

ЧАСОПИС КИЇВСЬКОГО УНІВЕРСИТЕТУ ПРАВА

Український науково-теоретичний часопис

Заснований
у жовтні 2001 року

2018/3

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.,
Горбатенко В.П.,
Костенко О.М.,
Кулинич П.Ф.,
Луць В.В.,
Онішук М.В.,
Пархоменко Н.М.,
Савчук К.О.,
Усенко І.Б.,
Ходаківська Т.В. (редактор)

Іноземні члени редакційної колегії

Райнер Арнольд (Німеччина),
Уільям Батлер (США),
Арнольд Варенвальд (Німеччина),
Адам Махарадзе (Грузія),
Вероніка Сікора (Угорщина),
Андраш Торма (Угорщина),
Герберт Шамбек (Австрія),
Анджей Шміт (Польща)

Рекомендовано до друку
Вченою радою
Київського університету права
НАН України
(протокол № 2 від 01.11.2018)
Вченою радою
Інституту держави і права
ім. В.М.Корецького
НАН України
(протокол № 10 від 20.11.2018)

Передплатний індекс
23994

ISSN 2219-5521

ЗМІСТ

<i>Бошицький Ю.Л., Загришева Н.В.</i> Розвиток Київського університету права Національної академії наук України у 2018/2019 навчальному році: кроки до створення університету світового класу	4
Видатні правознавці України	
<i>Бондарук Т.І.</i> Терни і зірки академіка ВУАН Оникія Малиновського (до 150-річчя від дня народження)	10
Теорія та історія держави і права. Філософія права	
<i>Куян І.А., Андрушко І.П.</i> Правовий патріотизм як оптимальна модель державницької ідеології України	15
<i>Бігун В.С.</i> Добросесність як нормативно закріплена інституційна об'єктивація чесноти у сфері правосуддя	21
<i>Гайдюлін О.О., Запороженко А.В.</i> Компаративна інтерпретація понять законодавчого регулювання та правової дискреції: досвід Казахстану та перспективи для України	26
<i>Григорчук М.В.</i> Загальнонаукові підходи до розуміння захисту як універсального інструменту відновлення порушеного права	29
<i>Іванов О.Ю.</i> Становлення централізованої державності в Японії (I–VII ст. ст.): історико-правовий аспект	32
<i>Кривицький Ю.В.</i> Правова реформа: теоретико-прикладні виміри актуалізації проблеми	37
<i>Окіпнюк В.Т.</i> Слідча діяльність органів державної безпеки УРСР (середина 1930-х – початок 1950-х років): історико-правовий аналіз	41
<i>Самойленко О.О.</i> Проблеми пенітенціарної системи на прикладі Київської губернії (кінець XIX – початок XX ст.)	45
<i>Токарчук О.В.</i> Переяславський договір 1654 р. в оцінці вчених діаспори у 20–40 рр. XX ст.	50
<i>Цветкова Ю.В.</i> Від Аугсбургу до Аугсбургу: загальноімперські нормативно-правові акти, що регулювали свободу протестантського віросповідання в середині XVI ст.	54
<i>Васін М.С.</i> Правові аспекти взаємодії держави і релігійних організацій у сфері розвитку пенітенціарного капеланства	58
<i>Головко А.Л.</i> Загальнотеоретична конструкція механізму здійснення охорони навколишнього природного середовища в Україні	62
<i>Дубінко Д.О.</i> Подолання практики втручання в процес функціонування судової влади	66
<i>Левенець Б.Б.</i> Типова модель судового правозастосування	69
<i>Фляжнікова Я.В.</i> Історичні витoki етичних правил у професії адвоката	73

Конституційне право та конституційний процес в Україні

<i>Рудик П.А.</i> Про стандарти добору кандидатів на посаду судді в основних міжнародних і європейських документах	77
<i>Гаєва Н.П.</i> Об'єднання громадян як суб'єкти громадського контролю: термінологічний аспект	81
<i>Суржинський М.І.</i> Громадянство Європейського Союзу: проблеми визначення	86
<i>Сметана В.В.</i> Міжнародно-правові стандарти захисту прав людини у сфері місцевого самоврядування	89

Адміністративне право і процес. Фінансове право. Інформаційне право

<i>Бухтіярова І.Г., Носова А.С.</i> Громадські організації щодо функціонування інституту материнства в Україні	96
<i>Горбань Н.С.</i> Особливості взаємодії органів державної виконавчої служби та митниць Державної фіскальної служби під час передавання майна, конфіскованого за рішенням судів, та розпорядження ним	100
<i>Гусєва К.А., Мартинова М.В.</i> Діяльність уповноважених підрозділів органів Національної поліції у сфері запобігання та протидії домашньому насильству та гендерної дискримінації	104
<i>Квітка Я.М., Дмитрик Р.В.</i> Звільнення поліцейського з органів Національної поліції за власним бажанням	109
<i>Харенко О.В.</i> Адміністративний розсуд у діяльності суб'єктів публічного адміністрування	113
<i>Іванов Ф.О.</i> Принципи правового регулювання адміністративно-деліктних відносин у сфері використання та охорони природних ресурсів в Україні	116
<i>Кеба Є.Г.</i> Стан наукових досліджень та законодавства України щодо територіальної організації влади як об'єкта адміністративно-правового забезпечення	121
<i>Лоук І.А.</i> Створення банку як предмет адміністративно-правового регулювання	125
<i>Нефедова А.В.</i> Адміністративно-правова кваліфікація та кваліфікація адміністративних проступків: визначення і співвідношення понять	129
<i>Романенко Є.О.</i> Досвід правового регулювання застосування програмно-цільового методу в бюджетній сфері на прикладі Федеративної Республіки Німеччина	134
<i>Хамзін Т.Р.</i> Деякі практичні аспекти застосування адміністративно-правової відповідальності за порушення митних правил за статтею 476 Митного кодексу України	138
<i>Яровий К.В.</i> Адміністративно-правове регулювання принципів взаємодії Національної поліції України з суб'єктами публічної адміністрації на території проведення операції Об'єднаних сил	142

Проблеми цивільного та підприємницького права в Україні

<i>Гончаренко О.М.</i> Питання мети, функцій та завдань саморегулювальних організацій	146
<i>Грамацький Е.М.</i> Правова кваліфікація у міжнародному приватному праві: проблемні питання	151
<i>Гуйван П.Д.</i> Феномен взаємних перебігів набувальної та позовної давностей	155
<i>Гук Б.М.</i> Особливості правового статусу завідувача кафедри закладу вищої освіти: теоретичні аспекти і практичні проблеми	160
<i>Кожевникова В.О.</i> Межі та обмеження здійснення права на визначення та зміну імені дитини	165
<i>Мазаракі Н.А.</i> Медіація в Україні як соціальний та правовