Закону України «Про міжнародне приватне право»¹⁸ встановлює: якщо міжнародним договором України передбачено інші правила, ніж встановлені цим Законом, застосовуються правила цього міжнародного договору. Відповідно до цієї статті щодо правового режиму майна подружжя необхідно застосовувати норми двостороннього договору.

Таким чином, якщо буде прийнято Проект Регламенту Ради Європи про юрисдикцію, застосовуване право і визнання та застосування рішень у справах стосовно правового режиму майна подружжя¹⁹ з огляду на те, що він прирівнюватиметься до внутрішнього законодавства ЄС, а не до міжнародного, то можливі три наступні наслідки: 1) або скасувати колізійні норми двосторонніх договорів країн-членів у сфері сімейного права; 2) або виключити колізійні норми з двосторонніх договорів; 3) або, існуючи разом з цими договорами, судам доведеться вирішувати: за законодавством країни-члена ЄС чи за законодавством третьої держави, зокрема України, чи за нормами прийнятого проекту Регламенту вирішувати майнові відносини подружжя. З огляду на мету його прийняття, уніфікацію законодавства в ЄС, швидше за все перший варіант видається найімовірнішим, але тривале внесення поправок та затягування процесу прийняття свідчать про складність уніфікації сімейного права ЄС. Необхідність відмови від обмеженого кола національних норм на користь норм ЄС, все ж, масивне анулювання по всіх країнах-членах положень згаданих договорів (хоча б стосовно майнових відносин подружжя), є лише краплею в процесі гармонізації національно самобутніх інститутів сімейного права, які намагаються щонайменше трансформувати у наднаціональне законодавство, якщо не відмінати. ЄС у світовій історії існує порівняно недовгий період. Тому можна сподіватися, що поступова асиміляція, спорідненість та глобалізація у різних сферах суспільних відносин у ЄС з часом спростить гостроту поставлених позитивних намірів законодавців.

Якщо повернутись до питання мусульманського подружжя в контексті міжнародних відносин, то необхідно згадати, що на відміну від України деякі країни-члени ЄС, зокрема Великобританія, дозволяють

* Зайчук О. В. Теорія держави і права. Академічний курс : підруч. / О. В. Зайчук, Н. М. Оніщенко. – К. : Юрінком Інтер, 2006 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.ebk.net.ua/Book/law/zaychuk_tdp/part3/1202.htm

шлюби на релігійній основі. У контексті окреслених відносин можуть виникати не лише проблеми колізійного права, а й проблеми застосування норм різних правових систем, англосаксонської, романо-германської чи релігійно-правової.

У разі застосування норм релігійно-правової системи, а саме Шаріату, вищезазначені міжнародні договори у сфері правового режиму майна подружжя, зокрема поділу майна подружжя, матимуть не нормативний, зобов'язуючий характер, а у кращому випадку, рекомендаційний, якщо взагалі будуть застосовані окремі положення. Справа у тому, що сам принцип рівності прав чоловіків та жінок за Кораном²⁰ нівелюється. Відповідно до цього, положення міжнародних конвенцій суперечать положенням Корану. І навпаки, згідно з дозвільними нормами законодавства Британії, застосування положень Корану, у порушення Конвенції, не заборонено. Таким чином, небезпечним та парадоксальним є те, що демократичне законодавство Великобританії щодо визнання релігійних шлюбів допускає застосування положень Корану, що порушують права людини, задекларовані у міжнародному праві як основоположні постулати. При тому, судові рішення шейхів, будучи частиною Шаріату, а, отже, і частиною законодавства релігійно-правової системи, допускає судові тлумачення з суб'єктивною позицією, які можуть збільшувати похибку кардинальної різниці між приписом Шаріату та міжнародним правовим приписом. Наприклад, положення Корану 34 встановлює: «А тих жінок, непокірності яких Ви остерігаєтесь, «увещевайте», уникайте і «побивайте»», не встановлює «дозволений» ступінь побиття і залишає це питання на розсуд та тлумачення шейхів. Так, до прикладу, уникнення кримінальної відповідальності знаходиться поза полем нормативного регулювання.

Виявляється, що навіть внутрішні нормативні акти країн релігійно-правової сім'ї суперечать їх «Основному закону» – Корану. Так, Конституція Азербайджанської Республіки²¹ має декларативний характер. Це відразу помітно зі ст. 34 ч. 4 Конституції республіки, де передбачено, що права подружжя рівні, за ст. 18 забороняються розповсюдження та пропаганда релігій (релігійних течій), що принижують гідність особи чи суперечать принципам людяності. У свою чергу, положення Корану щодо нерівності прав подружжя саме принижує гідність жінок.

Таким чином, порушення основоположних прав людини, занесених до міжнародних конвенцій, декларацій та інших міжнародних документів, що, як було зазначено, становлять, так би мовити, особливу частину міжнародного законодавства, призводить до ланцюгової реакції та численних порушень у інституті основ правового статусу особи, інституті речових прав, а також правовому режимі майнових прав подружжя.

Підбиваючи підсумки, варто наголосити на тому, що у сімейному праві такі міжнародні правові документи, як конвенції, декларації, резолюції, рекомендації встановлюють цінності, принципи правового регулювання, напрями правового регулювання, мету правового регулювання і діють як загальна частина щодо особливої частини. У контексті окреслених відносин, за недотримання норм міжнародних договорів, можуть виникати не лише проблеми колізійного права, а й проблеми застосування норм різних правових систем, англосаксонської, романо-германської чи релігійно-правової.

¹ Convention of the Hague Conference of 1 June 1956 concerning the recognition of the legal personality of foreign companies, associations and institutions. – Access Mode : http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=36

² Convention of the Hague Conference of 15 April 1958 concerning the recognition and enforcement of decisions relating to maintenance obligations towards children. – Access Mode: http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=38

³ Ibid.

⁴ Convention of the Hague Conference of 14 March 1978 on Celebration and Recognition of the Validity of Marriages. – Access Mode : http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=88

⁵ Convention of the Hague Conference of 29 May 1993 on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption. – Access Mode : http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=69

⁶ Convention of the Hague Conference of 14 March 1978 on the Law Applicable to Matrimonial Property Regimes. – Access Mode : http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=87

⁷ Convention of the Hague Conference of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children. – Access Mode : http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=70

⁸ Convention of the Hague Conference of 23 November 2007 on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance. – Access Mode : http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=131

⁹ Європейська конвенція про усиновлення дітей, підписана 27 листопада 2008 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_a17

¹⁰ Європейська конвенція про репатріацію неповнолітніх, підписана 28 травня 1970 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_805

¹¹ Європейська конвенція про правовий статус дітей, народжених поза шлюбом, підписана 15 жовтня 1975 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_568

¹² Resolution on the nationality of spouses of different nationalities, Committee of Ministers, 1977. – Access Mode : <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/166.htm>

¹³ Resolution on the nationality of children born in wedlock, Committee of Ministers, 1977. – Access Mode : <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/166.htm>

¹⁴ Resolution on equality of spouses in civil law, Committee of Ministers, 1978. – Access Mode : <http://web.jus.unipi.it/summer-lisbon/wp-content/uploads/sites/3/2014/06/res7837e-on-equality-of-spouses.pdf>

¹⁵ Конвенція про громадянство одруженої жінки, підписана 29 січня 1957 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_158

¹⁶ Конвенція про права дитини, підписана 20 листопада 1989 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_021

¹⁷ Декларація про соціальні та правові принципи, підписана 3 грудня 1986 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_131

¹⁸ Про міжнародне приватне право : Закон України від 23 червня 2005 р. № 2709-IV. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/про%20міжнародне%20приватне%20право>

¹⁹ Council of the European Union, Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, applicable law and recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes (sixth revised text of the regulation) of the 28 June 2013, 11699/13 JUSTCIV 154. – Access Mode : <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2013-0338+0+DOC+XML+V0//EN>

²⁰ Коран. Священная книга мусульман / пер. смыслов Э. Кулиева : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://musulmanin.com/koran-na-russkom.html>

²¹ Конституция Азербайджанской Республики. – Баку : Бизнес хеберлери, 2012. – 64 с.

Резюме

Мельниченко О. В. Міжнародні договори в системі сімейного законодавства України та ЄС.

У статті йдеться про систему міжнародних нормативних актів у сфері сімейного законодавства України та ЄС, місце у цій системі міжнародних договорів, зокрема договорів про правову допомогу. Акцентується увага на спробах уніфікувати законодавство ЄС, створити оптимальний проект Регламенту Ради Європи про юрисдикцію, застосовуване право і визнання та застосування рішень у справах стосовно правового режиму майна подружжя та можливі наслідки такого шляху регулювання матеріальних відносин подружжя. Поступова асиміляція, спорідненість та глобалізація у різних сферах суспільних відносин у ЄС лише сприяють уніфікації сімейного законодавства ЄС. Проблемним залишається питання інтерактивної взаємодії та протиріч норм англосаксонської, романо-германської з нормами релігійно-правової системи у сфері сімейного права.

Ключові слова: сімейне законодавство, міжнародні норми, уніфікувати, релігійна правова система.

Резюме

Мельниченко О. В. Международные договора в системе семейного законодательства Украины и ЕС.

В статье идет речь о системе международных нормативных актов в сфере семейного законодательства Украины и ЕС, место в этой системе международных договоров, в частности, договоров о правовой помощи. Акцентируется внимание на попытках унифицировать законодательство ЕС, создать оптимальный проект Регламента Совета Европы о юрисдикции, применяемом праве, признании и применении решений в делах о правовом режиме имущества супругов и возможных последствиях такого пути регулирования материальных отношений супругов. Постепенная ассимиляция и глобализация в разных сферах общественных отношений у ЕС будут только сопутствовать унификации семейного законодательства ЕС. Проблемным остается вопрос интерактивного взаимодействия и противоречий норм англосаксонской, романо-германской с нормами религиозной правовой системы в сфере семейного права.

Ключевые слова: семейное законодательство, международные нормы, унифицировать, религиозная правовая система.

Summary

Melnychenko O. International Treaties in the System of Family Legislation of Ukraine and EU.

The article deals with the system of international rules in the field of matrimonial legislation of Ukraine and EU, the place of international treaties in this system, particularly, treaties on a legal aid. The attention is placed on the efforts to unify the legislation of EU, the creation of the effective regulation of the Council of the EU on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of legal decisions concerning the legal regime of matrimonial property and possible consequences of this way of regulation of matrimonial relations between spouses. Thus, gradual assimilation and globalization in different spheres of social relations in EU will promote the unification of EU matrimonial legislation. The question of interactive cooperation and contradictions of the rules of Anglo-Saxon, Roman legal system with the rules of religious legal system in the sphere of family law is still problematic.

Key words: matrimonial legislation, international rules, unify, religious legal system.

В. М. ОТРОШ

Володимир Михайлович Отрош, старший прокурор відділу Прокуратури міста Києва

ПОНЯТТЯ ГРОМАДЯНСТВА В МІЖНАРОДНОМУ ПРАВІ ТА ОСОБЛИВОСТІ ЙОГО НАБУТТЯ І ВТРАТИ У ДЕРЖАВАХ І МАЛЬТІЙСЬКОМУ ОРДЕНІ

Згідно з усталеною традицією, під громадянством розуміється стійкий правовий зв'язок фізичної особи з державою, що проявляється у чітко визначеній законодавством кожної країни сукупності їх взаємних прав і обов'язків. Громадяни мають певні права та обов'язки по відношенню до своєї держави, а держава забезпечує захист їх прав та інтересів як на своїй території, так і за її межами. Стійкий правовий зв'язок фізичної особи з державою означає, що навіть у випадку виїзду громадянина за кордон на постійне проживання, його громадянство автоматично, як правило, не припиняється¹.

Інколи громадянство називають приналежністю особи до держави. У зв'язку з цим, автор статті поставив за мету проаналізувати питання громадянства у міжнародному праві та співвіднести підстави набуття та втрати громадянства у державах і Мальтійському Ордені. Міжнародно-правові та внутрішньо-правові питання громадянства розглядали такі вчені, як С. В. Черниченко, Ю. Р. Боярс, В. П. Басик та деякі інші. Особливості набуття громадянства Ватикану показав М. І. Отрош у контексті дослідження ним статусу Святого Престолу в міжнародному праві. Однак у вітчизняній юридичній науці не досліджувалася міжнародна правосуб'єктність Мальтійського Ордену, в тому числі відсутні й публікації, присвячені громадянству Мальтійського Ордену. Отже, означена стаття присвячується розгляду невиділених раніше частин загальної проблеми, що стосується проблематики громадянства.

У законодавстві держав існують різні терміни для позначення приналежності фізичних осіб до держави. У країнах з республіканською формою правління звичайно вживається термін «громадянство», у країнах з монархічною формою правління зустрічаються терміни «підданство» і «громадянство». У британському та американському законодавстві, а також у законодавстві деяких інших держав існує множинність термінів, що позначають приналежність особи до держави. Так, наприклад, поряд з термінами «citizen» (громадянин) і «subject» (підданий) в англо-американській теорії і практиці широко розповсюджений також термін «national», який може бути перекладений як «особа, що має певну національну приналежність» (в юридичному сенсі), адже з етнічним походженням особи він жодним чином не пов'язаний. Ця множинність термінів, що означають в наш час по суті одне й теж, була породжена у минулому колоніалізмом. У практиці колоніальних держав термін «громадянство» спочатку застосовувався лише стосовно осіб, які володіли політичними і громадянськими правами у повному обсязі. Корінне населення колоній звичайно відносили до осіб, які мали юридичну приналежність до даної держави (national, ressortissant тощо). Крах колоніалізму привів до зміни первинного смислу згаданих термінів, деякі з них взагалі вийшли з ужитку, однак множинність термінів збереглася до цих пір².

Що стосується деяких держав з монархічною формою правління, зокрема Держави Міста Ватикан – як теократичної монархії, сувереном якої є Папа Римський, то до осіб, які мали ватиканське громадянство, ще у минулому столітті застосовувався термін «підданство». Нині, враховуючи політичні зміни, що відбулися у світі, згідно з чинним законодавством Ватикану по відношенню до громадян цієї держави застосовується термін «громадянство»³.

Питання громадянства регулюються переважно законодавством держави або іншого суб'єкта міжнародного права, який не є державою, однак діє на міжнародній арені нарівні з нею. До останньої категорії суб'єктів міжнародного права відноситься, наприклад, Суверенний Військовий Орден Госпітальєрів святого Іоанна Єрусалимського, Родосу і Мальти. Регламентація громадянства, в тому числі умови його набуття і втрати, встановлюється внутрішнім законодавством відповідних суб'єктів міжнародного права і відноситься до сфери їх внутрішньої компетенції. Це не означає, що вони можуть довільно встановлювати порядок набуття громадянства, не зважаючи на загальновизнані принципи міжнародного права та міжнародні звичаї, а також багатосторонні та двосторонні міжнародні договори, сторонами яких вони можуть бути.

Можливі також випадки відсутності закону про громадянство у якій-небудь державі, проте це не означає відсутності самого громадянства, хоча і може ускладнити ведення зовнішніх зносин. Оскільки кожна держава у цій сфері діє самостійно, неминучими є зіткнення (колізії) законів про громадянство різних держав. Такі колізії можуть бути джерелом тертя і конфліктів міжнародного характеру. Для їх усунення або запобігання держави часто удаються до укладення міжнародних договорів, тобто виробляють відповідні норми міжнародного права.

Способи набуття громадянства можна умовно поділити на дві великі групи. Перша група охоплює способи набуття громадянства в загальному порядку, друга – у винятковому порядку. Способи набуття громадянства в загальному порядку являються більш-менш стабільними, звичними для законодавства держав. До

них відноситься набуття громадянства в результаті: 1) народження і 2) натуралізації (прийняття у громадянство). З цими способами може пожалувати громадянства, яке, однак, не так часто зустрічається у практиці держав. Набуття громадянства у винятковому порядку має місце внаслідок: 1) трансферту (поодинокого випадку надання громадянства), 2) колективної натуралізації (групового надання громадянства), 3) оптації (вибору громадянства) і 3) реінтеграції (поновлення в громадянстві).

Основним і найбільш поширеним способом набуття громадянства є набуття громадянства в силу народження. Законодавство різних країн у цьому питанні ґрунтується на одному з двох принципів: або на праві крові (*jus sanguinis*), або на праві ґрунту (*jus soli*). Іноді в доктрині набуття громадянства за правом крові іменується набуттям громадянства за походженням, а за правом ґрунту – за народженням. Право крові означає, що особа набуває громадянство батьків незалежно від місця народження; право ґрунту – що особа набуває громадянство держави, на території якої вона народилася, незалежно від громадянства батьків. Більшість держав світу, в тому числі й Україна, дотримуються права крові. Як правило, держави, які надають громадянство на основі права крові, у деяких випадках виходять і з права ґрунту. Останнє переважно властиве законодавству США та латиноамериканських держав, однак і воно тією чи іншою мірою доповнюється правом крові. Натуралізація (укорінення) як індивідуальне прийняття в громадянство на прохання заінтересованої особи здійснюється звичайно у більшості держав з урахуванням певних умов, передбачених у законі, які стосуються терміну проживання даної особи на території відповідної держави, її майнового стану тощо. Пожалувати громадянства, на відміну від натуралізації, здійснюється за ініціативою компетентної влади держави, а не на прохання заінтересованої особи. Звичайно громадянство в порядку пожалування надають за особливі заслуги перед державою. Набуття громадянства у винятковому порядку, як показує сам термін, існує як виняток із загального порядку набуття громадянства. Такий винятковий порядок передбачається або в міжнародних договорах, або в спеціальних законах. Він встановлюється на певний період і, як правило, стосується лише певної категорії осіб. Аналіз практики свідчить, що надання громадянства у винятковому порядку породжується подіями, що призводять до масового переселення, а також територіальними змінами⁴.

Осібні стоїть питання щодо надання громадянства у таких нетипових суб'єктах міжнародного права як Держава Місто Ватикан і Суверенний Військовий Орден Госпітальєрів святого Іоанна Єрусалимського, Родосу і Мальти, який ще називається Мальтійським Орденом. В даний час офіційна чисельність населення Держави Міста Ватикан становить близько 1000 осіб; це переважно прелати Римської курії та дипломати Апостольського Престолу. В самій державі Ватикан постійно проживає близько 300 осіб: 110 швейцарських гвардійців, обов'язком яких є забезпечення безпеки Папи Римського та охорона головних входів на територію Ватикану, ряд кардиналів, близько 50 священнослужителів – співробітників Державного секретаріату та священників, які сповідують у соборі святого Петра, а також декілька десятків монахів⁵.

Латеранський договір між Святим Престолом і Італійським королівством 1929 року, визначаючи коло осіб, які є підданими Ватикану, встановлює, що відповідно до норм міжнародного права під суверенітет Святого престолу підпадають всі особи, які мають постійну резиденцію в Державі Місті Ватикан. Про це йдеться і в Законі Ватикану про право громадянства та проживання, згідно з яким громадянство надається у зв'язку з постійним проживанням особи у Ватикані, пов'язаним з її рангом, посадою, службою чи заняттям⁶. Окрім того, громадянами Ватикану є всі кардинали, незалежно від їх місця проживання, коли вони знаходяться на території Ватикану. Особливість громадянства Ватикану полягає в тому, що воно надається не на підставі принципів «*jus soli*» або «*jus sanguinis*», як це має місце у практиці світських держав, а на основі принципу «*jus officii*», тобто у зв'язку з обійманням відповідної посади та виконанням певних службових обов'язків на території Держави Міста Ватикан⁷.

Питання надання громадянства в Мальтійському Орденові, а також інші питання життєдіяльності Ордену, регулюються орденським правом, зокрема Конституцією 1961 року та Кодексом (Зводом законів) 1966 року з наступними змінами та доповненнями, затвердженими Святим Престолом. Кодекс, виданий великим магістром Е. де Роганом у XVIII столітті, є чинним додатковим правовим джерелом, якщо його положення не суперечать вищезазначеним документам. Структурно Мальтійський Орден складається з 4 категорій рицарів: рицарі по справедливості (рицарі-професи), які приносять чернечі обітницькі; рицарі послушності, які дають урочисту обіцянку прагнути християнської досконалості і миру; рицарі благочестя (а також дами благочестя), які не дають спеціальних обітниць чи обіцянок; донатори. Нині у Мальтійському Орденові нараховується 36 рицарів-професів (з них 7 священників) і близько 12 тисяч дійсних членів. Мальтійський Орден включає в себе 6 великих пріоратів (Риму, Чехії, Венеції, Неаполя і Сицилії, Австрії та Англії), 3 субпріорати, а також більше 50 національних асоціацій та об'єднань. Керує Орденом великий магістр за сприяння очолюваної ним великої ради, що складається з великого командора, великого канцлера, госпітальєра, казначая і 6 радників, які обираються генеральним капітулом, що скликається кожні 5 років. Велика рада складається з постійної ради і представників великих пріоратів і скликається для виборів правителя Ордену⁸. Оскільки Мальтійський Орден не має власної території і свого населення, його громадянство, на відміну від світських держав, надається не на підставі принципів «*jus soli*» або «*jus sanguinis*», а лише на основі принципу «*jus officii*», тобто у зв'язку з обійманням відповідної посади, тому орденське громадянство мають переважно рицарі-професи (керівна ланка Ордену) та дипломати Мальтійського Ордену, а також у порядку винятку особи, яким за особливі заслуги перед Орденом пожалувано орденське громадянство.

Що стосується втрати громадянства, то можна виділити три форми: автоматична втрата громадянства; вихід з громадянства; позбавлення громадянства. Автоматична втрата громадянства у практиці багатьох дер-

жав зустрічається лише у міжнародних угодах і в спеціальних законодавчих актах, а в деяких державах, таких, наприклад, як США це найбільш типова форма втрати громадянства. У США існує так звана доктрина свободи експатріації, яка означає, що в разі, якщо будь-яка особа, яка має американське громадянство, натуралізувалася за кордоном, вона автоматично втрачає американське громадянство. У законодавстві США встановлені й інші підстави автоматичної втрати громадянства, наприклад, у випадку участі американського громадянина у виборах в іноземній державі⁹. Проте значна кількість держав не притримується свободи експатріації. Для учасників договору експатріація виступає як міжнародно-правова норма лише у тому випадку, якщо передбачена міжнародним договором.

Вихід з громадянства – це втрата громадянства на підставі рішення компетентних органів держави, що приймається на прохання заінтересованої особи. Дана форма характерна, зокрема, для українського законодавства.

Позбавлення громадянства, на відміну від виходу з громадянства, здійснюється за ініціативою державних органів і, як правило, стосовно осіб, замішаних у ворожій щодо даної держави діяльності. Позбавлення громадянства містить у собі, таким чином, елемент покарання, однак законодавство більшості держав, як і Мальтійського Ордену, не допускає можливості позбавлення громадянства.

Із набуттям і втратою громадянства тісно пов'язане питання подвійного та множинного громадянства, тобто наявності в особи громадянства двох або більше держав. Термін «подвійне громадянство» підходить до тих випадків, коли особа має громадянство двох держав або громадянство будь-якої держави та іншого суб'єкта міжнародного права, який не є державою, але діє на міжнародній арені на рівні з державами, як це має місце у випадку з Мальтійським Ордену. Термін «множинне громадянство» є більш точним для випадків, коли особа має громадянство більш ніж двох держав. Подвійне і множинне громадянство породжується колізіями законів про громадянство різних держав, оснований на праві ґрунту і праві крові.

У практиці держав склалося правило, що впливає з державного суверенітету. Згідно з цим правилом держава, громадянин якої має також іноземне громадянство, розглядає його виключно як свого громадянина незалежно від того, позитивно чи негативно ставиться ця держава до набуття її громадянином іноземного громадянства. Деякі держави заохочують множинне (подвійне) громадянство. Європейська конвенція про громадянство від 6 листопада 1997 року також допускає в деяких випадках множинне громадянство.

Подвійне та множинне громадянство має певні негативні наслідки. Серед них варто виділити такі:

- 1) наслідки, пов'язані з наданням дипломатичного захисту особам з подвійним і множинним громадянством;
- 2) наслідки, пов'язані з проходженням військової служби особами з подвійним і множинним громадянством.

У першому випадку можливі дві ситуації. Перша виникає тоді, коли дипломатичний захист особі з подвійним громадянством намагається надати одна з держав, громадянство якої ця особа має, проти іншої держави її громадянства. За таких умов питання про дипломатичний захист практично відпадає, оскільки спроба його надати буде відхилена на тій підставі, що відповідна особа має громадянство держави, проти якої надається захист. Друга ситуація виникає тоді, коли особа з подвійним громадянством опиняється на території третьої держави, і на території цієї держави постає питання про надання такій особі дипломатичного захисту з боку держав її громадянства. Влада держави перебування зазвичай у такій ситуації зважає на громадянство тієї держави, з якою особа з подвійним громадянством має найбільш міцний фактичний зв'язок (принцип ефективного громадянства). Наприклад, громадянство держави, на території якої особа постійно проживає чи мовою якої говорить тощо. Ці критерії є недосконалими, оскільки громадянству одній із заінтересованих держав надається перевага. З правової точки зору вихід може бути знайдений лише шляхом укладення відповідного двостороннього чи багатостороннього міжнародного договору.

Що стосується другого випадку, то тут проблема пов'язана з тим, що особи (зазвичай чоловічої статі), які мають подвійне громадянство, як правило, повинні пройти обов'язкову військову службу в кожній державі свого громадянства, що практично є неможливим. Таким чином, особа з подвійним громадянством, яка пройшла обов'язкову військову службу в одній з держав свого громадянства, опинившись на території іншої держави свого громадянства, майже неминуче буде притягнута до кримінальної відповідальності або за ухилення від виконання військового обов'язку, або за службу в іноземній армії без дозволу, чи за ті й інші діяння одночасно. Вирішити цю проблему можливо лише шляхом укладення міжнародної угоди.

Існує два види міжнародних договорів, присвячених питанням подвійного громадянства. Перший – договори, направлені на усунення наслідків подвійного громадянства (у зв'язку з наданням дипломатичного захисту або з військовою службою). Ці угоди саме подвійне громадянство не усувають. До таких угод відносяться і багатостороння Гаазька конвенція про деякі питання, що стосуються колізії законів про громадянство, від 12 квітня 1930 року, багатостороння Страсбурзька конвенція про скорочення випадків множинного громадянства і про військовий обов'язок у випадках множинного громадянства від 6 травня 1963 року і низка двосторонніх договорів. Другий вид договорів про подвійне громадянство – договори, направлені на усунення подвійного громадянства як такого. В основу таких договорів закладається правило, згідно з яким особа з подвійним громадянством може вибирати протягом певного терміну одне з своїх громадянств. Якщо протягом цього терміну вибір не був зроблений, така особа зберігала громадянство держави, на території якої вона постійно мешкала.

Усі особи, які мають громадянство Мальтійського Ордену виключно на основі принципу «*jus officii*», тобто в силу зайняття відповідної посади в Ордені, а це орденське керівництво та дипломати Мальтійського Ордену, одночасно являються (або являлися) громадянами певної держави, громадянство в якій вони отри-

мали при народженні на підставі принципів «*jus soli*» або «*jus sanguinis*». Таким чином, усі вони є особами з подвійним громадянством (якщо тільки вони не відмовилися від громадянства певної світської держави), однак негативних наслідків з такого правового статусу не наступає, оскільки фактичний і правовий зв'язок вони, будучи переважно особами літнього віку, мають лише з Мальтійським Орденом.

¹ Международное право: учеб. для студентов вузов, обучающихся по специальности «Юриспруденция»; под ред. А. А. Ковалева, С. В. Черниченко; Дипломат. акад. МИД Рос. Федерации.– 4-е изд., стер. – М.: Издательство «Омега-Л», 2011. – 831 с. – С. 182.

² Там само. – С. 183.

³ *Виноградов В. А.* Основы государственного устройства Государства Города Ватикана / В. А. Виноградов // Журнал российского права. – 2002. – № 9. – С. 120–127.

⁴ Международное право: Учебник / Отв. ред. Ю. М. Колосов, В. И. Кузнецов. – М.: Междунар. отношения, 1996. – 608 с. – (Дипломат. Акад. МИД РФ, Московский государственный институт международных отношений МИД РФ) – С. 94–95.

⁵ Католическая энциклопедия : в 4 т. / [под ред. о. Григория Цёрох OFM Conv]. – М. : Изд-во Францисканцев, 2001–2010. – Т. 1. – 2001. – 1906 с. – С. 850–851.

⁶ *Гринберг А. И.* Вводная статья к Основному Закону Ватикана 1929 года / А. И. Гринберг // Конституции государств Европы : в 3 т. / [под ред. Л. А. Окунькова]. – М. : Норма, 2001–2001. – Т. 1. – 2001. – 824 с. – С. 450.

⁷ *Отрош М. І.* Статус Святого Престолу у міжнародному праві: моногр. / М. І. Отрош, – Одеса: Фенікс, 2014. – 242 с. – С. 63.

⁸ Constitutional Chapter and Code of the Sovereign Military Hospitaller Order of St. John of Jerusalem of Rhodes and of Malta. – Rome, Bollettino Ufficiale, 12.01.1998.

⁹ Международное право: учеб. для студентов вузов, обучающихся по специальности «Юриспруденция»; под ред. А. А. Ковалева, С. В. Черниченко; Дипломат. акад. МИД Рос. Федерации.– 4-е изд., стер. – М.: Издательство «Омега-Л», 2011. – 831 с. – С. 187.

Резюме

Отрош В. М. Поняття громадянства в міжнародному праві та особливості його набуття і втрати у державах і Мальтійському Ордені.

У статті досліджуються питання громадянства у міжнародному праві та умови його набуття і втрати у державах і Мальтійському Ордені, а також аналізуються ситуації, пов'язані з подвійним громадянством. Регламентация громадянства встановлюється внутрішнім законодавством відповідних суб'єктів міжнародного права відповідно до загальноновизнаних принципів міжнародного права та міжнародних звичаїв, а також з урахуванням положень багатосторонніх і двосторонніх міжнародних договорів, сторонами яких вони можуть бути.

Ключові слова: громадянство, набуття громадянства, втрата громадянства, подвійне громадянство, множинне громадянство, негативні наслідки подвійного і множинного громадянства, громадянство Мальтійського Ордену.

Резюме

Отрош В. М. Понятие гражданства в международном праве и особенности его приобретения и утраты в государствах и Мальтийском Ордене.

В статье исследуются вопросы гражданства в международном праве и условия его приобретения и утраты в государствах и Мальтийском Ордене, а также анализируются ситуации, связанные с двойным гражданством. Регламентация гражданства устанавливается внутренним законодательством соответствующих субъектов международного права в соответствии с общепризнанными принципами международного права и международными обычаями, а также с учетом положений многосторонних и двусторонних международных договоров, сторонами которых они могут быть.

Ключевые слова: гражданство, приобретение гражданства, утрата гражданства, двойное гражданство, множественное гражданство, отрицательные последствия двойного и множественного гражданства, гражданство Мальтийского Ордена.

Summary

Otrosh V. The concept of citizenship in the international law and features of its acquiring and loss in the states and in the Order of Malta.

The article explores the issues of citizenship in international law and the conditions for its acquisition and loss in the states and Malta and situations of dual citizenship there are analyzed. The regulation of citizenship is established by the internal law appropriated subjects of international law in accordance with generally recognized principles of international law and customs, as well as with the provisions of multilateral and bilateral agreements, the parties of which they may be.

Key words: citizenship, nationality, acquiring of citizenship, loss of citizenship, dual citizenship, multiple nationality, negative effects of dual and multiple nationality, citizenship in the Order of Malta.

BOGUSLAW BANASZAK

*Boguslaw Banaszak, Prof. Dr. hab. Dr. h.c. multi,
Dean of the law and administration faculty of Zielona
Gora University (Poland), Honorary doctor of KUL of
NASU*

CONTEMPORARY PARLIAMENTS IN EUROPA

1. Structure of the parliament. A dispute over bicameralism

Ever since the beginnings of the contemporary democratic state the structure of the parliament has been a hotly debated issue. In the last two centuries various solutions have been adopted and the number of parliamentary chambers varied between two and even five, two being the most commonly adopted structure. Montesquieu recommended a parliament where two chambers could counteract each other; one chamber representing the people and the other – the individuals distinguished by their birth, wealth or occupied positions. The idea was later elaborated by A. Hamilton, who maintained that legislature tends to predominate in the system of separation of powers and to minimize it, it is necessary to divide the parliament into two chambers. This view was accepted and elaborated by many eminent constitutionalists. The arguments advocating a bicameral parliament quoted its following advantages:

- 1/ Enhancing the principle of separation of powers
- 2/ Making better law thanks to more comprehensive discussion of legal acts
- 3/ Continuation of long-standing traditions in many states
- 4/ Better representation of the people in the constituents of federal states

A unicameral parliament in federal states could lead to majorisation of the federal states (states, cantons) with a smaller number of residents, and the parliament would represent interests of the whole entity organized into a federation. The other chamber provides for a dualism of representation at the central level and more effective consideration of interests of the federation's constituents.

The opponents of bicameralism (and multicameralism in general) bring up the following arguments:

- 1/ Bicameralism weakens the executive and causes conflicts within it.
- 2/ This was succinctly rendered by B. Franklin, who compared a bicameral parliament to a cart drawn by horses into two opposite directions.
- 3/ In the unitary state there are no clearly distinguished interests justifying the existence of the other chamber.
- 4/ The other chamber lengthens the legislative process.
- 5/ The tradition of existence of the other chamber itself does not prove that it is of any benefit to the community.

2. Modification of the parliament's functions resulting from the integration processes in the European Union

Apart from the traditional functions: defining the basis of the political system, legislation, creation and review, the doctrine of constitutional law increasingly more frequently distinguishes a new function of parliaments of EU member states: participation in creating community (European) law. The reason for distinguishing this function is the fact that while the process of creating community law is based on the decisions made by executive bodies, national parliaments play an advisory role in the process (and in practice the role is played by their specialized bodies, which frequently become great European commissions).

1/ Legislative Function

It results from the principle of the division of powers. Generally, the parliament adopts the statutes, makes amendments to the Constitution and in some countries authorizes the head of the state – by meanings of an act – to ratify and terminate certain international agreements. Constitution making and amendment procedure are often classified as a separate system – forming function. As long as the making and amending of a constitution is equivalent with the adoption of a statute (even in a special procedure), such division is regarded as redundant.

It should be underlined that the EU law cannot be discussed in isolation from the internal laws of its member states. It is created by the representatives of individual member states legitimised by the binding constitutions. EU does not replace the states but the states remain – as formulated by the German Federal Constitutional Tribunal – “the lords of the treaties”. The Tribunal reserved the right to investigate “whether the legal acts of the European institutions and organisations remain within the limits of the ceded sovereign laws and do not exceed them”¹. Similar

attitude admitting supervision of constitutionality of the treaties constituting the EU primary law was adopted by constitutional tribunals in² and³ and also. Polish Constitutional Tribunal stated: “Establishment treaties are international agreements. The sovereign parties to these agreements are Member States. They independently and in accordance with their constitutions ratify the treaties and have at their disposal the right to terminate them”⁴.

In this context the issue of resolving conflicts between the constitutions and legal acts and the Community primary and derivative law in the practice of member states’ political systems is exceptionally interesting. The EU law does not include any provisions concerning the resolution of conflicts between it and the internal law of the member states. It should be added here that as early as in the 1960s the European Tribunal of Justice resolved that the superiority of the EU law is absolute and does not depend on the rank of the internal law norm or their temporal sequence. Besides, the uniformity of the EU law stipulates that it must be uniformly applied in all the member states and therefore its interpretation is reserved for the European Tribunal of Justice as it would be unacceptable that in individual member states their agencies, and especially courts, should interpret the law, which would cause chaos. Therefore, in the case when a member state’s legal system retains the norms contradicting the Community law, the Tribunal may declare that it does not meet the requirements resulting from the treaties constituting the EU. Such ruling, however, does not entail direct legal consequences and the elimination of the legal norms conflicting with the Community law rests within the competence of a given state – an EU member.

In the case of conflict between the Community law and the constitution, courts and other legal institutions implementing the constitution attempt to use the interpretation favouring the EU law. But, as stated the “the interpretation favouring the EU law has its limits. It cannot after all lead to results not in accordance with the Constitution”⁵.

If, however, the contradictions cannot be removed, two solutions are available: either, due to the superiority of the constitution, the conflicting norms of the Community law are not enforced (which in the case of the primary law denotes the refusal to ratify the treaty which belongs to it or the denunciation of the ratified treaty) or – which is a much more frequent case – a constitution is modified before a EU regulation comes in force, which aims at ensuring the effectiveness of the Community law and the process of European integration. The above is exemplified by the modifications of several constitutions (French, German, Belgian and Spanish) performed to facilitate the ratification of the Maastricht Treaty. An interesting solution was adopted in. International treaties discordant with the constitution may be incorporated into it by a majority of votes of the members of the parliament (two thirds), which practically denotes modifying the constitution. Constitutions are modified even when its provisions collide with the derivative law (e.g. in).

In the practice of the political systems of the member states, the jurisdiction of constitutional courts, where they exist, or supreme courts attributes the EU law with superiority over internal regulations of a lower rank than the constitution, which has been based not so much on the EU law and the jurisdiction of the Tribunal but on the constitutional norms⁶. In, where there is no constitution, in the early 1990s the House of Lords advocated the non-application of the internal law if it conflicted with the EU law. The superiority of the Community law over the constitution if both cannot be reconciled denotes that “the restriction of the constitutional laws below the standards resulting from the international norms in relation to a ratified international agreement or a law resolved by an international organisation should not be admissible”⁷.

The constitutions of the EU member states and the judicial decisions of courts do not decide about the results of the principle of the superiority of the Community law and it is not clear whether the application of a regulation conflicting with the agreement of that category is only suspended or whether the regulation is invalid or ineffective. The analysis of judicial decisions prompts the conclusion that an internal law regulation which is not applied due to the superiority of the Community law still remains a part of the legal system and will be applied when the provisions of the Community law cease to be binding in the country.

In this context the following view expressed by the Polish Constitutional Tribunal should be quoted: “In the light of the constitutional principle of the priority of Community law over statutory norms (art. 92 par. 2 and 3 of the Constitution), if there are no doubts as to the content of the norms of Community law, the court should refuse to apply the provision of the statute not in conformity to this norm and apply directly the provision of Community law. The court does not adjudicate in this case on repealing the norm of national law but only refuses to apply it in the scope in which it is obliged to give priority to the norm of Community law. The legal act in question is not affected by invalidity, it is still binding and is applied in the scope not covered by the norms of Community law. If however, it is not possible to apply directly the norms of Community law, the court should seek the possibility of an interpretation of national law in accordance with the Community law. In the case of the appearance of interpretative doubts in relation to Community law, the court should turn to the European Court of justice with a prejudicial question”⁸.

It follows from the discussion so far that the constitutions of the EU member states have retained their legal significance. Thus, the existing notional apparatus and research methods remain still valid, while the research of the constitutional law, including comparative research, makes sense. The member states, facing the same or similar external challenges and internal problems, solve them not only with the aid of the EU institutions but also adopting in their internal legal systems certain systemic measures verified in other member states. It would also be interesting to examine the reasons of rejecting the solutions present in the constitutions of other EU member states.

2/ Creative Function

It is performed by the parliament through appointment and dismissal of various state bodies and their members, as well as holding them accountable for their activities. First of all, the parliament takes part in the process of establishing the government.

3/ Controlling Function

The performance of the controlling function by the parliament is – besides the legislative function – the essence of the parliament's activity in a democratic state ruled by law. The parliament exercises control over the activities of the executive within the scope specified by the constitution and statutes. The controlling function is performed not only by the said chamber *in pleno*, but also through the activities of committees and deputies themselves. The subject of the control is the activity of the government concerning internal affairs and foreign policy of the State in the field not reserved to other state organs and local government.

The parliament's supervision procedure consists of two forms of control – general and particular.

– The general control contains demanding information on a given issue from a Government member (in written or in oral form) at the sitting of the parliament or a committee.

– The particular forms of the parliament's supervisory function consist of a control performed by an investigative committee, an individual control exercised by the deputies and a control over budget performance (the parliament considers the report on the implementation of the budget together with the information on the condition of the State debt, presented by the government).

As result of control performed by the parliament, measures can be taken such as dismissal of the whole government in consequence of a vote of non-confidence or of an individual from a State post

4/ Cooperation in the Process of Making of the EU Law

The doctrine of the constitutional law very often distinguishes the cooperation in the process of making EU law as another function of the parliament. This function can be defined also as a legislative one, with some elements of the controlling function, and as a way to compensate national parliaments for the loss of some of their legislative competencies in favour of EU institutions. It is estimated that in the course of the European integration, the parliaments of the EU member states lost about 2/3 of their former legislative powers, which were moved to the European governing level. In conclusion, the traditional principle of the division of powers has been modified, since the executive power in the EU belongs to the Council of the EU, consisting of representatives of the national governments. This way a law made by the EU institution is in fact a law made by the executive authority and not by the parliament traditionally meant to perform a legislative function. In the beginning of the 90ties, the European Parliament adopted two resolutions providing institutional possibilities of influencing the legislative process at the EU level and therefore strengthening the position of national parliaments and preventing “the lack of democracy”. The latest act providing some principles and requirements in the Treaty of Lisbon.

It should be emphasized that since the essence of the legislative function is the possibility of influencing the shape of the law-binding in the country, so the powers of the parliament relating to influencing the content of the position adopted by the given state in the forum of the Council of the UE should be included within this function.

3. The role of national parliaments in EU

Articles 5.3, 10.2 and 12 TEU, as well as Protocol No 1 and Protocol No 2 strengthened the powers of national parliaments and give them some new and rights. The most important Treaty of Lisbon provision on the role of national parliaments within the EU is Article 12 TEU which states that national Parliaments contribute actively to the good functioning of the Union.

The new provisions give national parliaments an opportunity to play a more active role within the EU, but they have not caused national parliaments as key actors within the European polity. The Treaty established no institutional status to national parliaments. In fact the new rules has only fostered the dialogue between national legislators and institutions of the Union.

1/ National parliaments should be informed by the EU organs by having submitted all legislative drafts. They can still be adopted regardless of opposition from national parliaments.

2/ The early warning mechanism

Although in 2011 there have been given 64 reasoned opinions by national parliaments to 28 different legislative proposals on the Union level, neither a “yellow” or an “orange” card procedure had to be initiated. These are following reasons responsible for this:

(1) Coordination between national parliaments is insufficient. Each parliament uses its own internal procedure for applying the mechanism.

(2) The foreseen time periods are prohibitively short in order to achieve parliamentary consensus on an international level.

(3) The early warning mechanism cannot be perceived as the fulfillment of a procedural function as it can only be used by national parliaments at the tail end of the decision making process.

3/ The extension of the information mechanism concerning decisions of European Council.

In comparison to the Amsterdam Treaty Protocol on the Role of National Parliaments in the European Union, Protocol No 1 contains two elements, which have been considerably improved.

(1) First of all, the catalogue of documents with which national parliaments are to be provided has been substantially extended. Currently, Protocol No 1 requires the provision of: Commission consultation documents, the annual legislative programme; draft legislative acts (regardless of whether they are provided by the Commission, initiated by a group of Member States or the European Parliament or requested by the CJEU, the European Central Bank or the European Investment Bank; Council agendas; minutes and the annual report of the Court of Auditors.

(2) The second and most significant improvement is the commitment to transfer adequate documents in all official languages directly to national parliaments.

4. National parliaments and EU foreign policy

National parliaments have a crucial position, when an international agreement has to be concluded as “mixed agreement”. This is usually necessary when an international treaty requires that Member States and the Union sign and ratify it because the allocation of competences between them is shared or unclear. In summary, this seems to remain the only situation where one can clearly argue that a unified policy of the Union in a binding form exists and national parliaments, by blocking the required national ratification, do have direct influence on whether the relevant text will come into force or not.

Polish example:

From the point of view of the principle of sovereignty a very significant regulation is contained in Article 90 of the Constitution. The art. 90 states:

“1. The Republic of Poland, by virtue of international agreements, delegates to an international organization or international institution the competence of organs of State authority in relation to certain matters”.

2. A statute, granting consent for ratification of an international agreement referred to in para.1, shall be passed by the Sejm by a two-thirds majority vote in the presence of at least half of the statutory number of Deputies, and by the Senate by a two-thirds majority vote in the presence of at least half of the statutory number of Senators.

3. Granting of consent for ratification of such agreement may also be passed by a nationwide referendum.

4. Any resolution in respect of the choice of procedure for granting consent to ratification shall be taken by the Sejm by an absolute majority vote taken in the presence of at least half of the statutory number of Deputies.

This regulation allows only to delegate the competences but not to limit the sovereignty. The Constitutional Tribunal has stated: “The Constitution remains ‘the supreme law of the Republic of Poland’ in relation to all international agreements, including agreements delegating competence. In particular [...] there could not come about a delegating of competence to the extent that would cause Poland not to be able to function as a sovereign and democratic state. Furthermore, the limiting of the scope of delegating to ‘certain matters’ means a prohibition on delegating: firstly, the entirety of the competence of a given organ; secondly, competence in the entirety of matters in a given field; and thirdly, competence as to the essence of matters defining the management of a given organ of state authority”⁹.

5. The future of national parliaments within EU

The development of European integration also stimulates the questions concerning the future of national parliaments and the future of the classically understood internal law created by them. The future is not very promising if it were assumed that “the notion of the constitution, at least in its wide meaning, may be transformed onto the supranational level, onto the legal order of the European Community, which emerged from the transfer of the national sovereign laws as the Community increasingly takes over the functions of the states and thus increasingly more intensively substitutes a functional state”¹⁰. This proposal corresponds with the idea of emergence of a new decision-making subject in the EU, i.e. the citizens of the Union¹¹. But are these premises still relevant?

The answer requires defining the character of the EU and the role of the EU law in the member states’ legal systems. As to the former issue, the EU is not a state nor is it an entity resembling a state. It is composed of member states, which transfer their competence in the matters defined by treaties. The constitutional regulations in many member states allow only to delegate the competences but not to limit the sovereignty.

As has been aptly noted by Polish legal commentators dealing with EU law, “the lack in the treaty materials of any clear delimitation as to the EU institutions’ powers to legislate, in effect allows them to enact secondary law on the basis of competencies that arise under primary Community law. This occurs by applying a teleological interpretation enabling the EU [...] to so function notwithstanding the absence of any specific treaty authorization. One can scarcely fail to note here, that such a *modus operandi* represents a serious challenge to the sovereignty of the Member States”¹².

Perceiving this risk, the Constitutional Tribunal has held that: „Each international organization is a secondary subject whose functioning is dependent on the will of member states. The Member States of the European Union, therefore, retain the right to assess whether the organs managing the European Community are acting within the frameworks of the delegated competences and the principles of subsidiarity and proportionality. Regulations passed in the contravention of these frameworks are not covered by the principle of the primacy of Community law”¹³.

In this context another opinion occurring in legal literature could be quoted here “It appears that the future of national parliaments within the European Union entirely depends upon the future of the European Union itself. More Europeanization heading towards a federal European state [...] will mean less power for national parliaments. And vice versa: the emergence of stronger interests of Member States within European integration will increase the importance of national parliaments as European actors”¹⁴.

¹ Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts. Amtliche Sammlung vol. 89, p. 155.

² More about the subject cf. A. Oppenheimer (ed.) *The Relationship between Community Law and national Law: The Cases* Cambridge 1994, p. 630.

³ Cf. *A. E. de Noriega A Dissident Voice: The Spanish Constitutional Court Case Law on European Integration* European Public Law, vol. 5, z. 2, p. 297.

⁴ OTK ZU Nr 5/A/2005, pos. 49.

⁵ OTK ZU Nr 5/A/2005, pos. 49.

⁶ As done by the Spanish Constitutional Tribunal, cf. W. Czaplinski *Członkostwo w Unii Europejskiej a suwerenność państwa* in: E. Popławska (ed.) *Konstytucja...*, p. 133.

⁷ Policastro P. *Prawa podstawowe...*, p. 346.

⁸ OTK ZU Nr 11/A/2006, poz. 177.

⁹ OTK ZU Nr 5/A/2005, poz. 49.

¹⁰ Arnold R. *Perspektywy prawne powstania konstytucji europejskiej Państwo i Prawo* 7/2000, p. 36.

¹¹ Pernice Cf. *Europaisches und nationales Verfassungsrecht VVdStRL* z. 60 (2001), p. 171.

¹² Tkaczyński J. W., Potorski R., Willa R. *Unia Europejska. Wybrane aspekty ustrojowe*. Toruń 2007, p. 126–127.

¹³ OTK ZU Nr 5/A/2005, poz. 49.

¹⁴ Zalewska M., Gstrein O. J. *National Parliaments and their Role in European Integration: The EU's Democratic Deficit in Times of Economic Hardship and Political Insecurity*. Bruges Political Research Papers / Cahiers de recherche politique de Bruges No 28 / February 2013, p. 19.

Резюме

Богуслав Банашиак. Сучасні парламенти в Європі.

У статті розглядаються питання модифікації функцій національних парламентів в результаті сучасних інтеграційних процесів в ЄС, коли більша частина законодавчих повноважень покладена на Європейську комісію та інші виконавчі органи ЄС. Автор розглядає проблеми нагляду за відповідністю договорів ЄС національним законодавчим актам, аналізує можливості країн-членів ЄС в рамках захисту свого суверенітету, наводить приклади вирішення конфліктних ситуацій між законодавством ЄС та національними конституціями. Автор пропонує запровадити дієвий механізм контролю діяльності виконавчих органів ЄС національними парламентами та знайти розумний баланс між делегуванням повноважень та забезпеченням суверенітету в майбутньому.

Ключові слова: законодавчі повноваження, виконавчий орган, вирішення конфліктних ситуацій, право ЄС, нагляд за конституційністю, Європейський суд, розірвання угоди, конституційний суд, законопроект, механізм завчасного попередження конфліктів, делегування повноважень.

Резюме

Богуслав Банашиак. Современные парламенты в Европе.

В статье рассматриваются вопросы изменения функций национальных парламентов в результате современных интеграционных процессов в ЕС, когда большая часть законодательных полномочий возложена на Европейскую комиссию и другие исполнительные органы ЕС. Автор рассматривает проблемы надзора за соответствием договоров ЕС национальным законодательным актам, анализирует возможности стран-членов ЕС в рамках защиты своего суверенитета, приводит примеры решения конфликтных ситуаций между законодательством ЕС и национальными конституциями. Автор предлагает ввести действенный механизм контроля деятельности исполнительных органов ЕС национальными парламентами и найти разумный баланс между делегированием полномочий и обеспечением суверенитета в будущем.

Ключевые слова: законодательные полномочия, исполнительный орган, решение конфликтных ситуаций, право ЕС, надзор за конституционностью, Европейский суд, расторжение соглашения, конституционный суд, законопроект, механизм раннего предупреждения конфликтов, делегирования полномочий.

Summary

Boguslaw Banaszak. Contemporary parliaments in Europa.

The article presents the topic on modification of the EU national parliament's functions resulting from the integration processes in the European Union when the most part of legislative powers were moved to the European Commission and other EU executive bodies. The author considers the problems of controlling the conformity of EU treaties with national legislative acts, analyses the possibilities of EU member states to defend their sovereignty, and gives some examples of resolving the conflicts between Community law and national constitutions. The Author makes the proposals to implement efficient mechanism of controlling the activity of EU executive bodies by national parliaments and to find a reasonable balance between delegating the competences and ensuring the sovereignty in the future.

Key words: legislative powers, executive body, resolving conflicts, community law, supervision of constitutionality, European Court of Justice, denunciation of treaty, constitutional tribunal, legislative draft, early warning mechanism, delegating the competences.

ATTILA PÉTERFALVI

Attila Peterfalvi, Head of National department on data protection and freedom of information, Ombudsman of Hungarian parliament on data protection and freedom of information (1996–2008 Hungary), Doctor, Honorary Doctor of KUL of NASU

**TRANSPARENCY IN DEFENCE ADMINISTRATION
(PhD. Thesis)**

1. INTRODUCTION

The democratic transition of the 1990's opened a new chapter in Hungary's history. Comprehensive changes were introduced in society, politics and the country's economy, which had a significant impact on the institutional system's characteristics¹.

Public administration, in a system based on the rule of law and the separation of powers, is part of the executive branch, which operates as an independent power. Its specific tasks extend over all sectors of social and economic life. From an organisational point of view, it is composed by all state institutions exercising public authority².

The definition what is meant by "Defence administration" is contained in Government Regulation 290/2011 (XII. 22). In this introduction, it appears necessary to note that among the tasks listed in this definition, I focus on the examination of disaster management institutions. In the literature, police forces are also included in the larger definition of safety defence administrations, therefore, the term "defence administration" can also be used to designate them.

Defence administration, as part of the overall public administration, follow the principles of the social division of labour. From a functional point of view, they serve the various branches of public administration, while at the same time representing their own administrative tool and public management technique³. Though I chose to study the implementation of transparency in defence organisations, this task must also take data protection aspects into close account. The dual sides of information rights cannot be separated but can only be approached in relation to one another. Data protection and transparency are both deduced from the academic study of the fundamental human rights system.

The disclosure of data of public interest (freedom of information) has been a constitutional freedom, in, since 1989. Its function is to guarantee the right to control of the state power for citizens. "Information is vital. An adequate level of information is a condition for citizens' freedom, which it also improves"⁴.

In the course of the present dissertation, in order to reach the set goal, this interdependence has been treated with emphasis, so that this work's conclusions could always be attached to the implementation or the violation of human rights.

In a way, this thesis is an attempt of evaluating the level of transparency and data protection that has been achieved by defence administration organisations. I undertook to reach this goal by going through the following steps:

- Describing the main developments under defence administration organisations following the democratic transition, and their connection and place in the processing of public administration tasks;
- Analysing and shedding light on the legal situation of the development of data protection, data safety and transparency, while pointing out the specificities of defence administration;
- Based on the Fundamental Law and other legal provisions, analysing police and disaster management authorities' achievements in the field of information rights, including both potential negative and positive aspects, formulating proposals in the interest of ending putative negative practices;
- Analysing both the contents and functioning of the notion of safety, security policy, and information rights to find out common elements and relations that influence the practice of transparency, either in a reinforcing or in a weakening way;
- Analysing and demonstrating the system of administrative qualification and practice at different institutional levels, the transparency of their data processing operations, and the practical implementation of access to information of public interest;
- Investigating contradictions constituting obstacles to the implementation of the transparency principle;
- Devising proposals that can support the complex implementation of data protection, data safety and transparency in public safety organisation.

2. HYPOTHESIS, METHODOLOGY AND LIMITATIONS OF THE PRESENT STUDY

According to Section VI, paragraph 2 of 's Fundamental Law: "Every person shall have the right to the protection of his or her personal data, and to access and disseminate data of public interest." According to the National Avowal contained in the Fundamental Law: "[...] democracy is only possible where the State serves its citizens and administers their affairs in an equitable manner, without prejudice or abuse"

Based on the above, constitutional law requires of the general and overall functioning of a democratic state serving its citizens that it puts into practice, in the frame of its public tasks and duties, the principles of transparency and of integrity in public life. Public procedures and decision-making processes should take place in an unbiased and impartial way.

The fundamental right to access and dissemination of data of public interest, take place besides setting the conditions for the exercise of freedom of speech, actually also helps ensure the enforcement of the above. Based on the quotes from the Fundamental Law, and on the division of labour among public administrations, defence administration is in charge of public services. In the frame of these activities, data of public interest is being processed. The Fundamental Law, and other related legal norms, prescribe the public availability of such data.

Part of the data processed by institutions providing public services can be classified, either as a consequence of legal provisions, such as rules on national defence, national security and criminal investigations, or by authorized civil servants. Such a classification restricts access to data of public interest. The Law does not provide for discretionary classification. Yet, in my work as a public authority, I have come across some cases where data controllers attempted to oppose the disclosure of data of public interest, and neglect their public relations duties. Safety defence administration can easily find arguments that are accepted by a large share of the population to support such kind of behaviour: they argue that their goal is the protection of society, the repression of crimes the management of disasters. Yet even if these arguments can be found acceptable by the people, they are contrary to the duty of transparency, and can be an obstacle towards its implementation.

The above clearly shows the contradiction between information rights duties (both data protection and freedom of information), and the way transparency has been implemented by the organization of defence administration.

The following hypothesis was formulated in order to help achieve the goal set by this study:

According to my hypothesis, defence administrations fulfill peculiar duties among the public administration.

Many of their activities contain elements that have an impact on public interests from a social point of view, and generate data of public interest.

The responsibility to implement transparency lies on the head of the given organisation, who has general (commanding) powers over his subordinates' work.

At the same time, I formulate the opinion that there exists a danger for transparency to become its own goal, thereby creating obstacles towards legitimate requests for information of public interest. In the frame of this study, I will confirm or debunk presumptions that on the one hand deny the spread of transparency and data protection onto safety defence administrations, or on the other hand believe that those principles can only be implemented in a restricted manner. I also presume that transparency as a value has suffered from the spirit of legal developments following the 9/11 terrorist attacks, which strongly emphasized national and international political will towards stronger security over other priorities. There may thus be data protection and classification requirements obstacles towards the constitutional interest of transparency.

Through the study of the historical evolution of data protection, data security, and transparency, I debunk the opinions that deny the possibility to implement transparency requirements in the field of public safety, or assert that such an implementation can only be of limited scope.

Depending on conscious efforts by police and disaster management authorities to establish a balance between data protection and transparency, the thesis demonstrates that the possibility for these various authorities to follow legal requirements and allow wide-spread disclosure of information of public interest can be achieved in various shapes and depths, on a case by case basis.

Based on observations from the field of safety defence administration, the thesis shall attempt to prove the statement according to which it is possible to balance the right to classify specific documents with the principle of transparency, in a way that guarantees the enforcement of constitutional freedoms.

Assuming that sectorial, national, territorial and local authorities strive for maintaining of the unified legal requirements of data protection and transparency, the thesis analyses the characteristics of various institutions' work in this direction. Based on the conclusions of this analysis, the possibility will be demonstrated to put the contradiction between data protection and transparency into perspective.

In order to fulfill the goals set out for this study, the thesis strives to apply the methodology principles of scientific research, which can be summarized by the following list:

- General comparative chronological investigation;
- Situation analysis and commenting based on analysis and synthesis, together with the determination of conclusions and proposals;
- Study of relevant national and international scientific literature and legal norms;
- Use of partial research results for scientific publications and conferences;
- Next to using document analysis methods, I have strived systematically to underpin my research with scientific consultations and the use of interviews.

Rethinking the methodological aspects of this work proved to be necessary over the course of the research. This was due to the fact that background literature on defence administration, data protection and data transparency are not unified. However, references on data protection and freedom of information in defence administrations are incredibly limited. As a consequence, I have had to increase the importance of looking for and analysing practical experiences on the field, notably through interviews and relevant consultations.

Over the course of this course, I have come to the realisation that it is not desirable to extend the analysis over all public safety institutions. Indeed, the activities and documents of both civil and military defence organisations are, for the great majority of them, classified. This fact would have greatly reduced the diffusion of this dissertation, as its contents would have been available only to a restricted group.

3. THE PLACE, ROLE AND TASKS OF DEFENCE ADMINISTRATIONS

Public administrations form a subpart of the independent executive power. Its duties extend over all sectors of state, social and economic life. Such duties include the management of legally prescribed state activities, the publication of orders, the implementation, steering and supervision of public policies. All of these are done by public officials who benefit from a special legal status. Under the umbrella term of administrative tasks, one includes the preparation and drafting of legal norms, law enforcement, steering and supervision of public policies, as well as offering services to the public. Administrations, on the one hand, have regulatory duties regarding data protection and transparency, and on the other hand, they are bound by these same rules. This makes it clear that administrations, and public authorities, have duties to serve the public.

Defence administration, as part of the overall public administration, are also characterized by the elements listed above. They execute their missions directly under State supervision. Their mandate supersedes those of regular public administrations: they have special powers to ensure their ability to achieve their social goal. In the interest of the rule of law, their activities are coordinated by special laws that supports the optimal social mission. This means that defence administration is accountable to the citizens for their professional activities, and must allow them to exercise supervision. Their work is to maintain order and security for the benefit of society. For individual citizens, this can create a subjective feeling of stability. While defence administrations is part of the general public administration system, their duties are divergent and particular, as the social division of labour entrusts them with the maintenance of a subjective feeling of safety across the population.

Defence administration operates under supervision. They represent a branch of the overall public administration, in charge of enforcing public order, protecting populations and risk prevention. These administrations work in close multilateral cooperation. The general activities of defence administrations (that is to say legislation, law enforcement and the realisation of projects of social interest) coincides with the main characteristics of the overall public administration. The divergences are induced by the special nature of these administrations' duties.

The role and place of police and disaster management institutions has changed in the years following democratic transition. The legislator has modified fundamental rights' contents and proclaimed new tasks in phase with the rule of law's requirements. In order to fulfill their duties in a more efficient way, both institutions have undergone profound changes. For instance, merging the Border Guards with the National Police increased available headcount, and created a new institutional with a bigger organisational background.

Disaster management used to be performed by various independent institutions that are now operating as one united organisation, thereby providing a higher level of efficiency in their security protection duties.

Both organisations remain structured around the principle of regional deconcentration. There are three levels: national, county-level and local. Between them exists a formalised cooperation agreement for the purposes of disaster prevention, damage reparation, and protection of people's lives and properties. These duties remain the same whether in times of peace or under states of emergency.

According to the Law, and especially to the 2011 Privacy Act⁵, data protection and freedom of information rules are applicable to the subjects of this study. There are also special directives addressed to both institutions that specify the way in which data protection and freedom of information are to be implemented⁶.

From a managerial point of view, data protection was integrated into the organisational chart by the appointment of internal data protection officers. Their efforts can be felt in the conformity to the law of data processing operations. Transparency also applies, and is materialised mainly by formal-informal information exchanges and structural public relations. Transparency is shown in various levels across the country, depending on the local and organisational context.

4. DATA PROTECTION, DATA SECURITY, FREEDOM OF INFORMATION AND TRANSPARENCY IN OUR DAYS

The analysis of the relation between both sides of information rights (data protection and freedom of information) lies at the core of a continuous debate among the theme's specialists. As the debate's main substantial element, we can easily unearth that the actual underlying question is on „which one is the most important“. At the same time, this dissertation reflects on how far personal data protection should reach, on whether it is possible to put limits on the right to access information, on what is the aim of openness, and on what the relations are between classification and transparency. Among the dilemmas: how to define personal data, data of public interest, data public on grounds of public interest and transparency, are ever present questions. Considering this dissertation's topic, I would like to present my opinion on the relational system binding data protection, openness and transparency together.

András Jóri precisely expressed one of data protection's main issues: according to him, data protection and data openness are two sides of the same scientific and practical link⁷. He further develops the fact that both concepts express the interests of citizens, and that in optimal cases, they balance one another. Yet this relation is far from obvious for most public authority agents. In the frame of their official duties, data protection usually serves as a limiting factor for transparency.

This remains true to this day. Incorrect practices still represent an obstacle for transparency.

László Majtényi widely analyses the different data types, their relation to one another, and their use in the field of data protection. One of his important conclusions is that the protection of privacy is what matters for data protection, as it provides citizens with protection in the context of a democratic information society⁸. The aim is to provide comprehensive protection of citizens' data. But the right to protection must not impede, or be an obstacle, to the legitimate interests of transparency.

Both statements bring attention to the fact that data protection cannot be without limits. Its excessive implementation would indeed go against the principle of transparency.

"From the point of view of constitutional law, transparency is inferred by the constitutional principles of democracy and popular sovereignty. Its implementation allows the existence of two other fundamental rights: freedom of opinion and information freedom"⁹. Openness and its corollary, transparency, represent checks and balances in favour of democracy, but also a challenge. The realisation of democracy requires State institutions to perform administrative duties, which leads to the production of data of public interest and data public on grounds of public interest. Their publication and accessibility guarantee the rule of law. Retention of information of public interest imposes restrictions on people's constitutional rights. Therefore, it constitutes an infringement to the Fundamental Law. State administrations, local governments, and safety defence administrations all perform public duties, so information on their basic activities is of public interest and must be made available. In a nutshell, data protection is about the protection of citizens; and freedom of information, being about the State's transparency, includes the right to legally access data of public interest.

Transparency also means, therefore, that each person has the right to be informed about what personal data that he is the subject of are being held by State organs or other institutions. This legal requirement represents a guarantee from the citizen's point of view.

Freedom of information, on the other hand, is set to safeguard public authorities' transparency. From this point of view, transparency requires that controllers of data of public interest and data public on grounds of public interest must open up to wider society. This is the basic requirement for State and public administration accountability. Access to knowledge promotes critical thinking and creativity and the formulation of opinions. Openness and transparency can be observed in the State's supervision. The legality of the State's functioning can be thus controlled through a data protection approach, but transparency allows citizens to access information of public interest without having to prove individual concern. This creates the conditions for general supervision by citizens.

The European Union has been tackling data protection and freedom of information issues with ever increasing intensity. The European Parliament and the Council approved a Directive on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data. This Directive's rules have been transposed into national laws, including Hungarian law, through the mechanism of legal harmonization.

Globalisation's challenges, together with divergences in national legislations, make it necessary to improve harmonization, unify enforcement strategies, and shape common rules on sanctions. Yet the data protection reform package's fate appears uncertain. And there is a complete lack of European Union-level harmonization in the fields of transparency and freedom of information. Applicable Hungarian rules take the European requirements into account. The Privacy Act goes even beyond what was required by European Union provisions, and also constitutes an improvement on its predecessor, the Data Protection Act.

Council of Europe legislation also had an impact on the genesis of both data protection and transparency. As a European Union Member State, Hungary's main source of inspiration for data protection was the Data Protection Directive, but the Council of Europe's conventions played an important role in the field of freedom of information. These have significantly influenced Member States' legislation and law enforcement practices towards unified interpretations, though full harmonization on data protection has yet to be achieved.

The first Hungarian legislation on data protection and freedom of information preceded EU codification by three years, so later implementation of European norms had to be done through amendments. The constitutional amendment adopted at the time of the democratic transition elevated personal data protection to fundamental right status. The Constitutional Court formed a legal opinion on data protection that is still in force as of today. It proclaimed the existence of informational self-determination, emphasized the importance of purpose limitation, and sketched the shape of widening access to data of public interest.

With the creation of the Data Protection Commissioner's Office, data protection and freedom of information were granted institutional safeguards. At the time, the concentration of both informational rights competences in the hands of one public authority was a unique situation in the world.

The new Privacy Act entered into force at the same time as the Fundamental Law. This Act takes over the relevant provisions from the former Data Protection Act, including those on the access to information of public interest. It creates safeguards against the possibility for privacy protection becoming its own goal and thereby proving a hindrance to transparency's legitimate interests. This Act also created the National Authority for Data Protection and Freedom of Information (NAIH in Hungarian), which took the place of the Data Protection Commissioner as an independent, autonomous administrative authority. The NAIH's attributions significantly exceed the former institution's ones. For instance, it was granted real administrative competences along with the possibility to impose financial penalties. With its extended procedural competences, it can directly influence national data protection practices, which goes hand in hand with freedom of information.

The new system of rules and data protection authority have been declared conform to the European law by control authorities and workgroups. International trends tend towards the combination of data protection with free-

dom of information, supervised by one single authority. This guarantees an optimal relation between both rights in their implementation in economic, social and State life. Transparency's success is guaranteed by freedom of information and openness. They allow people to gain knowledge on the State and administrative activities. By getting this relevant information, they can take part in the political process.

Over the course of this dissertation, many interviews were made, mostly on the local level of safety defence administrations. They shed light on the fact that transparency's desired success was still short of what is expected to ensure an adequately high level of control by citizens over the State's administrative activities.

THE CORRELATION BETWEEN SECURITY, PUBLIC SECURITY, DATA PROTECTION AND TRANSPARENCY TODAY

Security means lack of threat and fear or rather the ability of protection against these menaces. Its impact comes into effect on different levels, such as individual, collective, national and international level. Different areas of security have an impact on each other, too. Security influences the effectivity of human rights protection and of liberties, including the citizens' right to control the functioning of the state and to the transparency.

9/11 led to significant changes in many countries' security policies. This statement also states for the European Union. The changes focus on wider range of information exchange, on free access to information sources by the member states and on finding the dangerous persons. These changes effect liberty rights negatively, however this could be moderated through finding the optimal balance between security-liberty and data protection-transparency.

THE CONDITIONS AND FULFILLMENT OF DATA PROTECTION, PUBLICITY OF DATA AND TRANSPARENCY AT THE ORGANS OF THE DEFENSE ORGANIZATION

During my researches of the relevant topic I have examined the experiences of recent danger – and disaster situations. From the perspective of data protection and freedom of information the thesis asserts and proves that transparency or lack of transparency fundamentally effects the outcome of potential dangers. It positively or negatively influences the life of people and the natural and material environment, too. Without the knowledge of the relevant information the defence forces are not able to perform their basic tasks which is also the guarantee for the transparency of their functioning.

Through examining the transparency of the police and disaster management forces the thesis also asserts and proves that the regulation – from the national to the local levels – comply with the provisions of the Privacy Act (Infotörvény).

Both forces have special features which need special regulation. The different levelled regulations constitute coherent unity. In the case of the police and disaster management data protection and freedom of information (transparency) have an enormous importance. External and internal transparency shall be distincted.

Upon the experiences gathered on different levels my conclusion is that providing information could be organised as a planned activity. The essential content of the information could be defined in advance so transparency as a requirement could be maintained at the end.

In the „time of peace” to serve transparency the internal regulations are to be followed. The organs of the disaster management use different methods using the press and using personal relationships to feed the society's needs for reliable information.

During the interviews made on different levels I was facing several problems which seem to exceed the competency of the relevant head of the police or of the disaster management forces. The remedy to some of these problems might be the modification of the sectoral regulation. But some problems need to be solved through changes of the legal provisions. Upon my opinion summarising of the tension indicating tasks under the competency of the high level decision-makers is more than necessary. The harmonized proposals of the relevant organs of the security management should be brought to the decision makers, to those who are responsible for the drafting of legislation.

CONCLUSION

The analyses of the nature of conflict between data protection and freedom of information is one of the main aim of this present thesis, emphasised in every, and each period of the examination. It has been proved from many aspects that the conflict indicated is of a real nature by the defence forces. Its effect can be followed during the fulfilment of the tasks and by the relationship with the citizens.

The thesis shows the characteristics of the defence management in comparison with other sectors of the public administration. It asserts that the dichotomy formulated in the main objective cannot be interpreted mechanically. The actors of the defence management often tend to favour data protection to the guarantees of transparency. Searching the roots of casualty it seems that the main reason is the special role and activity of the actors within the system of public administration. The tasks are mostly closely related to the persons and are occasionally accompanied with special data processing's.

My experience during the researches was that in the reality it is often hard to define which data is of public interest. The qualification of the documents – following the rules in force concerning the qualified data processing – makes the situation even more difficult. The consequence is that that informing of the public or prevailing transparency fall behind. This rather objective factor – with a legal background with easy reference – can be found at both forces. Moreover, some organs' staff members make a one-sided preference of data protection to the obligation of informing the public. The experiences of the on-the-spot interviews prove that heads of the organs on different

levels consciously make efforts to inform the local and national public and also to create and maintain the institutional conditions of transparency.

The legal framework and the determined requirements and traditions of the senior staff guarantee the reassuring solution of the conflict between data protection and transparency.

The thesis proves (see Framework of the research, Chapter II/3.) the reason to concentrate on the organs of the police and of the disaster management. It also proves that the relationship between public administration and defence administration is not a subordinated one due to the principle of the division of tasks within the society. Each organisation has special powers and neither is replaceable.

The thesis also proves that the organisations fulfill their tasks in compliance with the provisions of the Basic Law as well as of other Acts. Public duties generate data of public interest which are processed by the appropriate administrative staff and assisted by data protection officers. The personal staff is regularly trained and well prepared to process data of public interest.

On the other hand I met with practical difficulties concerning the interpretation of data of public interest.

In the period of research I orientated myself at the central, territorial and local organs of disaster administration. I was confirmed that they are occupied with the interpretation of data protection and transparency but with different results according to the different levels and different powers. My experience was that the members of the professional staff (including the governmental officials) fully fulfill their obligations as defined in the regulations but providing information in single cases – which should be a vital part of transparency – meets numerous obstacles. These originate mostly in the interpretation problems of data protection-freedom of information and in the exaggeration of decision competencies. The problems are less typical on higher levels, transparency is well founded at national organs.

The thesis proves through concrete examinations that defence administration is based upon public interest thus produces and processes public data. The qualification of the data storage management is regulated, carried out by the administration and assisted by a DPO. Processing of personal-public and data-public-on grounds of public interest are subject of internal regulations at each organs.

The thesis proves my original presumption that the danger of primacy of data protection versus transparency and publicity may appear.

The thesis only partly proves my original presumption that the conflict of data protection-transparency derives from conceptional concerns which really exist but serve only as one reason for the subordination of transparency to data protection interests.

The thesis has confirmed the opinion of László Majtényi stating that efforts made for the sake of protection of data might cause subordination of publicity of data. The reasons are the following: overregulation, certain circumstances of data qualification at the defence administration and the negative effect of emphasising secrecy's protection. However, the examinations have proved that the constitutional interests have been prevailed in relation to transparency and publicity.

The thesis asserts that the different methods serving this purpose have been developed on different levels of defence administration and function well in the daily practice. Some of these derive from formal, legally fixed obligations, some of these are built on local relations and traditions.

Summary: based upon the pre-examinations and on the explored facts the thesis asserts that the conflict of transparency-data protection at the defence administration is real. The conflict's effect differs vertically and also appears in different dimensions in relation to the police and to the disaster management.

The factors working against transparency and publicity refer to real problems but there is a conscious effort to comply with the requirements of transparency.

These features jointly prove that the concrete results of my research work reflects the real situation. The examined organs' leadership and members, the information found in documents, the content of the legal regulations and the interviews unambiguously prove the prevailing of transparency.

1. The research concentrates on the topic of transparency as well as on the correlation between data protection and freedom of information in relation to the organisation of the disaster management and of the police within the defence administration system. The relevant scientific literature convinced me that although the new Privacy Act has been already analysed from several aspects in the form of scientific studies, essays etc. my thesis offers a new perspective of the given correlation.

Speaking of the system of defence administration my analyses is the first in the line which focuses on the points of conflict in relation to institutional conditions of data protection-transparency. The thesis discovers the positive and negative procedures generally. One of the most important problem is the interpretation of personal data-data of public interest- data made public on grounds of public interest. A harmonised legal practice and the elimination or minimisation of the subjective element would be essential in order to guarantee the citizens' rights of free opinion and of public control.

2. In the early stage of the research my perspective focused on external views – societal groups, local communities, single citizens. Later – in particular as a result of the analyses and consultations on disaster or near-disaster situations – I was confirmed that transparency within the defence administration is as important as transparency requirements directed towards the defence administration. The distinction of an „external” and „internal” transparency for data protection and transparency experts is still an open question.

3. Data of public interest processed during defence administration activities shall be made public according to the law. Administrative qualification of these data is strictly regulated. Although the publicity of these data is an

interest of the society, it could be in conflict with individual interests. The solution of this conflict might be problematic in the practice. The single discretion power shall be limited and it is highly recommended to set up a unified legal practice with the cooperation of the National Authority for Data Protection and Freedom of Information.

4. The research work used modern scientific methodologies but the examination of the correlations needed complex methods. It means that the analyses of the institutional and activity problems had to draw on theoretical and practical comparisons. Thus the thesis can prove that data protection, data security on the one side and freedom of information, transparency on the other side often have a counter effect on each other. Maximisation of security negatively affects transparency, as well.

5. The system of regulation in relation to defence administration, data protection and freedom of information is partly independent, partly corresponding. It comprises a whole spectrum from the Basic Law to Acts, governmental and ministerial decrees to strategic and specific „internal” rules. Examining some of these rules I concluded that we cannot speak about a coherent system as it can be described as fragmented, professions- and sectoral- or national competency based.

The complex defence administration, data protection and transparency function as legally based systems. The differences do not have an essential effect on the functioning. However, the deficiencies in relation to the regulation shall be solved through the legal interpretation or through the modification of the legal provisions.

6. The examination of the chosen topic led me to the recognition that the terminology of data protection, data security, publicity and transparency has become too difficult, too sophisticated.

The publications and statements are clear for the experts but remain unclear for those who are expected to fulfill the requirements. Although the basic principle is easy to understand: personal and qualified data shall be protected, data of public interest shall be disseminated. It is most recommended to interpret data protection and freedom of information issues in the most simple and clear way.

7. The research confirmed me that the institutional system is operable so it is not necessary to carry out a complete supervision or to set up a new system. The effectivity of the present system could be optimised by introducing a unified legal interpretation and by the minimisation of the role of the subjective elements.

8. The publicity of the public information and transparency are serving the interests of the society. The problem is that the responsible decision makers processing public information often find themselves under the pressure of necessity – just as explained in the thesis. The solution of this conflict falls out of the competency of the defence forces. It is highly advisable to pass in a proposal of modification of the relevant Act to the Parliament with reference to the annual report of the Hungarian DPA.

9. To increase the transparency of the defence forces it is important to use the direct possibility of consultation with the experts of the Hungarian DPA during the investigation or at the DPO’s annual conference.

Proposals for the use of the new scientific results

The content of the thesis could be used:

- by the experts of the police and the disaster management forces. It could be interpreted as an analysis of the present situation;
- in the NAIH’s procedures as a complex evaluation of the methods of the investigation;
- by publications, studies;
- in the curriculum of the National University of Public Service (in particular the analysed examples and consequences of the thesis).

¹ *András Torma*. Információ jelentősége a (köz)igazgatásban. Page 5 of the bevezetés, Virtuóz Kiadó, 2002, Budapest.

² *Albert Takács*. A Hatalommegosztás elve az alkotmányos érkek rendszerében, A tanulmány a Budapesti Corvinus Egyetem.

³ *Hadtudományi Lexikon II.* volume, page 1108. Magyar Hadtudományi Társaság, 1995. Budapest.

⁴ *László Súlyom*. Adatvédelem és személyiségi jog. Másodközlés: Tízéves az Adatvédelmi Biztos Irodája kiadványa, p. 13.

⁵ Act CXII of 2011 on Informational Self-Determination and Freedom of Information ("Privacy Act").

⁶ In the case of disaster management organisations: Ministry of Interior Order nr. 109/2011 on Data Protection and Data Safety Rules In the case of the police: National Police Order nr. 23/2013 (V. 17.) on Internal Data Protection and Data Safety Rules.

⁷ *András Jóri*. A nyilvánosság határai: a személyes adat, a közérdekű adat és a közérdekből nyilvános adat fogalma az Adatvédelmi biztos és az alkotmánybíróság gyakorlatában, Tízéves az Adatvédelmi Biztos Irodája, published by the Data Protection Commissioner's Office, p. 109-110, 2006, Budapest.

⁸ *László Majtényi*. Közérdekű adat – személyes adat – nyilvános adat – titok, Tízéves az Adatvédelmi Biztos Irodája, published by the Data Protection Commissioner's Office, p. 163 to 166, 2006, Budapest.

⁹ *Gyöngyi Balogh*. Nyilvánosság, tájékoztatás, jogérvényesülés, Az információk jogok kihívásai a XXI. században, published by the Data Protection Commissioner's Office, p. 163–166, 2006, Budapest.

Резюме

Амтіла Петерфалві. Прозорість в оборонній адміністрації.

У статті розглядаються питання забезпечення прозорості та свободи інформації в оборонній адміністрації, що часто спричинює певні конфлікти з вимогами захисту даних протягом виконання завдань та спілкування з громадянами. Автор розглядає проблеми превалювання інтересів захисту даних в поліції та відомствах з надзвичайних ситуацій, що діють в рамках системи оборонної адміністрації, покращення діяльності Національного департаменту з захисту даних та свободи інформації

в забезпеченні уніфікованої юридичної практики, розробки необхідних законодавчих актів та директив Європарламенту та Ради Європи для уніфікації стратегій забезпечення правопорядку, гармонізації законодавства країн-членів ЄС в цій сфері та розробки відповідних рекомендацій провідним спеціалістам.

Ключові слова: Національний департамент з захисту даних та свободи інформації, відомства з надзвичайних ситуацій, забезпечення правопорядку, дані, що становлять інтерес для суспільства, оприлюднення даних, розробка законодавчих актів, зобов'язання прозорості, громадський нагляд, захист приватного життя особи, законодавчі рамки.

Резюме

Аттіла Петерфалві. Прозрачность в оборонной администрации.

В статье рассматриваются вопросы обеспечения прозрачности и свободы информации в оборонной администрации, что часто вызывает определенные конфликты с требованиями защиты данных в течение выполнения задач и общения с гражданами. Автор рассматривает проблемы превалирования интересов защиты данных в полиции и ведомствах по чрезвычайным ситуациям, которые действуют в рамках системы военной администрации, улучшения деятельности Национального департамента по защите данных и свободы информации в обеспечении унифицированной юридической практики, разработки необходимых законодательных актов и директив Европарламента и Совета Европы для унификации стратегий обеспечения правопорядка, гармонизации законодательства стран-членов ЕС в этой сфере и разработки соответствующих рекомендаций ведущим специалистам.

Ключевые слова: Национальный департамент по защите данных и свободы информации; ведомства по чрезвычайным ситуациям; обеспечение правопорядка; данные, представляющие интерес для общества; обнародование данных; разработка законодательных актов; обязательства прозрачности; общественный надзор; защита частной жизни лица, законодательные рамки.

Summary

Attila Péterfalvi. Transparency in defence administration (PhD. Thesis)

The article presents the topic on ensuring transparency and freedom of information in defence administration what often causes some conflicts with the requirements of data protection during fulfilment of the tasks and by relationship with the citizens. The author considers the problems of prevailing interests for data protection in police and disaster management authorities within the defence administration system, improving the activity of National authority for data protection and freedom of information in providing unified legal practice, drafting necessary legislative acts and directives of European Parliament and the Council for unifying law enforcement strategies, harmonizing legislation of EU member countries in this field and elaborating proper requirements to the senior staff.

Key words: National authority for data protection and freedom of information, disaster management authorities, law enforcement, data of public interest, disclosure of data, drafting legislative acts, duty of transparency, public supervision, protection of privacy, legal framework

УДК 340.1

А. О. ЛАЗОРСЬКИЙ

Артем Олегович Лазорський, студент Інституту післядипломної освіти Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ГРОМАДЯНСЬКЕ СУСПІЛЬСТВО І ДЕРЖАВА: ВЗАЄМОЗВ'ЯЗОК ТА ВЗАЄМОДІЯ

Процес становлення України як сучасної демократичної і правової держави поєднує в собі фундаментальні зміни в житті українського суспільства, починаючи з процесу переосмислення основоположних цінностей і пріоритетів суспільних трансформацій, що лежать в основі її розвитку як самостійної і незалежної держави, що прагне посісти гідне місце у світі, і закінчуючи питаннями нормативного регулювання діяльності як інститутів державної влади, так й інститутів громадянського суспільства.

Категорія «громадянське суспільство» – одна з наймолодших у вітчизняному суспільствознавстві, в політології зокрема. І це, незважаючи на те, що світова суспільна думка давно і досить докладно досліджувала цю проблему. У політичних вченнях, що належали Аристотелю, Цицерону, Монтеск'є, Макіавеллі, Локку, Гоббсу, Канту, Гегелю, Марксу, Бакуніну, В. Соловйову, дана категорія або детально аналізувалася, або згадувалася, головним чином, у співвідношенні «громадянське суспільство – держава». Наукові погляди вчених щодо розуміння громадянського суспільства зводились до думки, що воно є категорією самостійною, є тим, що знаходиться поза полем залежності від держави.

Виходячи з того, що громадянське суспільство є, насамперед, однією з форм об'єднання людей, необхідно звернутися до історії становлення людських спільнот. На зорі людства виникали прості, нечисленні, малостійкі об'єднання людей для спільного добування їжі, будівництва житла, захисту від ворогів, тварин і негоди¹.

Вагомий внесок у дослідження різних аспектів розуміння громадянського суспільства зробили такі відомі вчені, як: Ю. Хабермас, М. Кундера, Н. Дзельський, Я. Куронь, Л. Колаковський, М. Вайда, Т. Шацький, К. Кальтенбруннер, С. Клюксен, Р. Шельскі. Дослідженням стану формування громадянського суспільства займалися такі вчені-теоретики, як: А. Карась, А. Колодій, Н. Новиков, А. Олійник, В. Прімуш, А. Скрипнюк, Р. Щедрова, А. Тарань, С. Полохало, С. Рябов, В. Сидоренко, В. Ткаченко, М. Томенко тощо.

У політичному механізмі модернізації важливу роль відіграє співвідношення держави та інститутів громадянського суспільства. Ці питання активно досліджуються українськими вченими. Значний інтерес, зокрема, становлять монографії та колективні наукові розвідки В. Баркова, С. Бобровик, О. Богинича, В. Горбатенка, Т. Довгунь, А. Колодія, Н. Оніщенко, М. Патеї-Братасюк, Ф. Рудича, М. Рябчука та М. Денисюка.

Метою даної статті є аналіз різних аспектів взаємодії права, держави і громадянського суспільства, адже громадянське суспільство – це певний механізм неформального соціального партнерства, який забезпечує підтримання балансу існуючих інтересів у суспільстві та їх реалізацію.

Проблеми становлення та функціонування правової держави і громадянського суспільства визнані в сучасних умовах фундаментальними та значимими. Зародження й подальший розвиток правової держави відбувається в умовах розвитку громадянського суспільства. Взаємовідносини правової держави і громадянського суспільства є визначальним чинником успішного розвитку держави і суспільства, неодмінною умовою забезпечення основоположних прав та свобод людини і громадянина.

У сучасній правовій науці сформувалися три підходи до співвідношення громадянського суспільства та держави:

1. Держава і громадянське суспільство – схожі (конвергентні) соціальні системи.
2. Держава і громадянське суспільство – соціальні системи, що розрізняються (дивергентні), первинною та провідною є держава, яка контролює громадянське суспільство.
3. Держава і громадянське суспільство – системи, що розрізняються, однак провідним є громадянське суспільство, а держава щодо нього виконує службову (підпорядковану) роль.

Найбільш конструктивною вбачається третя модель, яка забезпечує реалізацію стратегічного завдання громадянського суспільства – когерентність індивіда із соціумом, його звільнення від політико-регламентуючого контролю, соціально-обмежуючих перешкод і заборон².

Сучасна вітчизняна наука визначає громадянське суспільство як «суспільство з розвиненими економічними, політичними, духовними та іншими відносинами і зв'язками, яке взаємодіє з державою та функціонує на основі демократії і права. Побудова громадянського суспільства є метою суспільного розвитку, засобом всебічного забезпечення інтересів прав і свобод людини і громадянина».

Становлення і розвиток громадянського суспільства та правової держави має історичний характер, а їх функціонування зумовлене життєвими інтересами і потребами як суспільства в цілому, так і окремих соціальних груп. Не можна не погодитися з тим, що громадянське суспільство існує лише там і тоді, де і коли економічно та політично вільні індивіди беруть участь у державній діяльності, забезпечують свої інтереси шляхом самореалізації³.

У проєкті Конституції України в редакції від 1 липня 1992 р. третій розділ називався «Громадянське суспільство і держава» і містив наступні глави: «Загальні положення», «Власність», «Підприємництво», «Екологічна безпека», «Сім'я», «Освіта, наука і культура», «Громадські об'єднання», «Свобода інформації». Але до тексту чинної Конституції України 1996 р. категорія «громадянське суспільство» не була включена, хоча багато положень цього розділу знайшло втілення насамперед у її першому та другому розділах. Зокрема, у ст. 64 проєкту Конституції від 1 липня 1992 р. встановлювалося досить демократичне положення: «Держава підпорядковується громадянському суспільству і спрямовує свою діяльність на забезпечення рівних можливостей для всіх, як основи соціальної справедливості», в частині третій ст. 66 закріплювалося: «Держава підтримує соціальну функцію власності». Ця ідея знайшла втілення в частині третій ст. 13 Конституції України 1996 р. в положенні про те, що «власність не повинна використовуватися на шкоду людині і суспільству»⁴.

На сьогодні для науки і практики державотворення залишається досить актуальною проблематика громадянського суспільства. Це пов'язано з тим, що Українська держава і суспільство перебувають на етапі трансформаційних змін. При цьому формування громадянського суспільства відбувається паралельно із становленням правової державності. Незважаючи на те, що для їх усталеного розвитку створені належні конституційно-правові засади, обидва ці процеси йдуть складно. Хоча в Конституції і є деякі спірні положення, вона є ґрунтовною основою становлення дієздатного громадянського суспільства та правової державності.

В Україні відсутній чіткий механізм конституційно-правового регулювання діяльності як недержавних суб'єктів громадянського суспільства, так і їх взаємодії з органами державної влади, а саме: законодавчо визначеної чіткої та послідовної характеристики суб'єктного складу та інститутів громадянського суспільства; ефективної системи регулювання конституційно-правових відносин інститутів громадянського суспільства і державного апарату; стабільних та чітких юридичних інструментів і процедур взаємодії інститутів громадянського суспільства та держави, які забезпечують баланс їх інтересів⁵.

Громадянське суспільство і держава взаємно доповнюють один одного та залежать одне від одного. Без зрілого громадянського суспільства не представляється можливим побудова правової демократичної держави, оскільки саме свідомі вільні громадяни здатні створити найбільш раціональні форми людського співжиття.

Система громадянського суспільства постійно відчуває тиск з боку держави. В умовах тоталітарних режимів відбувається етатизація (одержавлення) суспільства, фактичне знищення або крайнє звуження незалежності суспільного життя від держави. При демократичному режимі держава і громадянське суспільство виступають як рівноправні партнери. Вирішення суспільних проблем здійснюється шляхом компромісу між державою та суспільством. Дійсно демократичний політичний режим можливий тільки там, де є належним чином розвинене громадянське суспільство.

На початкових етапах становлення незалежної України формування громадянського суспільства було необхідною умовою переходу до ринкових відносин і правової державності. Політичні реформи, приватизація, роздержавлення, плюралізація всіх сторін суспільного життя, розвиненість системи суспільних інститутів, ринкові відносини – саме ці фактори розширюють межі формування громадянського суспільства.

У розвинених країнах Заходу склався та функціонує механізм взаємодії громадянського суспільства і правової держави, який передбачає:

- здійснення принципу поділу влади на законодавчу, виконавчу та судову;
- створення системи взаємодії через партії, вибори та представницькі органи влади;
- функціональне представництво – тобто розвиток каналів зв'язку між державою і суспільством у вигляді різного роду консультативних комітетів та комісій при державних структурах, у яких беруть участь представники груп і об'єднань за інтересами.

Такий механізм склався в результаті тривалої еволюції держави і громадянського суспільства.

У демократичних країнах громадянське суспільство виступає в ролі партнера держави у вирішенні соціальних і суспільних проблем. Держава бере на себе зобов'язання створити сприятливі правові умови для діяльності організацій громадянського суспільства, забезпечує значну частину фінансування їх діяльності (наприклад, у країнах Євросоюзу 40–60 % загального доходу організацій громадянського суспільства становить державне фінансування) та залучає до надання соціальних послуг (у Німеччині 60 % гарантованих державою соціальних послуг надаються неурядовими організаціями).

Поряд з цим, і громадянське суспільство, і держава функціонують для задоволення потреб та інтересів людини. Громадянським суспільством можна назвати таке суспільство, в якому головною діючою особою є громадянин як автономна особа, наділена наступними рисами:

- суб'єкт, який усвідомлює себе вільним членом суспільства (вільним економічно – має право вибору форм і видів трудової діяльності, у тому числі підприємницької; вільним ідеологічно та політично);
- суб'єкт, який наділений правами і свободами, у тому числі правом приватної власності («суб'єкт-власник»);
- суб'єкт, який усвідомлює відповідальність перед суспільством;
- суб'єкт, захищений законом від прямого втручання в особисте життя і довільних обмежень з боку держави.

У свою чергу структурні складові громадянського суспільства беруть на себе виконання таких функцій як:

- 1) надання соціальних послуг і турбота про громадян з особливими потребами (інваліди, люди похилого віку, багатодітні та малозабезпечені сім'ї);
- 2) виконання спільних із державою проєктів щодо вирішення актуальних суспільних та гуманітарних проблем (безпритульність, бездомність, СНІД, наркоманія, здоровий спосіб життя тощо);
- 3) залучення різних суспільних груп до формування державних і місцевих рішень;
- 4) моніторинг діяльності органів влади та політиків, недопущення неефективного державного управління і корупції тощо.

Для успішного функціонування політичної системи з усіх можливих варіантів взаємозв'язку держави і громадянського суспільства перевагу слід надати поєднанню сильної держави і громадянського суспільства, що ефективно функціонує, врівноважує і доповнює. Передчасне згортання функцій держави, штучне їх скасування або нездатність здійснювати ці функції є свідченням слабкості держави. А занадто велика свобода дій та непідконтрольність суспільству – свідчення слабкості суспільства.

Для України побудова та подальший розвиток громадянського суспільства, що засвідчує і детермінує глибину та темпи процесу демократизації вітчизняного суспільного буття, залишається на сьогодні першочерговою проблемою, яка потребує негайного вирішення.

Взаємодія держави з громадянським суспільством на основі партнерства необхідна для розвитку України як правової, демократичної і соціальної держави. Соціально-політичний прогрес, демократичний розвиток та економічний підйом неможливо реалізувати без активної участі з боку суспільства.

На шляху формування громадянського суспільства в Україні стоїть цілий ряд проблем, серед яких: низька активність громадян, відсутність налагодженої схеми взаємодії між державою, громадськими організаціями та бізнесом, різного роду соціальні проблеми.

З часу прийняття Конституції України 1996 року в процесі формування вітчизняного громадянського суспільства досягнуто помітного прогресу, що підтверджується комплексом кількісних та якісних показників, оцінками українських та закордонних громадських експертів. Так, за даними Єдиного державного реєстру установ та організацій України, на початку 2013 р. було зареєстровано 74500 громадських організацій, 28852 профспілок та їх об'єднань, 14055 благодійних організацій, 15018 об'єднань співвласників багатоквартирних будинків та 1426 органів самоорганізації населення⁶.

Причому, слід відзначити тенденцію до постійного зростання їх кількості та охоплення своєю діяльністю всіх сфер суспільного буття. За оцінкою дослідження «Nations in Transit», проведеного міжнародною неурядовою організацією «Freedom House», у 2012 р., як і у попередні роки, серед основних показників демократичного розвитку України найкращим залишається напрям «Громадянське суспільство» – 2,75 бали (за 6-тибальною шкалою, де: 6 – найгірший результат; 1 – найкращий)⁷. Агентство США з міжнародного розвитку (USAID) оцінило Індекс сталості неурядових організацій в Україні у 3,5 бали (за 7ми-бальною шкалою, де: 1 – найвищий показник, 7 – найнижчий), як таких, що знаходяться у «верхній половині розбудови сталості»⁸.

Здійснені важливі кроки з реалізації державної політики сприяння розвитку громадянського суспільства. У 2010 р. Законом України «Про засади внутрішньої і зовнішньої політики» закріплено стратегічні пріоритети цієї політики. У 2012 р. утворено Координаційну раду з питань розвитку громадянського суспільства, затверджено Стратегію державної політики сприяння розвитку громадянського суспільства в Україні та План першочергових заходів щодо її реалізації. Активізація даного напрямку державної політики сприяла якісному поліпшенню нормативно-правової бази громадянського суспільства та наближенню її до відповідних європейських стандартів. Був, нарешті, ухвалений новий базовий Закон України «Про громадські об'єднання», кілька інших важливих для сприяння розвитку громадянського суспільства нормативно-правових актів: закони України «Про соціальний діалог в Україні», «Про доступ до публічної інформації», «Про благодійну діяльність та благодійні організації», «Про внесення змін до деяких законів України щодо надання соціальних послуг», «Про внесення змін до Бюджетного кодексу України», Стратегія реформування системи надання соціальних послуг та інші нормативно-правові акти.

Центральною проблемою побудови громадянського суспільства в Україні є взаємовідносини держави і суспільства. Всі інші проблеми, в тому числі й економічні, є наслідком відсутності діалогу між владою і суспільством.

Подолання цього розриву в принципі неможливо без повної реалізації конституційних свобод.

Побудова громадянського суспільства передбачає демократизацію самоврядування шляхом активної та рівноправної участі всіх громадян і організацій у вирішенні проблем окремих регіонів та держави в цілому.

Разом з тим, слід визнати, що жителі одного регіону (як об'єднання та організації, в які вони входять) не усвідомлюють себе достатньою мірою членами єдиної громади, здатної автономно і ефективно вирішувати власні насущні проблеми. Звідси випливають закономірні наслідки: нескоординованість ініціатив, тотальне взаємна недовіра, соціальний песимізм і утриманські настрої.

Таким чином, взаємодія держави з громадянським суспільством повинна бути спрямована на посилення процесу демократизації органів влади, розвиток і зміцнення інститутів громадянського суспільства, посилення їхнього зв'язку та має бути виразом бажання органів влади і громадянського суспільства налагодити співробітництво з метою подальшого удосконалення та розвитку партнерських відносин.

Таким чином, формування громадянського суспільства є однією з найважливіших умов просування України шляхом проведення економічних, політичних і правових реформ, які, передусім, спрямовуватимуться на демократизацію громадського життя, лібералізацію економіки, захист прав і свобод людини і громадянина, становлення правової демократичної держави.

Без істотних змін у політичній системі важко очікувати на ефективність взаємодії, довіру з боку структур громадянського суспільства, держави та громадян. А тому, пріоритетами необхідно вважати вдосконалення та закріплення практики системної участі інститутів громадянського суспільства у формуванні державної політики, а також децентралізацію та делегування частини повноважень органів виконавчої влади громадянському суспільству із запровадженням відповідної системи контролю за реалізацією таких повноважень.

¹ Общая и прикладная политология: Учебное пособие / Под общ. ред. В. И. Жукова, Б. И. Краснова. – М.: МГСУ; Изд-во «Союз», 1997. – 992 с. – С.21.

² Костючков С. К. Громадянське суспільство і держава: політико-правові та соціальні аспекти взаємодії / С. К. Костючков // Наукові праці [Чорноморського державного університету імені Петра Могили]. Сер. : Політологія. – 2012. – Т. 182, Вип. 170. – С. 38–40.

³ Томаш Л. В. Гражданское общество – социальная основа государства, власти и демократии [Текст] / Л. В. Томаш // Евразийский юридический журнал. – 2012. – № 12 (55). – С. 121–125.

⁴ Тодика Ю. М. Науконституційного права України на сучасному етапі [Текст] / Ю. М. Тодика. – Х. : Нац. юрид. акад. України, 1996. – 430 с. – С. 52.

⁵ Лотюк О. С. Особливості механізму конституційно-правового регулювання громадянського суспільства // Вісник Вищої ради юстиції. – 2013. – № 1. – С. 92.

⁶ Показники Єдиного державного реєстру підприємств та організацій України (ЄДРПОУ) на 15 січня 2013 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.freedomhouse.org>

⁷ Nations in Transit – Ukraine (2012) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.freedomhouse.org/report/nations-transit/2012/ukraine>

⁸ Індекс сталості НУО в Україні в 2011 р. 15 видання – червень 2012 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://transition.usaid.gov/locations/europe_eurasia/dem_gov/ngoindex/reports/2011/Ukraine6-20_FORMATTED.pdf

⁹ Аналітична записка «Перспективи удосконалення конституційних засад громадянського суспільства в процесі реформування Конституції України». [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.niss.gov.ua/articles/1147/>

¹⁰ Денисюк М. В. Взаємодія держави та інститутів громадянського суспільства: Монографія. – К.: Атіка, 2014. – 184 с.

Резюме

Лазорський А. О. Громадянське суспільство і держава: взаємозв'язок та взаємодія.

Висвітлено особливості функціонування громадянського суспільства в Україні, проблемні аспекти взаємодії інститутів громадянського суспільства та держави.

Аналізується громадянське суспільство як протизвага державі у її постійному прагненні до панування над суспільством.

Предметом аналізу є суб'єкти, форми і механізми даної взаємодії, виходячи із специфіки політичних, соціальних та економічних реалій сучасної України.

Ключові слова: громадянське суспільство, інститути громадянського суспільства, органи влади, взаємодія, взаємозв'язок.

Резюме

Лазорский А. О. Гражданское общество и государство: взаимосвязь и взаимодействие.

Освещены особенности функционирования гражданского общества в Украине, проблемные аспекты взаимодействия институтов гражданского общества и государства.

Анализируется гражданское общество как противовес государству в ее постоянном стремлении к господству над обществом.

Предметом анализа являются субъекты, формы и механизмы данного взаимодействия, исходя из специфики политических, социальных и экономических реалий современной Украины.

Ключевые слова: гражданское общество, институты гражданского общества, органы власти, взаимодействие, взаимосвязь.

Summary

Lazorskiy A. Civil society and the state: interrelation and interaction.

Peculiarities of civil society functioning in Ukraine, the interaction problematic aspects between civil society and the state.

Examines civil society as a counterbalance to the state in its constant quest for dominance over society.

The subject of analysis are the subjects, forms and mechanisms of this interaction, based on the specifics of the political, social and economic realities of modern Ukraine.

Key words: civil society, civil society institutions, authorities, interaction, interrelation.

О. С. ХОРОХОНЬКО

*Ольга Станіславівна Хорохонько, студентка
IV курсу Інституту міжнародних відносин Київського
національного університету імені Тараса Шевченка*

ЗВОРОТНЕ ВІДСИЛАННЯ ЯК НАСЛІДОК НЕГАТИВНОЇ «КОЛІЗІЇ КОЛІЗІЙ» У МІЖНАРОДНОМУ ПРИВАТНОМУ ПРАВІ

У сфері міжнародного приватного права суперечливими є питання, які розглядаються в межах поняття негативної «колізії колізій». Так, при негативній «колізії колізій» жодна правова система не вважає за потрібне вирішувати дану проблему в рамках національної правової системи.

Наслідком негативної «колізії колізій» у міжнародному приватному праві є проблема зворотного відсилання.

В Україні ця проблема регулюється положеннями ст. 9 Закону України «Про міжнародне приватне право», але лише стосовно особистого статусу особи та шлюбно-сімейних відносин. Щодо інших правових сфер, то дана проблема залишається неврегульованою.

Викладене вказує на необхідність пошуку шляхів врегулювання проблемних питань в усіх сферах права в Україні.

Мета роботи – аналіз проблеми зворотного відсилання в різних системах права та пошук шляхів її вирішення в Україні.

До значення терміна «зворотне відсилання та відсилання до права третьої держави» близьким є його застосування для позначення юридико-технічного засобу розв'язання певних завдань у ході регулювання приватноправових відносин, ускладнених іноземним елементом. За рядом даних¹ зворотне відсилання – це юридико-технічний засіб відмови від застосування іноземного права чи технічний прийом полегшення регулювання приватноправових відносин, ускладнених іноземним елементом. Однак у більшості робіт з теорії права визначення терміна «юридико-технічний засіб» не міститься. Даний термін застосовується для позначення якогось засобу, за допомогою якого досягаються певні цілі правового регулювання. Коректність вживання терміна «зворотне відсилання та відсилання до права третьої держави» в даному контексті залежить від змісту норм, спрямованих на вирішення питання про зворотне відсилання і відсилання до права третьої держави. Так, норми, які санкціонують прийняття відсилань іноземних колізійних норм до вітчизняного права (прийняття зворотного відсилання у власному розумінні), можна розглядати як засіб обмеження застосування матеріальних норм іноземного права. Однак норми, які санкціонують прийняття відсилань іноземних колізійних норм до права третіх держав, вже не можуть розглядатися в якості такого засобу.

Колізійні норми в законодавстві різних країн можуть мати текстуально однакові обсяг і прив'язку і, таким чином, мати «ідентичний вигляд». Однак в силу «прихованих колізій» (різного змісту однойменних термінів) дію колізійних норм кожної правової системи буде забезпечувати «власне», відмінне від інших, регулювання правових відносин.

«Колізія колізій» як явище в міжнародному приватному праві породжує ситуацію зворотного відсилання до права третьої держави.

Водночас зворотне відсилання та відсилання до права третьої держави дає змогу правникам оперувати тими поняттями, які не знайомі їх правовим системам та знаходити вирішення проблем, не зважаючи на прогалини в праві, оскільки відбувається відсилання не до конкретної матеріально-правової норми, а до права певної держави в цілому. До того ж, прийняття зворотного відсилання є практично доцільним, оскільки суду зручніше застосовувати право власної, а не іноземної держави. Професор І. С. Перетерський у своїх працях зазначає з цього приводу, що коли іноземне право визнає себе бездіяльним, то його не можна застосовувати в будь-якому разі². А Е. Йайме виділяє три переваги прийняття зворотного відсилання: по-перше, – це гармонізація рішень; по-друге, – незастосування іноземного закону, який не містить шляху до розв'язання проблеми, і, по-третє, – полегшення завдання судді.

А. В. Анічкін обґрунтовує в своїй роботі необхідність прийняття зворотних відсилань іноземних колізійних норм³. Феномен зворотного відсилання пояснюється ним як прояв принципу найбільш тісного зв'язку – однієї із закономірностей правового регулювання приватноправових відносин, ускладнених іноземним елементом. Н. І. Маришева вважає, що зворотне відсилання може застосовуватися у галузі колізійного регулювання шлюбно-сімейних відносин, ускладнених іноземним елементом, однак вона обмежує застосування зворотного відсилання іноземних колізійних норм сферою сімейно-правового статусу фізичних осіб⁴. Разом з тим, враховуючи, що приватноправові відносини характеризують диспозитивним направленням правового регулювання, можна припустити та обґрунтувати прийняття зворотного відсилання іноземних колізійних норм і в інших випадках.

Приховані колізії являють собою основну причину конфлікту кваліфікацій. Приховані колізії прийнято називати «колізіями колізій», тобто зіткненням колізійних принципів. Позитивні колізії колізій – коли два і більше правопорядку одночасно претендують на регулювання одних і тих же відносин. Негативні колізії колізій – жоден з можливо застосовних правопорядків не здатний регулювати спірні правовідносини. Приховані колізії лежать в основі теорії відсилань: зворотного відсилання і відсилання до третього закону. Зворотне відсилання означає, що обране на основі колізійної норми країни суду іноземне право відсилає назад до закону суду. Відсилання до третього закону має місце у випадку, коли обраний іноземний правопорядок не містить матеріального регулювання даного відношення, а наказує застосувати право третьої держави. Причини появи відсилань – не тільки приховані колізії, а й характер колізійної норми: це норма абстрактного, загального характеру, що відсилає до іноземного правопорядку в цілому, в тому числі не тільки до матеріального, а й до колізійного права⁵. Безпосередньою причиною виникнення відсилань є негативні колізії колізій.

Вперше з ситуацією зворотного відсилання і відсилання до права третьої держави зіткнувся англійський суд у справі *Collier vs Rivaz* при вирішенні спадкового спору, ускладненого іноземним елементом. Англійський підданий *Ryan*, який на момент своєї смерті в 1829 р. відповідно до англійського права вважався доміцильованим в Бельгії, здійснив сім заповідальних розпоряджень – заповіт і шість доповнень до нього. Заповіт і два доповнення були здійснені відповідно до вимог бельгійського права щодо форми заповітів. Інші чотири доповнення, що відповідали вимогам англійського права, були здійснені в суперечності з вимогами права Бельгії. Крім того, за правом Бельгії спадкодавець не вважався доміцильованим в цій країні, оскільки він не отримав необхідний для цього дозвіл влади. Позов, пред'явлений до англійського суду, був направлений на оспорування юридичної сили заповідальних розпоряджень. Перед судом постало питання, чи можуть заповідальні розпорядження бути визнані в Англії. Суддя Герберт Дженнер (*Jenner*) вирішив визнати заповіт і два доповнення до нього, тому що вони відповідали вимогам права Бельгії – країни, де спадкодавець мав доміцилій права, до якого відсилала англійська колізійна норма. Інші чотири доповнення також були визнані. Суддя міркував таким чином: «Оскільки відповідно до бельгійського внутрішньодержавного права спадкодавець не набув доміцилій в цій країні, бельгійський суддя застосував би колізійні норми бельгійського міжнародного приватного права, відповідно до яких формальна дійсність заповідальних розпоряджень визначалася б матеріальними нормами англійського права». Суддя прийняв відсилання бельгійської колізійної норми і створив прецедентну норму, відповідно до якої відсилання іноземної колізійної норми до матеріальних норм вітчизняного права повинна прийматися.

Проблема відсилань має принципово різне правове регулювання у законодавстві різних країн: 1) держави, що передбачають застосування всієї системи відсилань в повному обсязі, в тому числі відсилань третього, четвертого і т.д. ступеня, поки не буде виявлено право, яке передбачає матеріальне регулювання спірного відносини (Австрія, Польща, Фінляндія, держави колишньої Югославії); 2) держави, у праві яких передбачена можливість застосування відсилань першого та другого ступеня, але така можливість обумовлена якими-небудь принциповими умовами (Мексика, Чехія, ФРН); 3) держави, що передбачають можливість застосування тільки зворотного відсилання (Угорщина, Венесуела, Румунія, Японія); 4) держави, що передбачають можливість застосування відсилань першого та другого ступеня або тільки зворотного відсилання у випадках, конкретно обумовлених у законі (Італія, Швейцарія, Швеція, Росія); 5) держави, законодавство яких повністю забороняє застосування відсилань (Бразилія, Греція, Перу); 6) держави, законодавство яких в принципі не містить регулювання цього питання (Алжир, Аргентина, Китай). Інститут відсилань – одна з найбільш важливих і складних проблем, тому необхідна уніфікація правил про відсилання на міжнародному рівні. Гаазька Конвенція 1995 р. про регулювання колізій між національним законом і законом доміцилія є однією зі спроб вирішити проблему прихованих колізій у формулі прикріплення «особистий закон». Ця спроба не увінчалася успіхом – Конвенція не набула чинності і не мала помітного впливу на національне законодавство.

Право і практика всіх держав містять загальне виключення із застосування відсилань: вони не застосовні в договірних зобов'язаннях. Теорія відсилань не сумісна з автономією волі, оскільки сторони при виборі права мають на увазі саме конкретне матеріально-правове регулювання. Застосування відсилань здатне перевернути автономію волі, адже встановлення колізійного права можуть зумовити застосування права зовсім іншої держави, що не відповідає намірам сторін.

Звичайно, дається взнаки і відсутність судової практики про прийняття зворотного відсилання. Причин відсутності такої практики існує декілька:

1) такі питання майже ніколи не постають у суді;

2) не висвітлюються у судових рішеннях, оскільки вони є достатньо складними і судді не вказують на них у своїх рішеннях;

3) і як наслідок – справи, в яких могло б бути застосоване зворотне відсилання, залишаються без розгляду.

Таким чином, українське законодавство не приймає зворотного відсилання до українського права, але містить деякі винятки, що стосуються регулювання правового становища фізичних осіб. Не складно припустити, чому саме такі винятки робить законодавець, оскільки саме норми права, які регулюють особистий та сімейний статус особи, повинні мати найбільш тісний зв'язок, у випадку їх застосування, з особистим законом особи.

Для українського судді застосування вітчизняного права є найбільш прийнятним. У даному випадку не виникає проблем з тлумаченням і застосуванням іноземного права, і суд може об'єктивно та повно врегулю-

вати відносини з точки зору українського права, за винятком випадків, коли відносини найбільш тісно пов'язані з правом відповідної іноземної держави⁶.

Таким чином, будучи державою зі змішаним підходом до вирішення проблеми зворотного відсилання в міжнародному приватному праві, Україна не приймає, за загальним правилом, зворотного відсилання іноземного права до українського права, за винятком сфери особистого статусу особи і лише для матеріально-правових норм. Однак зазначене вирішення проблеми зворотного відсилання в українському праві видається недоцільним і нечітким. На нашу думку, ст. 9 Закону України «Про міжнародне приватне право» потребує редагування та має бути викладена з урахуванням таких змін: будь-яке відсилання до іноземного права відповідно до цього закону повинне розглядатися як відсилання і до матеріального, і до колізійного права відповідної країни. У разі зворотного відсилання колізійними нормами відповідної іноземної держави до українського права застосовується українське право. Зворотне відсилання іноземної колізійної норми до українського права не приймається, якщо відповідні відносини тісно пов'язані з правом відповідної іноземної держави. У разі відсилання колізійної норми іноземної держави, до права якого відсилає російська колізійна норма, до права третьої держави, таке відсилання не повинно прийматися і при регулюванні відповідних відносин мають застосовуватися матеріальні норми іноземної держави, до права якого спочатку відсилає українська колізійна норма.

Зворотне відсилання необхідно приймати у питаннях форми, змісту та інших важливих умовах правочину. Так, відповідно до ч. 3 ст. 31 Закону України «Про міжнародне приватне право»: «Зовнішньоекономічний договір, якщо хоча б однією стороною є громадянин України або юридична особа України, укладається в письмовій формі незалежно від місця його укладення, якщо інше не встановлено законом або міжнародним договором України». А також, відповідно до ч. 3 ст. 32: «Якщо інше не передбачено, або не впливає з умов, суті правочину або сукупності обставин справи, то правочин більш тісно пов'язаний з правом держави, у якій сторона, що повинна здійснити виконання, яке має вирішальне значення для змісту правочину, має своє місце проживання або місцезнаходження»⁷.

Ми дотримуємось точки зору, що проблема зворотного відсилання не може бути вирішена або лише в позитивному, або лише в негативному сенсі, оскільки питання про зворотне відсилання та відсилання до права третьої держави є дискусійним в міжнародному приватному праві, воно потребує компромісного й ефективного вирішення. З огляду на це вважаємо найбільш близьким до істини теорію італійського вченого Е. Вітта, який знаходить вихід у підписанні міжнародного договору, що регламентував би ситуації, коли слід приймати зворотне відсилання, а коли – ні.

Дослідження зворотного відсилання і відсилання до права третьої держави слід будувати відповідно до виявлених співвідношень правових явищ, що позначаються цим терміном. З метою вирішення питання про зворотне відсилання і відсилання до права третьої держави необхідно насамперед дослідити зворотне відсилання і відсилання до права третьої держави як проблемну ситуацію, що виникає в ході колізійно-правового регулювання. В. Е. Варавенко зазначає, що тільки після аналізу «проблеми» – виявлення причини і умов, які її породжують, слід переходити до аналізу рішень проблеми, що склалися у законодавчій та судовій практиці. При цьому об'єктивні характеристики ситуації зворотного відсилання і відсилання до права третьої держави повинні стати основою аналізу і критеріями оцінки її рішень⁸.

Висновки.

На основі аналізу проблеми зворотного відсилання в різних системах права можна зробити наступні висновки:

1. Зворотне відсилання може застосовуватися в галузі колізійного регулювання шлюбно-сімейних відносин, ускладнених іноземним елементом, однак вона обмежує застосування зворотного відсилання іноземних колізійних норм сферою сімейно-правового статусу фізичних осіб.

2. Враховуючи, що приватноправові відносини характеризуються диспозитивним направленням правового регулювання, можна припустити і обґрунтувати прийняття зворотного відсилання іноземних колізійних норм і в інших випадках.

3. Проблема відсилань має принципово різне правове регулювання у законодавстві різних країн. Але враховуючи, що інститут відсилань – одна із найбільш важливих і складних проблем, необхідною є уніфікація правил про відсилання на міжнародному рівні.

4. Право і практика всіх держав містять винятки із застосування відсилань: вони не застосовні в договірних зобов'язаннях.

5. Відсутня судова практика про прийняття зворотного відсилання. Це обмежує діяльність суддів.

6. Будучи державою зі змішаним підходом до вирішення проблеми зворотного відсилання в міжнародному приватному праві, Україна, в цілому, не приймає зворотного відсилання іноземного права до українського права, за винятком сфери особистого статусу особи і лише для матеріально-правових норм.

7. Серед шляхів вирішення питань можна запропонувати наступні:

– зворотне відсилання необхідно приймати у питаннях форми, змісту та інших важливих умовах правочину;

– проблема зворотного відсилання не може бути вирішена або лише в позитивному, або лише в негативному сенсі;

– стаття 9 Закону України «Про міжнародне приватне право» потребує редагування та має бути викладена з урахуванням таких змін: будь-яке відсилання до іноземного права згідно з цим законом повинно роз-

глядатися як відсилання і до матеріального, і до колізійного права відповідної країни. У разі зворотного відсилання колізійними нормами відповідної іноземної держави до українського права застосовується українське право. Зворотне відсилання іноземної колізійної норми до українського права не приймається, якщо відповідні відносини тісно пов'язані з правом відповідної іноземної держави. У разі відсилання колізійної норми іноземної держави, до права якого відсилає українська колізійна норма, до права третьої держави, таке відсилання не повинно прийматися і при регулюванні відповідних відносин повинні застосовуватися матеріальні норми іноземної держави, до права якого спочатку відсилає українська колізійна норма;

– щодо регламентування ситуацій, коли слід приймати зворотне відсилання, а коли – ні, то найбільш доцільною є теорія італійського вченого Е. Вітта, який знаходить вихід у підписанні відповідного міжнародного договору.

¹ Луниц Л. А. Курс международного частного права. – 3-е доп. изд. / Л. А. Луниц. – М. : Юридическая литература, 1973. – 384 с.

² Перетерский И. С. Международное частное право / И. С. Перетерский, С. Б. Крылов. – М., 1959. – 157 с.

³ Аничкин А. В. Институт обратной отсылки в современном международном частном праве // Московский журнал международного права. – 2001. – № 1.

⁴ Маришева Н. И. Семейные отношения с участием иностранцев / Н. И. Маришева. – М., 2007. – 206 с.

⁵ Луниц Л. А. Вказана праця.

⁶ Довгерт А. С. Міжнародне приватне право. Загальна частина / А. С. Довгерт, В. І. Кисіль. – К. : Алерта, 2012. – 376 с.

⁷ Про міжнародне приватне право : Закон України від 23 червня 2005 р. № 2709-IV : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2709-15>

⁸ Варавенко В. Е. Обратная отсылка и отсылка к праву третьего государства в контексте унификации коллизионного права : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. / Виктор Евгеньевич Варавенко. – М., 2009. – 186 с.

Резюме

Хорохонько О. С. Зворотне відсилання як наслідок негативної «колізії колізій» у міжнародному приватному праві.

Викладено результати досліджень, метою яких був аналіз проблеми зворотного відсилання в різних системах права та пошук шляхів її вирішення в Україні.

У висновках наголошено на тому, що зворотне відсилання може застосовуватися в галузі колізійних відносин, ускладнених іноземним елементом, але обмежується лише сферою особистого правового статусу фізичних осіб. Враховуючи, що приватноправові відносини характеризуються диспозитивним спрямуванням правового регулювання, припускається можливість прийняття зворотного відсилання іноземних колізійних норм і в інших випадках. Також запропоновано прийняття зворотного відсилання у питаннях форми, змісту та інших важливих умовах правочину в Україні, редагування ст. 9 Закону України «Про міжнародне приватне право», положеннями якої регулюється проблема зворотного відсилання в нашій країні тощо.

Ключові слова: приватноправові відносини, негативна «колізія колізій», колізійні відносини, зворотне відсилання, правовий статус.

Резюме

Хорохонько О. С. Обратная отсылка как следствие негативной «коллизии коллизий» в международном частном праве.

Изложены результаты исследований, целью которых был анализ проблемы обратной отсылки в разных системах права и поиск путей ее решения в Украине.

В выводах акцентировано внимание на том, что обратная отсылка может использоваться в области коллизионных отношений, но ограничивается исключительно сферой личностного правового статуса физических лиц. Учитывая, что частноправовые отношения характеризуются диспозитивной направленностью правового регулирования, предполагается возможность принятия обратной отсылки иностранных коллизионных норм и в иных случаях. Также предложено принятие обратной отсылки в вопросах формы, содержания и других важных условиях сделки в Украине, редактирование ст. 9 Закона Украины «О международном частном праве», положениями которой регулируется проблема обратной отсылки в нашей стране.

Ключевые слова: частноправовые отношения, негативная «коллизия коллизий», коллизионные отношения, обратная отсылка, правовой статус.

Summary

Khorokhonko O. Renvoi as the result of negative «conflict of collisions» in international private law.

The results of research are directed to analyze the problems of renvoi into different legal systems and to find ways to solve it in Ukraine.

The conclusions highlight the fact that renvoi can be used in the conflict relations complicated by a foreign element, but limited to the area of personal legal status of individuals. To take into consideration that private relations are characterized by optional referals regulation assumed adopting renvoi in other cases.

Also proposed the adoption of renvoi in matters of form, content and other important terms of the transaction in Ukraine, edit Article 9 Law “On International Private Law”, that arrange the problem of renvoi in our country.

Key words: private relations, negative conflict of collisions, conflict relations, renvoi, legal status.

М. К. ГАЛЯНТИЧ

Микола Костянтинівич Галянтич, доктор юридичних наук, професор, заступник директора з наукової роботи НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

ВАРТІСНА ОЦІНКА ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ У НАУКОВО-ТЕХНІЧНІЙ СФЕРІ*

Актуальність визначення ролі інтелектуальної власності (далі – ІВ), належної їй оцінки та відображення в структурі активів господарських товариств і державних підприємств та організацій науково-технічної сфери у період формування ринкових відносин важко переоцінити. Оцінка ІВ на сьогодні є однією з найскладніших та глибоких проблем теорії і практики як українського, так і міжнародного високотехнологічного бізнесу. Досить часто вартість ІВ компанії перевищує вартість всіх її матеріальних активів (далі – НМА) і є основним ресурсом компанії в її маркетинговій стратегії. Саме НМА зараз становлять приблизно половину, а у високотехнологічних, наукових галузях – 70–80 % майнового комплексу процвітаючого промислового підприємства в країнах з розвинутою ринковою економікою.

Процес введення об'єктів ІВ у господарський оборот, формування ринку ІВ, який нині є найбільш динамічним сегментом світового, а у розвинутих країнах – і внутрішнього ринку, безупинно зростаючі масштаби трансферу технологій неминуче диктують необхідність визначення вартості відповідних об'єктів.

З прийняттям Закону України «Про оцінку майна, майнових прав та професійну оцінку діяльності в Україні» від 12 липня 2001 р. № 2658-III оцінка в Україні набула правових засад стосовно здійснення оцінки майна, майнових прав та професійної оціночної діяльності, її державного та громадського регулювання, забезпечення створення системи незалежної оцінки майна з метою захисту законних інтересів держави та інших суб'єктів правовідносин у питаннях оцінки майна, майнових прав та використання їх результатів.

У рецензованій роботі розглядаються економіко-правові аспекти вартісної оцінки ІВ та її методичні принципи у науково-технічній сфері. Автори системно дають загальну характеристику і складові ІВ, класифікацію об'єктів ІВ, джерела законодавства з питань ІВ, міжнародні стандарти охорони ІВ, ліцензії, франчайзинг, гудвіл, види платежів при передачі прав на об'єкти ІВ. У роботі розкривається поняття ринку, вартості, ціни та її формування, поняття і основні цілі оцінки об'єктів ІВ, особливості оцінки ІВ, процедура проведення незалежної оцінки майна, регулювання професійної оціночної діяльності (нормативно-правова база оцінки, міжнародні та зарубіжні стандарти обліку й оцінки ІВ), стан та проблеми приватизаційних процесів і сучасного ринку оціночних послуг в Україні. Авторами проаналізовано основні принципи ціноутворення вартості ІВ, дається систематизація підходів і методів оцінки ІВ (дохідний підхід, витратний підхід, порівняльний підхід), здійснено порівняльну характеристику підходів до оцінки ІВ, урахування ризиків при оцінці вартості об'єктів ІВ. У монографії розглядаються також практичні питання визначення вартості окремих об'єктів ІВ: винаходу, корисної моделі, промислового зразка, торговельної марки (знака для товарів і послуг), комерційного (фірмового) найменування, бренду компанії, а також франшизи і ставки роялті, селекційних досягнень, ліцензій, авторських і суміжних прав, гудвілу, порушення патентних прав.

Особливу увагу приділено методиці визначення розміру винагороди за створення й використання об'єктів права промислової власності, визначенню економічної ефективності витрат на наукові дослідження і розробки та їх впровадження у виробництво, визначенню вартості людського капіталу. Робота чітко структурована, має цілісний характер, логіку побудови. Зазначена монографія забезпечує цілісне сприйняття цієї складної і науково ще не до кінця розробленої проблеми оцінки вартості об'єктів права ІВ у науково-технічній сфері. Доступність викладеного матеріалу з використанням математичного інструментарію дає змогу в разі потреби самостійно опановувати складні питання предмета цього дослідження. Варто також зазначити, що науковий зміст монографії підкріплено конкретними практичними прикладами. Графічна візуалізація основних теоретичних положень і закономірностей покращує сприйняття монографічного дослідження.

У цілому рецензована робота цікава, потрібна й логічно викладена. Вихід такої монографії слід вважати подією очікуваною і своєчасною.

© М. К. Галянтич, 2014

* Рецензія на кн.: Андрощук Г. О., Давимука С. А. Інтелектуальна власність у науково-технічній сфері: методи та принципи вартісної оцінки : моногр. / Г. О. Андрощук, С. А. Давимука. – К. : Парламентське видавництво, 2014. – 304 с.

Б. В. КІНДЮК

Борис Володимирович Кіндюк, доктор юридичних наук, професор кафедри конституційного, адміністративного і міжнародного права Маріупольського державного університету

АКТУАЛЬНА ПРАЦЯ З ІСТОРІЇ УКРАЇНСЬКОГО ПРАВА*

Сучасні процеси розбудови суверенної і незалежної Української держави та формування національної правової системи потребують поглибленого і об'єктивного вивчення історії українського права. Таке наукове дослідження має особливе значення в умовах політичного й воєнного протистояння з Російською Федерацією, правники якої активно розробляють псевдонаукові теорії стосовно відсутності в українців власної держави та права. У ньому концентруються правовий досвід, правова реальність в її ретроспективі, правильна методологія пізнання правових явищ, від якої залежать істинність, достовірність отримання результатів у межах пізнавальної діяльності.

В умовах демократизації суспільного життя в Україні перед науковцями постає складна проблема аналізу природи українського права, характеристики самобутності правової системи України, розкриття змісту української правової традиції, з'ясування спадкоємності й наступності розвитку національного права, яке має власне історичне коріння.

Вирішення актуальних державно-правових проблем сьогодення значною мірою залежить від дослідження та засвоєння історичного юридичного досвіду, знання тих правотворчих процесів, які мали місце в Україні протягом тисячоліть. Поставлена мета потребує поглибленого вивчення історії українського права та процесів державотворення на українських землях.

Серед багатьох історико-правових явищ сьогоденні велике значення має дослідження історії цивільних, кримінальних та процесуальних відносин в Україні. Актуальність здійснення цього дослідження, полягає у доведенні безперервності становлення й розвитку правового регулювання суспільних відносин в Україні від найдавніших часів і до сучасності.

У зв'язку з цим заслуговує на увагу навчальний посібник, підготовлений львівським правознавцем І. Бойком, що присвячений висвітленню основних етапів становлення та розвитку правового регулювання цивільних, кримінальних та процесуальних відносин на українських землях від найдавніших часів і до сучасності. Особливу увагу у цьому виданні приділено проблемам формування і функціонування норм та інститутів цивільного, кримінального й процесуального права на українських землях, джерелам права та систематизації правових норм упродовж IX–XX століть.

Наукова цінність даного навчального посібника полягає в тому, що вивчаючи історію українського права та особливості правового регулювання цивільних, кримінальних і процесуальних відносин в Україні у IX–XX ст., важливо показати, що наша країна, не зважаючи на багаторічне перебування під владою іноземних держав, має власну історію державотворення і правотворення, історичний правовий досвід, який формувалася протягом багатьох століть. Протягом століть українське право безперервно розвивалося, не втрачаючи зв'язків зі своїми витокami. Воно живилося джерелами права, успадкованими з давнини, що оновлювалися й збагачувалися з кожним століттям. Насамперед це норми звичаєвого права, нормативно-правові договори і статuti кийвських князів, Руська Правда, «козацьке право», гетьманські статті XVII–XVIII ст., Права, за якими судиться малоросійський народ 1743 р., Суд і розправа в правах малоросійських 1750 р., Зібрання малоросійських прав 1807 р., конституційні проекти П. Орлика, М. Драгоманова, М. Грушевського, О. Ейхельмана, С. Дністрянського, В. Липинського, С. Рудницького та ін., універсали Центральної ради, законодавство ЗУНР тощо. Упродовж усього свого існування український народ плекав прагнення до свободи, незалежності й одночасно поваги до індивідуалізму і вплив їх у праві, яке набувало таких форм, як закон, правовий звичай, нормативно-правовий договір, судовий прецедент, правова доктрина. При цьому пріоритет закону, верховенство права поступово зростали, що свідчить про формування українського права в контексті континентально-європейського.

І. Бойком обґрунтовано, що українське право є одним із важливих показників ідентичності народу й легітимності його влади. Його вивчення дає змогу розкрити правову культуру українського народу, його правобачення та інші світоглядні установки, особливості менталітету, духовний генезис на певних історичних етапах еволюції українського суспільства. Українське право є важливою національною культурною цінністю, частиною української духовної культури, у якій відображено його сутність. Упродовж усієї своєї історії український народ формувал демократичний світогляд та особливу політико-правову свідомість, яка відображала прагнення до упорядкованості, справедливості й демократичності у відносинах між людьми. Тому вивчення історії українського права, особливостей правового регулювання цивільних, кримінальних та процесуальних відносин в Україні у IX–XX ст. сприяє усвідомленню тих духовних цінностей, на яких ґрунту-

© Б. В. Кіндюк, 2014

* Рецензія на кн. : *Бойко І. Й.* Історія правового регулювання цивільних, кримінальних та процесуальних відносин в Україні (IX–XX ст.) : посіб для студ. вищ. навч. закладів. – Л. : Вид. центр ЛНУ імені Івана Франка, 2014. – 904 с.

ється національна свідомість українського народу, а також дає можливість більш поглиблено сформувати уявлення про рівень його правосвідомості. Відтак, можна виявити характер внеску українського народу в еволюцію права України, яке формувалося відповідно до положень романо-германської правової сім'ї.

Позитивною рисою рецензованого навчального посібника є те, що автор використовував різні методи: філософські, загальнонаукові та спеціально-наукові. Засадничим є діалектичний метод, поєднаний з методом філософського плюралізму (діалогу). В умовах методологічного плюралізму це дало змогу уникнути монополізації права на істину лише з допомогою одного методу наукового пізнання, розкрити досліджувані процеси об'єктивно, повно та всебічно. Це дало право авторові навчального посібника викласти своє бачення чи хоч би сформувати власне ставлення до проблем, визначених у посібнику. Для розкриття змісту основних розділів посібника було використано цивілізаційний підхід до аналізу історико-правової дійсності, яка впливала на зародження, становлення та розвитку правового регулювання суспільних відносин на українських землях від найдавніших часів і до сьогодення. Використання загальнонаукових методів – системного, структурного, функціонального – допомогло розкрити основні політико-правові й соціально-економічні чинники, що вплинули на формування і функціонування норм та інститутів цивільного, кримінального й процесуального права в Україні. Використання таких спеціально-наукових методів, як історико-правовий, формально-юридичний, порівняльно-правовий, хронологічно-проблемний та інших дало змогу проаналізувати становлення і розвиток в Україні інститутів цивільного, кримінального та процесуального права, які в сукупності становлять основу правового регулювання суспільних відносин.

Новаторством у навчальному посібнику є детальне висвітлення правового регулювання цивільних, кримінальних та процесуальних відносин у етнорелігійних громадах на українських землях у XIV–XVIII століттях. Значну наукову цінність має розкриття регулювання цивільних, кримінальних та процесуальних відносин на українських землях за звичаєвим правом XIV–XVIII століть.

Праця має велике практичне значення, адже одержані результати розширюють історико-правові знання про регулювання найважливіших суспільних відносин, зокрема цивільних, кримінальних та процесуальних на українських землях від найдавніших часів і до сьогодення. Крім цього, матеріали посібника сприяють поглибленню і збагаченню української історико-правової літератури щодо становлення й розвитку правового регулювання цивільних, кримінальних та процесуальних відносин в Україні. Навчальний посібник має практичне значення для науково-дослідної сфери, зокрема для подальших розробок під час вивчення історії правового регулювання цивільних, кримінальних та процесуальних відносин у різні історичні періоди, а також у процесі науково-дослідної роботи з історії держави і права студентів, магістрантів, аспірантів; у навчальному процесі – під час викладання навчальних дисциплін та підготовки підручників і навчальних посібників, зокрема таких як: «Історія держави і права України», підготовки курсів лекцій, а також на заняттях у системі правового виховання для формування духовності та морально-правового світогляду студентів; у правотворчості – для розробки та вдосконалення правових норм у сфері регулювання цивільних, кримінальних та процесуальних відносин на основі історико-правового досвіду.

Навчальний посібник становить безумовний інтерес для широкого загалу читачів та є помітним внеском в розвиток історико-правової науки України.

С. П. РАБІНОВИЧ

Сергій Петрович Рабінович, доктор юридичних наук, професор кафедри конституційного права Львівського національного університету ім. Івана Франка

ФУНДАМЕНТАЛЬНА ПРАЦЯ У СФЕРІ ОХОРОНИ СУМІЖНИХ ПРАВ СУБ'ЄКТІВ ІНФОРМАЦІЙНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ*

В епоху конвергенції, коли діяльність, пов'язана з мовленням, більше не обмежена традиційними платформами дистрибуції інформаційного контенту, відбуваються кардинальні зміни у теле- та радіоінформаційному просторі. Однак сучасне законодавство ігнорує вплив технологічного прогресу на мовленнєву діяльність, що створює суттєві перешкоди для забезпечення адекватної та дієвої правової охорони суміжних прав суб'єктів інформаційної діяльності та вказує на необхідність їхнього негайного усунення шляхом підвищення ефективності законодавчих норм.

Незважаючи на зазначену динаміку розвитку інформаційно-мовленнєвих відносин, обрана У. Б. Андрусів тематика недостатньо ґрунтовно досліджена і в наукових джерелах. Окрім поодиноких публікацій на рівні наукових статей та тез доповідей на наукових конференціях, теоретичні положення щодо

© С. П. Рабінович, 2014

* Рецензія на кн.: Андрусів У. Б. *Правова охорона прав інтелектуальної власності на програми (передачі) організацій мовлення в Україні*: моногр. – К.: Видавництво Ліра-К, 2014. – 176 с.

охорони прав організацій мовлення на власний інформаційний продукт не знайшли достатнього наукового висвітлення.

З огляду на зазначене, звернення автора до проблем охорони суміжних прав організацій мовлення на програми (передачі) слід визнати правильним, науково сміливим, своєчасним і перспективним, таким, що відповідає сучасним запитам цивілістичної науки, нормотворчої й правозастосовної практики суб'єктів інформаційної діяльності.

Як свідчить зміст монографії, у результаті проведеного дослідження У. Б. Андрусів здійснено теоретичне узагальнення і нове розв'язання наукового завдання, що полягає у розробці концепції правової охорони суміжних прав організацій мовлення на створювані ними програми (передачі) та систему заходів, спрямованих на її реалізацію, шляхом удосконалення законодавства та практики його застосування.

Робота є цілком самостійним і цікавим дослідженням, у якому широко розкривається тема та викладено обґрунтовану авторську концепцію. Виклад матеріалу доступний, логічний і юридично грамотний. Послідовно розкриваються, аналізуються й аргументуються положення, винесені на захист. Їх зміст доказово розкривається за допомогою методів емпіричного та теоретичного дослідження.

Зроблені висновки й узагальнення у творчій роботі відповідають загальному контексту та спрямованості дослідження. Теоретичний рівень і практична цінність наукових положень, висновків і рекомендацій, відображених у роботі, безпосередньо пов'язані з достатнім ступенем їх обґрунтованості й достовірності.

Автор старанно опрацювала широке коло літературних джерел, що дало їй змогу всебічно і критично проаналізувати теоретичні та практично-прикладні аспекти обраної тематики. Зібраний матеріал опрацьований з використанням широкого кола методів дослідження, що також є запорукою досягнення істини в ході наукового пошуку. Потрібно зазначити, що при дослідженні обраної тематики автор зверталась до законодавства низки зарубіжних країн та документів Постійного комітету з авторського права і суміжних прав ВОІВ, що допомогло їй підготувати важливі пропозиції щодо удосконалення українського законодавства.

Науковий апарат дослідження є достатньо високий. Теоретичні положення та основні висновки дослідження в цілому вносять істотний вклад у науку цивільного права та є підґрунтям для подальших наукових розвідок. Практична значимість положень роботи обумовлена можливістю їх використання у законодавчій та правозастосовній діяльності.

У. Б. Андрусів показала вміння самостійно вести коректну наукову полеміку, формулювати власні висновки і обґрунтовувати їх. Вдалим та доречним є наведення прикладів судової практики, їх аналіз та відповідні пропозиції щодо вирішення спірних питань.

Монографія написана грамотно, відчувається авторський стиль. Науковим положенням та висновкам, які сформульовані у ній, притаманний високий ступінь новизни.

Обґрунтованою є пропозиція про необхідність застосування принципу технологічного нейтралітету при розробці понятійно-категоріального апарату у сфері мовлення, оскільки в епоху розвитку новітніх технологій неможливо урахувати усі способи поширення інформаційного контенту, а правова охорона повинна надаватись організаціям мовлення незалежно від того, було розповсюдження програм (передач) традиційним, чи ні.

Заслуговує на підтримку зроблений У. Б. Андрусів висновок про доцільність диференціювати телерадіомовну систему на два сегменти: суспільний та приватний. Науковий інтерес викликає розроблена авторська концепція утвердження суспільного мовлення в Україні.

Варто погодитись з тезою автора про те, що інститут виключних прав цілком присвячений регулюванню правового режиму інформації.

Цікавим видається дослідження правової природи різноманітних способів дистрибуції інформаційного контенту. На підставі проведеного аналізу запропоновано дефініції, які слід використовувати при з'ясуванні сутності окремих видів мовлення.

Науковий інтерес викликає також пропозиція щодо збільшення обсягу майнових правомочностей телерадіоорганізацій, зважаючи на розвиток новітніх технологій.

Виходячи із проаналізованих положень роботи, є підстави для наступного висновку: монографія У. Б. Андрусів є повним, логічним, завершеним та самостійним науковим дослідженням, воно вносить вагомий внесок в українську юридичну науку про інтелектуальну власність. У цілому праця свідчить про належний потенціал автора, його юридичну грамотність та вміння застосовувати набуті знання для аналізу конкретних положень. Пропозиції та висновки, обґрунтовані науковцем, мають теоретичне і практичне значення, спрямовані на розв'язання конкретної наукової задачі, прикладної проблеми та удосконалення окремих засад цивільного законодавства.

Можна з впевненістю стверджувати, що рецензована праця є доступною для сприйняття не лише фахівців-правознавців, а й представників інших галузей права.

На нашу думку, представлена монографія є сучасним та змістовним виданням, яке може бути використане науковцями, викладачами відповідних дисциплін, практичними працівниками, а також буде цікавою для широкої аудиторії.

П. Д. БІЛЕНЧУК

Петро Дмитрович Біленчук, кандидат юридичних наук, доцент кафедри правосуддя Київського національного університету імені Тараса Шевченка

КРИМІНАЛІСТИЧНІ ТА ПСИХОФІЗІОЛОГІЧНІ МЕТОДИ ДОСЛІДЖЕННЯ В СУДОЧИНСТВІ, ПРАВООХОРОННІЙ ДІЯЛЬНОСТІ ТА КАДРОВІЙ РОБОТІ*

Реформування системи правничої освіти, юридичної науки, експертної, слідчої, прокурорської, адвокатської, судової, правоохоронної й правозахисної практики в Україні сприяє виходу вітчизняної освіти, науки і практики на новий світоглядний рівень.

Очевидно, що пріоритетними завданнями для нашої країни в третьому тисячолітті є модернізація, оптимізація, удосконалення і трансформація вищої юридичної освіти відповідно до вимог Загальної Декларації прав людини, Європейської конвенції з прав людини, положень Лісабонської стратегії та принципів Болонського процесу, а також доктринальних засад Педагогічної Конституції Європи.

Один із напрямів трансформації, вдосконалення та модернізації правничої освіти, юридичної науки, експертної, слідчої та судової практики – це проведення системних новітніх наукових досліджень, які відображають теоретичні й практичні аспекти правосуддя, судочинства, правоохоронної і правозахисної діяльності.

У зв'язку з цим поява системних наукових досліджень з пріоритетних напрямів у галузі правосуддя, судочинства та правоохоронної діяльності в умовах розбудови Української держави є своєчасним і важливим здобутком юриспруденції.

Нещодавно опублікований збірник наукових праць «Криміналістичні та психофізіологічні методи дослідження в судочинстві, правоохоронній діяльності і кадровій роботі» рекомендований до друку Вченою радою Київського університету права НАН України, у якому системно викладено результати наукових досліджень фахівців у галузі правосуддя, судочинства, криміналістики, юридичної психології.

Відомо, що сучасне наукове забезпечення правосуддя, судочинства, правоохоронної, правозахисної і кадрової роботи являє собою сьогодні надзвичайно актуальну проблему, що особливо цікавить працівників органів виконавчої і судової влади, співробітників правоохоронних органів, безпекознавців, криміналістів, судових експертів у період реформування чинного законодавства й розвитку нових засобів, методів та гід-технологій пізнання, доказування, розслідування.

У рецензованому збірнику наукових праць містяться дослідження широкого кола теоретичних і практичних проблем, що стосуються детективознавчих, розшуковознавчих, криміналістичних, психофізіологічних та процесуальних питань впровадження новітніх наукових досягнень у практичну діяльність органів юстиції, правосуддя і судочинства.

Збірник наукових праць «Криміналістичні і психофізіологічні методи дослідження в судочинстві, правоохоронній діяльності і кадровій роботі» структурно складається зі вступного слова ректора Київського університету права НАН України, професора, заслуженого юриста України Ю. Л. Бошицького та трьох розділів, у яких ґрунтовно висвітлюються особливості криміналістичного і психофізіологічного забезпечення правосуддя та судочинства, доктринальні засади формування сучасної криміналістичної і юридичної психології, а також правові й процедурні можливості використання поліграфа у правозастосовній діяльності.

Слід зазначити, що питання актуальності, новизни і практичної значущості техніко-криміналістичного та тактико-психологічного забезпечення органів юстиції, правосуддя, судочинства є пріоритетним напрямом у діяльності Київського університету права НАН України, який визнаний базовим навчальним закладом Національної академії наук України з підготовки юристів вищої кваліфікації. У цьому навчальному закладі створено унікальний музей криміналістики, обладнані новітньою криміналістичною технікою навчальні лабораторії, постійно проводяться круглі столи, наукові семінари, майстер-класи, наукові конференції з актуальних проблем сучасної криміналістики.

Тому опубліковані в даному збірнику наукових праць результати спільних зусиль криміналістів, судових психологів, поліграфологів, які торкаються криміналістичних і психофізіологічних засобів пізнання, доказування, розслідування – це необхідна умова оптимального використання техніко-криміналістичних і тактико-психофізіологічних засобів, методів і технологій для дослідження цілей правосуддя й судочинства.

Вважаємо, що матеріали результатів роботи Міжнародної науково-практичної конференції «Криміналістичні і психофізіологічні методи дослідження в судочинстві, правоохоронній діяльності і кадровій роботі», які опубліковані в рецензованому збірнику наукових праць, знайдуть своє практичне відображення у відповідних освітніх, наукових і праксеологічних заходах українського державотворення.

© П. Д. Біленчук, 2014

* Рецензія на кн.: Криміналістичні і психофізіологічні методи дослідження в судочинстві, правоохоронній діяльності і кадровій роботі : зб. наукових праць міжнародної науково-практичної конференції / Київський університет права НАН України: [редкол: Бошицький Ю. Л., Чернецька О. В., Семаков Г. С.]. – К. : Вид-во «Ларс-принт», 2014. – 252 с.

Дане видання стане в пригоді студентам, магістрам, аспірантам, докторантам, науковцям і викладачам юридичних і психологічних факультетів вищих навчальних закладів, суддям, прокурорам, слідчим, адвокатам, а також всім читачам, які цікавляться таємницями детективознавства, експертознавства, безпекознавства, судової психофізіології, юридичної психології, процесуального права та криміналістики.

В. С. ШИЛІНГОВ

Володимир Сергійович Шилінгов, кандидат юридичних наук, доцент, завідувач кафедри теорії, історії держави та права Українського державного університету фінансів та міжнародної торгівлі

НАУКОВІ ДОСЛІДЖЕННЯ ПРОБЛЕМ НАЦІОНАЛЬНОЇ ПРАВОВОЇ СИСТЕМИ*

Сучасний стан функціонування національних правових систем світу характеризується гармонізацією та уніфікацією основних її елементів. І саме тому правова система як наукова юридична категорія є об'єктом ретельної уваги та дослідження науковців. У Збірнику матеріалів конференції опубліковано статті провідних правознавців, молодих вчених, аспірантів і студентів України та зарубіжних країн, у яких, зокрема, досліджуються та аналізуються теоретичні й практичні проблеми сучасного стану розвитку та функціонування правової системи України. Розглядаються теоретичні проблеми розвитку окремих елементів правової системи України, досліджується місце національної правової системи серед правових систем сучасності. Поряд із тим значну увагу приділено актуальним питанням механізму розвитку та функціонування національних правових систем світу, нагальним проблемам та перспективам реалізації конституційної реформи в Україні, основним тенденціям розвитку системи приватного права в Україні, підвищенню ролі права в боротьбі зі злочинністю, міжнародним стандартам щодо боротьби зі злочинністю тощо.

Актуальні та важливі проблеми функціонування національної правової системи на сучасному етапі викликали активне обговорення на сторінках збірника, який виданий Київським університетом права Національної академії наук України за результатами проведення міжнародної науково-практичної конференції «Сучасні проблеми правової системи України». Слід зазначити, що на сучасному етапі розвитку Української держави аналіз теоретичних та практичних проблем правової системи необхідний для забезпечення верховенства права, прав і свобод громадян, підвищення якості прийнятих політико-правових рішень і відкритості правотворчої діяльності, зниження рівня суперечливості законодавства, забезпечення стабільності правової політики, підвищення рівня правосвідомості та правової культури населення, впорядкування діяльності у сфері законотворчості, забезпечення єдиного правового простору держави, підвищення ефективності правозастосовної практики.

Водночас варто наголосити на тому, що концепція поєднання фундаментальних теоретичних досліджень у сфері права та залучення до наукових досліджень молодих вчених, аспірантів і студентської молоді вимагає необхідності апробації отриманих знань та обміну науковими ідеями.

У цілому рецензований збірник наукових праць за результатами міжнародної науково-практичної конференції «Сучасні проблеми правової системи України» заслуговує високої оцінки та, безперечно, буде корисним як науковцям, аспірантам, магістрам, юристам-практикам, так і всім іншим, хто цікавиться проблемами національної правової системи.

© В. С. Шилінгов, 2014

* Рецензія на кн.: Сучасні проблеми правової системи України: збірник матеріалів VI Міжнародної науково-практичної конференції / Редкол.: Ю. С. Шемшученко, Ю. Л. Бошицький, О. В. Чернецька, М. О. Дей, С. І. Бевз. – К.: Видавництво Ліра-К, 2014. – 292 с.

Візит доктора права, професора Вільяма Батлера (США) до Київського університету права НАН України

1 грудня 2014 р. в рамках розвитку міжнародних зв'язків відбулась зустріч науково-педагогічних представників КУП НАН України та студентського самоврядування з Вільямом Еліотом Батлером, почесним доктором («Honoris Causa») КУП НАНУ, доктором права, професором Пенсільванського університету (США).

У рамках зустрічі відбулось обговорення здобутків й подальших практичних напрямів співробітництва між університетами України та США, а саме: можливість запровадження магістерської програми (LL.M) з університетом штату Пенсільванія, відвідування студентами КУП НАНУ курсів «Третейське право» та «Введення в американське право» на базі Пенсільванського університету.

Було узгоджено, що з жовтня 2015 р. на базі КУП НАН України буде запроваджене проведення Міжнародної науково-практичної конференції з порівняльного правознавства.

Під час візиту почесний гість мав можливість ознайомитись із здобутками університету, отриманими з часу останнього візиту професора Батлера до КУП НАН України, та взяти участь в університетській акції «Червона стрічка застерігає».

Надзвичайно приємним подарунком від поважного гостя, професора Батлера, були численні наукові праці, видані у Великій Британії та Сполучених Штатах Америки, з юриспруденції та різних напрямів науки та вищої юридичної освіти.

Вільям Батлер висловив впевненість у розвитку взаємовигідної співпраці та слова щирої вдячності ректору КУП НАНУ, професору Ю. Л. Бошицькому.

Лекція доктора, президента Латвійської Республіки 1999–2007 рр. Вайри Віке-Фрейберга

8 грудня 2014 р. магістранти Київського університету права НАН України відвідали лекцію доктора Вайри Віке-Фрейберга на тему «Latvia and Ukraine in Europe. Experiences and Opportunities». Лекція відбулась в рамках Kyiv International Lectures Series, які проводяться за ініціативою Київського національного університету імені Тараса Шевченка.

Вайра Віке-Фрейберга – латвійський державний діяч, шостий президент Латвійської Республіки (з 8 липня 1999 по 7 липня 2007), спецпосланник генерального секретаря ООН, віце-голова Групи експертів з довгострокового майбутнього Європейського Союзу, співголова Міжнародної Ради Міжнародного Центру Нізамі Гянджеві. Саме вона відіграла важливу роль для вступу Республіки Латвія в ЄС та НАТО.

Крім пані Вайри Віке-Фрейберга на лекції були присутні посол Швейцарії в Україні та Республіці Молдова Крістіан Шьоненбергер, посол Латвійської Республіки Аргіта Даудзе та інші поважні гості.

Від Київського університету права НАН України взяли участь магістранти факультету міжнародних відносин А. В. Шимон та К. Р. Величко.

Під час лекції розглядалися питання трансформації Латвії, політики щодо національних меншин, вибору безпекової політики, адміністративно-територіальної реформи. Під час лекції пані Віке-Фрейберга також зазначила історичні етапи розвитку як Латвії, так і України, їх відмінні та спільні риси. Доповідач акцентувала увагу на досвіді, який може стати у нагоді нашій державі під час реалізації європейської інтеграції, зауваживши при цьому, що в Україні необхідно якнайшвидше провести реформи в усіх сферах та привести національне законодавство у відповідність до права Європейського Союзу.

Круглий стіл на тему: «Відносини Україна – НАТО: проблеми і перспективи»

У рамках проведення святкування тижня міжнародного права на факультеті міжнародних відносин у Київському університеті права НАН України 9 грудня 2014 р. відбулося засідання круглого столу на тему: «Відносини Україна–НАТО: проблеми і перспективи».

Участь у круглому столі взяли студенти факультету міжнародних відносин КУП НАНУ. Організаторами та модераторами круглого столу виступили доценти кафедри міжнародного права та порівняльного правознавства – к.ю.н. Наталія Богданівна Мушак та к.ю.н. Олександр Олександрович Харчук.

Тематику наукової дискусії зумовила ситуація, що склалася довкола України, необхідність її аналізу та надання фахової оцінки студентами.

Так, обговорення питання міжнародної безпеки тісно пов'язане із здійсненням державами колективних дій, пов'язаних не лише із підтримкою миру і стабільності, а й підготовкою військових формувань держав відповідно до сучасних світових вимог. На європейському континенті саме НАТО залишається таким регіональним військово-політичним об'єднанням, який не лише дозволяє гарантувати безпеку своїм членам, а й шляхом залу-

чення до співпраці третіх країн, створює передумови до вироблення підходів конструктивного вирішення між-державних питань. Особливість Альянсу для України зумовлена тим, що країни-члени НАТО межують з кордонами України. Саме тому, під час проведення круглого столу значну увагу було приділено таким питанням, як: геополітична ситуація в євроатлантичному просторі, що склалась нині та її вплив на політичну, військову, економічну безпеку України; визначення ризиків, що постають перед нашою державою в контексті ігнорування необхідності проведення курсу на європейську інтеграцію; проведення аналізу розвитку відносин особливого партнерства між Україною та НАТО і визначення перспектив співробітництва нашої держави з Північно-атлантичним Альянсом у майбутньому; дослідження можливостей отримання від НАТО гарантій територіальної цілісності, незалежності й безпеки України та підтримки військовими озброєннями від держав-членів НАТО.

Отже, метою проведення круглого столу стало вивчення особливостей розвитку, стан та перспективи формування відносин між Україною і Організацією Північноатлантичного Договору в сучасній системі міжнародних відносин.

Студенти виявили високий рівень обізнаності та схильність до критичного аналізу міжнародних відносин, що обумовило активну дискусію під час заходу.

За результатами засідання круглого столу сформульовано висновки та основні положення щодо обговореної тематики:

1. Національна безпека країни стає непомірним одноосібним тягарем. Міжнародна безпека може бути забезпечена або за допомогою потенціалу стримування, тобто за рахунок участі у впливових міжнародних організаціях. Саме тому, для України зміцнення і забезпечення постійного зростання усіх складових не лише військових, а й політичних чи економічних можливе лише за умови інтеграції у євроатлантичне співтовариство.

2. З часів свого створення участь НАТО в розбудові безпеки і стабільності в Південно-Східній Європі вийшла за рамки підтримання миру і перетворилась на розвиток співпраці в галузі безпеки цього регіону.

3. Твердження, що передумовою вступу до НАТО має стати референдум, не повинно носити абсолютного характеру, оскільки тільки три країни з 26 членів Альянсу проводили референдум про вступ до НАТО, а, фактично, для цього вистачило відповідного рішення парламентів.

4. Без широкої суспільної підтримки вступ України до НАТО є неможливим. Така підтримка має забезпечуватись утвердженням сучасних національних державницьких ідеалів, поширенням серед широких верств громадськості сучасних знань щодо основ безпеки в умовах глобальних викликів і загроз, поліпшенням обізнаності населення України щодо діяльності НАТО.

5. Процес входження до НАТО є стимулюючим фактором для проведення внутрішніх політичних та соціально-економічних реформ усіх сфер суспільного життя, гармонізації законодавства з правовими нормами та демократичними принципами держав-членів НАТО, прискорення трансформації Збройних Сил України, встановлення цивільного демократичного контролю над оборонним та безпековим секторами держави.

6. Членство України в НАТО матиме глибоке цивілізаційне значення для нашої країни. Адже входження до Альянсу означає для України, перш за все, приєднання до сім'ї націй, що мають спільні демократичні цінності, які цілком поділяє український народ.

7. У період активних глобалізаційних процесів, ізоляціоністська політика є а рїогї програшною для держави. Відповідно до реалій сьогодення, необхідність співробітництва, зокрема, в оборонній сфері є нагальною потребою держав різних континентів, особливо важливим, це є для держав із низькою оборонною здатністю.

Круглий стіл студентів КУП НАНУ з представником університету Токіо Юзукі Нагакоші (Японія)

12 грудня 2014 р. в рамках розвитку міжнародних зв'язків Київського університету права НАН України відбувся круглий стіл з представником університету Токіо (Японія) – Юзукі Нагакоші.

Під час зустрічі основними питаннями для обговорення були:

- Історичний огляд розвитку Японії.
- Історія розвитку патентної системи Японії.
- Процедура подачі заявки на отримання патенту в Японії.
- Окремі питання патентної системи України.

Починаючи з періоду Мейдзі (період в історії Японії з 1868 по 1912 рр., що тривав від початку реставрації Мейдзі до вступу на трон імператора Тайсьо), Японія розпочала модернізацію й вестернізацію, метою яких було прагнення наздогнати за рівнем економічного і технологічного розвитку найрозвинутіші країни світу. Перший в Японії закон про патенти було ухвалено в 1888 р. Він перейняв основні риси американської системи, але містив і певні відмінності.

Після приєднання Японії до Паризької конвенції в 1899 р. було ухвалено новий закон, який привів законодавство Японії про патенти у відповідність до Паризької конвенції і поширив патентну охорону на іноземців. У наступних реформах законодавства Японії про патенти в 1909 і 1921 рр. помітним був вплив патентної системи Німеччини.

Що стосується процедури отримання патенту, то нерезиденти Японії не мають право самостійно (без патентного повіреного Японії) подавати заявки на реєстрацію торгових марок, патентів у Патентне відомство Японії.

Усі правові дії між патентним відомством Японії і нерезидентами здійснюються виключно через патентних повірених Японії.

Тематика круглого столу викликала жваву дискусію та зацікавленість серед студентів та мала практичну значимість для розвитку мовних навичок студентів, оскільки робочою мовою лекції було обрано англійську.

Майстер-клас керівника програм Департаменту країн з перехідною та розвинутою економікою ВОІВ пана Річарда Фрелека

16 грудня 2014 р. в рамках розвитку міжнародних зв'язків Київського університету права НАН України відбувся майстер-клас керівника програм Департаменту країн з перехідною та розвинутою економікою Всесвітньої організації інтелектуальної власності (Женева, Швейцарія) – Річарда Фрелека.

Під час майстер-класу пан Фрелек розглянув такі основні питання:

- що означає поняття «інтелектуальна власність»;
- що являє собою Всесвітня організація інтелектуальної власності (ВОІВ) та яке її основне призначення;
- вагомість діяльності ВОІВ для країн із перехідною економікою;
- значення політики інтелектуальної власності для діяльності університетів.

Почав свою зустріч пан Річард Фрелек з цитування слів всесвітньо відомого американського винахідника та підприємця Томаса Едісона: «There is a way to do it better – find it».

Говорячи про поняття «інтелектуальної власності», пан Фрелек зазначив, що головною ознакою об'єктів права інтелектуальної власності є те, що вони мають бути результатом інтелектуальної діяльності людини. Зокрема, до об'єктів інтелектуальної відноситься: авторське право, патенти, торгові марки, географічні зазначення.

Розглядаючи особливості діяльності Всесвітньої організації інтелектуальної власності, Річард Фрелек підкреслив, що на відміну від інших структурних підрозділів ООН, ВОІВ має джерела фінансування, що не залежать від внесків держав-членів. Головною метою діяльності ВОІВ заохотити творчу діяльність та забезпечити захист інтелектуальної власності в усьому світі.

Окремо пан Фрелек зупинився на аспектах діяльності Департаменту країн із перехідною та розвинутою економікою Всесвітньої організації інтелектуальної власності; існуючих моделей політики інтелектуальної власності в межах ВОІВ; особливостях співпраці ВОІВ з Україною. Окремо, пан Річард зупинився на досягненнях та подальших перспективах співпраці ВОІВ з КУП НАНУ.

Круглий стіл на тему: «Сучасні тенденції, загрози та перспективи у сфері розвитку інтелектуальної власності в правовій та комерційній площинах: вітчизняна та міжнародна практика»

16 грудня 2014 р. в стінах Київського університету права НАН України було проведено круглий стіл на тему: «Сучасні тенденції, загрози та перспективи у сфері розвитку інтелектуальної власності у правовій та комерційній площинах: вітчизняна та міжнародна практика», на якому обговорювалися актуальні проблеми права інтелектуальної власності в Україні та Європі, аналізуючи наявні теоретичні та практичні проблеми в законодавчо-правовій, економічній та міжнародній сферах інтелектуальної власності, від розв'язання яких залежать перспективи її подальшого розвитку, а відтак – розвитку нашої держави у цілому.

Із вступним словом до учасників круглого столу на пленарному засіданні звернувся ректор Київського університету права НАН України, професор Ю. Л. Бошицький. Він, зокрема, зазначив, що головна ціль державної політики в інтелектуальній сфері на середньострокову перспективу є сприяння формуванню та запровадженню сучасної моделі інтеграції інтелектуального потенціалу нації у внутрішній і світовий ринки, враховуючи як національну специфіку процесів перетворення інтелектуального надбання в конкурентоспроможну продукцію, так і відповідний світовий досвід. Забезпечення сталого розвитку економіки України потребує повноцінного використання наукового-технічного потенціалу в процесі технологічної модернізації економіки, спрямування його на забезпечення реальних потреб розвитку економіки нашої країни на базі інноваційної моделі. Мета Національної стратегії повинна забезпечити рівень правової, інституційної та соціальної бази, який відповідає міжнародно визнаним стандартам, для створення, охорони, захисту та найбільш повного використання інтелектуального потенціалу нації в інтересах розвитку конкурентоздатної економіки України, максимально заснованої на знаннях та інноваціях.

При цьому інтелектуальна власність має стати фундаментальним і міцним інструментом створення сприятливого середовища для творчої активності та вільної конкуренції, як базових засад економічного, соціального й культурного розвитку нашої держави.

У роботі круглого столу брали участь керівник програм Департаменту країн з перехідною та розвинутою економікою Всесвітньої організації інтелектуальної власності Річард Фрелек, посол Румунії в Україні Корнел Іонеску, професор Батумського державного університету ім. Шота Руставелі Ібраїм Дідманідзе, директор австрійсько-культурного форуму Якуб Форст-Баталіі, помічник Голови Державної служби інтелектуальної власності України Заблоська-Дроган Надія, голова Вишого господарського суду України Б. Ю. Львов, президент Товариства «Україна – Болгарія», Член Національної Спільноти журналістів України, доктор філософії, почесний доктор Київського університету права НАНУ Ю. І. Седих.

Обговорюючи проблемні питання круглого столу, деякі учасники виступали з доповідями, а саме: керівник програм Департаменту країн з перехідною та розвинутою економікою ВОІВ Річард Фрелек, доктор юридичних наук, професор кафедри цивільного та трудового права КУП НАНУ Р. Б. Шишка, академік НАН України, академік-секретар відділення історії, філософії та права НАН України О. С. Онищенко, професор Батумського державного університету ім. Шота Руставелі Ібраїм Дідманідзе та інші.

У рамках роботи круглого столу учасники торкалися таких проблем: питання нормативно-правового регулювання інтелектуальної власності та інноваційної діяльності на національному та міжнародному рівні,

найгостріші проблеми права промислової власності, тонкощі управління інноваційними проектами та системою інтелектуальної власності організацій, практичні аспекти правової охорони засобів індивідуалізації товарів, робіт та послуг, науково-фундаментальні та прикладні проблеми правового регулювання авторського права та суміжних прав, зокрема, в мережі Інтернет.

Цікавою для всіх учасників круглого столу стала презентація збірника I Міжнародної науково-практичної конференції: «Сучасні виклики і актуальні проблеми права інтелектуальної власності в Україні та Європі». До збірника увійшли матеріали, присвячені сучасним викликам та актуальним проблемам права інтелектуальної власності в Україні та Європі, проаналізовано наявні теоретичні та практичні проблеми в законодавчо-правовій, економічній та міжнародній сферах інтелектуальної власності, від розв'язання яких залежать перспективи її подальшого розвитку, а відтак – розвитку нашої держави у цілому.

Міжнародний правничий конкурс імені В. М. Корецького

11–12 грудня 2014 р. у стінах Європейського університету відбувся Міжнародний правничий конкурс імені В. М. Корецького з європейського права в галузі прав людини. Для участі в конкурсі від Київського університету права НАН України була створена команда зі студентів у складі: Тамари Кортукової (МП-51), Тетяни Чайковської (МП-21), Олександра Даценка (МП-21), та Ольги Пашковець (МП-51).

Міжнародний правничий конкурс імені В. М. Корецького (Volodymyr M. Koretsky International Law Competition) – престижний український правничий конкурс міжнародного рівня, який було започатковано Координаційною радою молодих юристів України при Міністерстві юстиції України 5 грудня 2007 р. Змагання направлені на те, щоб підвищити рівень правової еліти. Для учасників – це можливість отримати досвід, обмінятися думками і здобути нові знайомства.

У конкурсі взяли участь представники вищих юридичних навчальних закладів України. Конкурс складався із двох турів: письмового та усного. Письмовий полягав у виконанні завдань на підставі певної фабули та полягав у виконанні обов'язкового та факультативного завдань. У письмовому турі команда нашого університету посіла II місце. Усний етап (напівфінал) – полягав у тому, що переможці письмового туру виступали у судових дебатах перед кваліфікованим журі. Дебати проходили у формі модельного судового засідання Європейського суду з прав людини, в якому команди представляють Заявника та Уряд. У результаті жеребкування опонентом команди нашого університету стала команда Національного юридичного університету ім. Ярослава Мудрого. Наша команда показала високий рівень володіння знаннями та юридичним етикетом. Під час підготовки використовувався весь обсяг знань про захист прав людини: команда використовувала положення Конвенції про захист прав та основоположних свобод, а також інших міжнародних актів та практику ЄСПЛ. У фіналі команда КУП НАН України отримала Диплом III ступеня.

Особливу подяку учасники команди висловлюють наставникам, а саме: заступнику завідувача кафедри міжнародного права та порівняльного правознавства Е. В. Тітко та доценту кафедри міжнародного права та порівняльного правознавства М. І. Куртинцю.

Круглий стіл на тему: «Перспективи врегулювання Української кризи»

12–14 грудня 2014 р. в м. Тбілісі (Грузія) на базі Міжнародного Кавказького університету за сприяння фонду імені Фрідріха Еберта в Грузії відбувся круглий стіл на тему: «Перспективи врегулювання Української кризи».

У роботі круглого столу взяли участь делегації з Туреччини, Грузії, України та Росії.

Під час роботи круглого столу була приділена увага таким питанням: Гиресунський процес та роль Туреччини в урегулюванні української кризи; гуманітарна криза в Україні: оцінка ситуації і шлях мінімізації негативних наслідків; маніпуляційні технології і методи протистояння; право, суспільство, освіта в Україні; класичні університети як суб'єкти дипломатії миру в умовах трансгранічного протистояння; конституційні проблеми членства України в НАТО.

Київський університет права НАН України на заході представляла Олена Шотаєвна Чомахашвілі, завідувач кафедри конституційного, адміністративного, господарського права та процесу.

Круглий стіл на тему: «Ціннісні виміри права»

18 грудня 2014 р. кафедрою теорії та історії держави і права та студентами груп ПМЦ-51 та ПМГ-53 магістратури КУП НАНУ було проведено круглий стіл на тему: «Ціннісні виміри права: розуміння права».

У заході взяли участь завідувач кафедри теорії та історії держави і права к.і.н., доц. К. С. Лісова, старший викладач Р. В. Шурдук, професорсько-викладацький склад та студенти КУП НАНУ.

Було заслухано наукові повідомлення: «Основи ціннісно-етичного право розуміння» (Анна Жук); «Ціннісний вимір взаємодії принципів права і принципів моралі» (Ілона Григоренко); «Верховенство права як універсальна цінність» (Христина Бойко); «Правовий нігілізм в Україні: випадковість чи закономірність?» (Тетяна Чірко, Богдан Колесніков); «Принцип рівності в гендерних правовідносинах» (Ольга Артем'єва, Ніна Олійник); «Принцип рівності у праві як ціннісна складова гендерної політики» (Ганна Гречанник, Анна Оленченко); «Соціальна цінність права» (Анастасія Шандрук, Ольга Омельченко); «Принципи юридичної відповідальності в системі принципів права» (Тетяна Мельниченко, Вікторія Півень).

Під час обговорення учасники заходу дійшли висновку щодо необхідності ґрунтовного вивчення майбутніми юристами ціннісних вимірів права: розуміння права.

СВІТЛІЙ ПАМ'ЯТІ
ОЛЕКСАНДРА МИКОЛАЙОВИЧА МИРОНЕНКА



11 листопада 2014 р. пішов з життя **Олександр Миколайович Мироненко** – український правознавець, політолог, філософ, історик, доктор філософських наук, дійсний член Української академії політичних наук, член-кореспондент Академії правових наук України.

Олександр Миколайович народився 14 серпня 1942 р. в с. Покровське Веселинівського району Миколаївської області в селянській родині. Його життєвий шлях був сповнений невтомною працею, прагненням духовного й наукового поступу. Цілеспрямованість, постійний пошук досконалості, поєднання принципості й толерантності були глибинними рисами його характеру, якими він передусім завдячував батькам – Миколі Яковичу та Марії Гнатівні – невтомним трударям, сердечним і мудрим наставникам, відданим своїм дітям. Інтелектуальна обдарованість Олександра Миколайовича виявилася ще в дитячі роки, він неодноразово був переможцем районних, міських, обласних та республіканської (1958 р.) олімпіад, закінчив школу із золотою медаллю. Трудову діяльність розпочав слюсарем на суднобудівному заводі у м. Миколаєві (1959–1962 рр.). Після служби в армії працював у комсомольських та партійних органах (1965–1983 рр.).

Закінчив в 1971 р. юридичний факультет Одеського університету, в 1977 р. – Академію суспільних наук у Москві, займався науково-педагогічною діяльністю. У цей період з-під пера О. М. Мироненка виходять перші монографічні праці, десятки брошур, сотні наукових статей, низка наукових статей була опублікована за кордоном. У 1977–2000 рр. О. М. Мироненко неодноразово був удостоєний дипломів і нагород за кращі монографічні видання. У 1988 р. О. М. Мироненко блискуче захистив докторську дисертацію на тему «Глобальні проблеми на межі третього тисячоліття (соціально-політичний аспект)».

У своїх наукових працях та суспільно-політичній діяльності він завжди обстоював громадянську позицію, за що не раз потрапляв «у немилість» до керівництва партійних органів. Громадське визнання плідних результатів діяльності ученого виявилось в численних рецензіях на його праці, опублікованих в Україні, Росії, Польщі, Чехії, Словаччині, Канаді, США та інших країнах.

З 1983 р. працював в Інституті держави і права ім. В. М. Корецького НАН України: старшим науковим співробітником, завідувачем відділу історії держави і права УРСР, історико-політологічних досліджень держави і права України (1988–1996 рр.), головним науковим співробітником (з 1996 р.). У 1994 р. здобув вчене звання професора. У 1997 р. був удостоєний почесного звання заслуженого діяча науки і техніки України.

З 1988 р. – голова секції Ради з координації фундаментальних правових досліджень НАН України. З 1993 р. – член-кореспондент Національної академії правових наук України. З 1994 р. – голова Комісії по вивченню історії українського права при Президії НАН України. У жовтні 1996 р. Верховна Рада України призначила О. М. Мироненка суддею Конституційного Суду України. У 2004 р. він був удостоєний звання Лауреата Державної премії в галузі науки і техніки України. Після завершення строку перебування на виборній державній посаді у 2005 р. повернувся на роботу в Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України на посаду головного наукового співробітника відділу історико-правових досліджень. Деякий час виконував обов'язки ректора Київського університету права НАН України.

Численні праці О. М. Мироненка присвячені проблемам історії держави і права, політичної і правової думки, філософії права і політології. Останнім часом Олександр Миколайович зосередився на вивченні історії становлення і розвитку конституційної юстиції в Україні і світі, досліджував особливості передісторії та історії народження і становлення Конституційного Суду України як єдиного органу конституційної юрисдикції, що гарантує верховенство права і найвищу юридичну силу Конституції України. Досліджував видатний внесок вітчизняних і зарубіжних правознавців у еволюцію ідей конституційної юстиції, у процес започаткування ними європейської моделі конституційної юрисдикції, її концептуальних засад. Аналізував доктринальні і прикладні передумови створення першого в Україні конституційного суду, його організацію, повноваження, порядок діяльності, практику конституційного судочинства, набутий досвід, дискусійні акти, невирішені проблеми й пропонував шляхи їх розв'язання та підвищення ефективності вітчизняного конституційного правосуддя.

Основні праці О. М. Мироненка: індивідуальні монографії «Боротьба за мир і глобальні проблеми сучасності» (1985 р.), «Розв'язання загальнолюдських проблем: перший досвід і гальмівні фактори»

(1986 р.); «Розв'язання проблем ядерної доби» (1989 р., французькою мовою), «Світоч української державності: політико-правовий аналіз діяльності Центральної Ради» (1995 р.), Витоки українського революційного конституціоналізму 1917–1920 рр.: теоретико-методологічний аспект (2002 р.), Конституційний Суд України: історія і сучасність, доктрина і практика (2011 р.); колективні монографії, підручники та енциклопедично-довідкові видання «Політологія» (1992 р.); «Мала енциклопедія етнодержавознавства» (1996 р.), «Історія держави і права України» (т. 1–2, 1996 р.), «Етнос і держава: основи етнодержавознавства» (1996 р.), «Українське державотворення: невitreбуваний потенціал» (1997 р.), «Історико-політичні уроки української державності» (1998 р.); «Юридична енциклопедія» (т. 1–6, 1998–2004 рр.); «Український парламентаризм: історія і сучасність» (1999 р.), «Правова ідеологія і право України на етапі становлення тоталітарного режиму (1929–1941)» (2001 р.), «Джерела української гуманітарної думки» (2002 р.), «Історія вчень про державу і право» (2010 р.).

Високий професіоналізм, творча наснага, невтомна енергія та надзвичайна працездатність Олександра Миколайовича дозволили реалізувати його ідеї у понад 1000 наукових працях. О. М. Мироненко був талановитим педагогом-наставником. Він підготував близько 20 кандидатів і докторів політичних і юридичних наук. Здійснював законопроектну та значну науково-громадську роботу, зокрема входив до багатьох редакційних колегій наукових фахових видань, спеціалізованих вчених рад із захисту дисертацій, науково-консультативних органів тощо.

За свою наукову, державну і громадську діяльність удостоєний багатьох державних нагород і вищих відомчих відзнак, зокрема Почесної грамоти президії НАН України і відзнаки НАН України «За підготовку наукової зміни».

Досвід наукової, науково-громадської та педагогічної діяльності Олександра Миколайовича став у нагоді й ще довго надихатиме багатьох його колег, учнів, соратників, які знали його не тільки як талановитого ученого та принципового, вимогливого і справедливого колегу, а й як турботливого й відданого чоловіка і сім'янина.

Глибокi знання, наполегливість, самовідданість, безкорисливість Олександра Миколайовича назавжди залишаться у пам'яті співробітників Інституту і всіх тих, кому хоч раз довелося працювати з цієї доброзичливою і широкою людиною. Світла пам'ять про нього завжди житиме в серцях його колег, рідних, друзів, вдячних сучасників та прихильників його ідей.

*Колектив Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України
Колектив Київського університету права НАН України
Редколегія «Часопису Київського університету права»*

СВІТЛІЙ ПАМ'ЯТІ ВІТАЛІЯ ІВАНОВИЧА СЕМЧИКА



9 грудня 2014 р. на 88-му році життя перестало битися серце видатного вченого-аграрника України, головного наукового співробітника України Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, голови ради науково-правових експертиз при Інституті, заслуженого діяча науки і техніки України, лауреата Державної премії УРСР у галузі науки і техніки, члена-кореспондента НАН України, дійсного члена Національної академії правових наук України Віталія Івановича Семчика

Народився Віталій Іванович 19 липня 1927 р. в с. Байківка Калинівського району на Вінниччині в селянській родині.

Однак, його – вихідця з хліборобської сім'ї – доля не відразу привела у непростий, відповідальний і величний світ аграрно-правових досліджень. Мабуть, враховуючи політичну, ідеологічну, соціально-економічну та інтелектуальну складність взаємодії права з суспільними процесами в аграрній сфері, вона тривалий час готувала його до почесної місії дослідника даної проблематики, ведучи Віталія Івановича іншими шляхами, де він набував необхідного життєвого і фахового досвіду. Так, після служби у 1944–1951 роках в армії, Віталій Іванович «скуштував хліба» організатора партійної роботи на ряді відділків Південно-Західної залізниці та в колгоспах Київщини. З 1958 року, після здобуття юридичної освіти на юридичному факультеті Київського державного університету ім. Т. Г. Шевченка, він став на шлях юриста-практика, здобуваючи безцінний досвід юридичної роботи в якості адвоката, завідувача Фастівської юридичної консультації Київської обласної колегії адвокатів, народного судді, голови Фастівського міського народного суду Київської області.

І тільки в 1975 році, вже будучи зрілою людиною і досвідченим правознавцем, Віталій Іванович Семчик вирішив присвятити своє життя науковому пошуку шляхів підвищення ролі та ефективності права у вирішенні тих складних суспільних проблем, з якими він стикався на практичній роботі. Значну роль у зміні Віталієм Івановичем професійної діяльності відіграла його зустріч на початку 70-х рр. XX століття з видатним українським юристом-аграрником доктором юридичних наук, професором Василем Зіновійовичем Янчуком. Між ними зав'язалася багаторічна творча співпраця, яка істотно вплинула на подальшу професійну діяльність В. І. Семчика. Так, у 1974 р. Віталій Іванович закінчив навчання в аспірантурі при Київському державному університеті ім. Т. Г. Шевченка, де під керівництвом В. З. Янчука підготував та успішно захистив дисертаційне дослідження на тему «Правове становище спеціалістів колгоспу».

Працюючи у 1970–1980 рр. старшим, провідним, головним науковим співробітником Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, Віталій Іванович провів низку наукових досліджень актуальних питань правового забезпечення розвитку сільського господарства, на основі яких опублікував ряд цікавих наукових робіт. Серед них слід виділити монографії: *Правовое положение специалистов колхозов.* – М.: Юрид. лит., 1979. – 152 с. (у співавт. з В. З. Янчуком); *Имущественные правоотношения в сельском хозяйстве.* – К.: Наук. думка, 1984. – 231 с.; *Конституция УССР: реализация ее принципов и норм / Отв. ред. А. П. Таранов.* – К.: Наук. думка, 1988. – 328 с.; *Колхозно-кооперативная собственность. // Право собственности в СССР: проблемы, дискуссии, предложения / Под ред. Ю. К. Толстого и В. Ф. Яковлева.* – М.: Юрид. лит., 1989. – С. 106–107; 118–124; *Право колхозной собственности в условиях перестройки // Право собственности в условиях совершенствования социализма / Под ред. М. И. Козыря.* – М.: ИГП АН СССР, 1989.

Саме ці наукові праці засвідчили появу в науковому середовищі України авторитетного юриста-аграрника, наукового лідера та вихователя молодих науковців. Тому не випадково у 1992 р. В. І. Семчик був обраний членом-кореспондентом НАН України, а в 1993 р. він став дійсним членом Академії правових наук України.

У 90-х рр. XX століття наукова діяльність Віталія Івановича стала особливо багатогранною та плідною. З 1991 р. і по 2013 рік Віталій Іванович очолював відділ проблем аграрного, земельного та екологічного права Інституту, який під його началом став провідним вітчизняним науковим центром з проведення аграрно-правових, земельно-правових та еколого-правових досліджень. Під його керівництвом та за його участі були підготовлені такі наукові монографії та навчальні посібники, як: «Нові форми сільськогосподарського виробництва (організаційно-правові питання)» (відп. ред., у співавт., 1994), «Право власності за Конституцією України» (1997), «Аграрне законодавство України: проблеми ефективності» (відп. ред., у співавт., 1998), «Аграрне право України» (у співавт., 1996, 1999, 2004), «Кооперативне право» (2001), «Державотворення в Україні: досвід, проблеми, перспективи» (у співавт., 2001), «Організаційно-правові питання аграрної реформи в Україні» (2003), «Земельне право» (у співавт., 2003, 2004), «Організаційно-правові засади розвитку аграрного і земельного ринків в Україні» (2005), «Інвестиційна діяльність у сільському господарстві: правові аспекти» (2008), «Правовая система Украины: история, состояние и перспективы», Т. 4 (у співавт., 2011), «Проблеми розвитку аграрного та земельного права України» (у співавт., 2013), *Науково-практичний коментар Господарського кодексу України»* (2012). За редакцією В. І. Семчика видано 4 підручники,

в тому числі перший і єдиний в Україні підручник «Кооперативне право». Багато зусиль В. І. Семчик віддав підготовці наукових кадрів. Під його керівництвом підготовлено понад 40 докторів і кандидатів юридичних наук.

У 1992 р. Віталій Іванович фактично заснував та очолив Раду науково-правових експертиз при Інституті держави і права, висновки якої сприяють вирішенню складних юридичних проблем у практиці застосування вітчизняного законодавства. У 1996 р. Віталій Іванович очолив вперше створену при Інституті спеціалізовану вчену раду із захисту докторських і кандидатських дисертацій з аграрного, екологічного, земельного, цивільного та кримінального права, яка продуктивно працювала під його керівництвом. Верховний Суд України та Вищий арбітражний (згодом господарський) суд України включили Віталія Івановича до складу своїх науково-методичних рад, в роботі яких він брав активну участь. Віталій Іванович у 1997 р. організував та тривалий час очолював кафедру аграрного, екологічного і підприємницького права Київського університету права НАН України, а у 2002 р. він також створив Центр енергетичного та ядерного права при Інституті держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. Зазначені кафедра і Центр стали важливими науковими та науково-експертними підрозділами.

Протягом багатьох років В. І. Семчик був незмінним членом Вчених рад Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, Київського університету права НАН України, Інституту інтелектуальної власності Національної академії правових наук України, заступником головного редактора журналу «Судова апеляція», членом наукової ради журналів «Право України», «Інтелектуальний капітал», членом редакційної колегії журналів «Часопис Київського університету права», «Вісник господарського судочинства», «Конкуренція», збірників наукових праць Інституту держави і права ім. В. М. Корецького «Правова держава» та «Держава і право», шеститомного видання «Юридична енциклопедія» та інших видань.

Принципова наукова оцінка складних правових явищ – характерна риса дослідницького кредо Віталія Івановича. Так, наприклад, коли у середині 90-х рр. ХХ століття високопосадові «реформатори» спрямували розвиток правового регулювання аграрних відносин у черговий «глухий кут», Віталій Іванович опублікував у 1997 р. у головному науковому виданні Інституту – «Правовій державі» – статтю «Земельний пай не може бути об'єктом оренди», доводячи хибність розвитку законодавства про оренду земельних паїв, оскільки останні не можуть в принципі бути об'єктом земельно-орендних правовідносин. Принципова наукова позиція Віталія Івановича з цієї та інших проблем служить методологічним дороговказом як для досвідчених колег по «науковому цеху», так і для молодих дослідників, які роблять перші кроки в юридичній науці.

Дуже плідною була й законопроектна діяльність В. І. Семчика. Він ініціював розробку та брав активну участь у проєкті законів України «Про селянське (фермерське) господарство» (1992 р.), «Про сільськогосподарську кооперацію» (1997), Земельного кодексу України (2001) та інших, які були прийняті Верховною Радою України.

Наукові здобутки В. І. Семчика відзначені орденами Богдана Хмельницького III ступеня, «За заслуги» III, II ступеня (2002, 2012), орденом князя Ярослава Мудрого V ступеня (2007), Почесною грамотою Кабінету Міністрів України (2002), Почесною грамотою Верховної Ради України (2009), Почесною грамотою національного університету біоресурсів і природокористування (2011). Він також є лауреатом Премії імені Ярослава Мудрого (2009). Крім того, В. І. Семчик нагороджений орденом УПЦ Святого рівноапостольного князя Володимира III ступеня (2001), орденом «Святий князь Володимир» IV ступеня (2001), а також одинадцятьма медалями, зокрема «За победу над Германией в Великой Отечественной Войне 1941–1945 годов» (1945) та «Ветеран труда» (1984).

Таким залишиться у нашій пам'яті Віталій Іванович Семчик – Вчений, Дослідник, Вихователь.

Висловлюємо глибокі співчуття рідним та близьким Віталія Івановича.

Світла пам'ять про визначного вченого та прекрасну людину назавжди збережеться у серцях тих, хто його знав.

*Колектив Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України
Колектив Київського університету права НАН України
Редколегія «Часопису Київського університету права»*

До відома авторів

Просимо вас дотримуватися правил підготовки, комплектації та оформлення рукописів для «Часопису Київського університету права». Авторські рукописи мають бути оформленими відповідно до державних стандартів і відповідати вимогам Постанови ВАК України №7-05/1 від 15.01.2003 р.: «...*приймати до друку... лише наукові статті, які мають такі необхідні елементи: постановка проблеми у загальному вигляді та її зв'язок із важливими науковими чи практичними завданнями; аналіз останніх досліджень і публікацій, в яких започатковано розв'язання даної проблеми і на які спирається автор; виділення невиділених раніше частин загальної проблеми, котрим присвячується означена стаття; формулювання цілей статті (постановка завдання); виклад основного матеріалу дослідження з повним обґрунтуванням отриманих наукових результатів; висновки з даного дослідження і перспективи подальших розвідок у даному напрямі*» (Бюлетень ВАК України, № 1, 2003).

1. Редакція приймає до друку статті українською або російською, або англійською мовами.

Файл з текстом наукової статті має містити:

– відомості про автора (ім'я, по батькові повністю, прізвище, вчений ступінь, вчене звання, посада, місце роботи, службовий і мобільний телефони, E-mail);

– розширене УДК статті;

– назва статті, резюме (800–1000 знаків) та ключові слова (5–7 слів або словосполучень) українською, російською та англійською мовами);

– окремим файлом надається розширена (1,5–2 сторінки: шрифт – 14 pt.; інтервал між рядками – 1,5) анотація англійською мовою.

До тексту додаються диск з рукописом (Microsoft Word) та рецензія-рекомендація.

2. Вимоги до оформлення тексту рукопису.

2.1. Папір формату А4; параметри сторінки: верхній і нижній береги – 20 мм, лівий – 30 мм, правий – 15 мм; шрифт Times New Roman – 14 pt.; інтервал між рядками – 1,5.

2.2. Посилання на джерела оформлюються як прикінцеві виноска – індексом (арабськими цифрами).

2.3. Бібліографічні описи джерел мають обов'язково містити прізвище та ініціали авторів, назви їхніх праць, місто та рік видання, видавництво, загальну кількість сторінок тощо.

2.4. Авторські примітки оформлюються наприкінці сторінок з використанням символу * як знаку виноска.

3. Обсяг авторських рукописів. Обсяг статті – до 0,5 обл. вид. арк. (до 20 тис. зн. з пробілами); наукових повідомлень, рецензій тощо – до 0,25 обл. вид. арк.

Рукописи, що не відповідають вимогам, зазначеним у п. 1–3, редакція не реєструє й не розглядає з метою публікації.

Рукописи і рецензії редакція не повертає.

Автори частково оплачують публікацію.

«Часопис Київського університету права» внесено до переліку фахових видань за спеціальністю «Юридичні науки» (постанова Президії ВАК України № 1-05/6 від 12.06.2002 р.; постанова Президії ВАК України № 1-05/3 від 14.04.2010 р.).

Ліцензійною угодою від 10.10.2014 р. «Часопис Київського університету права» внесено до Міжнародної наукометричної бази даних HeinOnline.

Приймання рукописів, квитанції на оплату:

Київський університет права НАН України
вул. Терещенківська, 2. *Тетяна Володимирівна*, тел.: 235-63-24.
E-mail: chasprava@ukr.net

Нагадуємо:

відповідальність за достовірність інформації, що міститься в статтях і повідомленнях часопису, лежить на їхніх авторах; у статтях і повідомленнях часопису висловлені погляди їхніх авторів, які не завжди збігаються з поглядами редакції; листування з читачами тільки на сторінках часопису; рукописи і рецензії авторам не повертаємо.

Редакція часопису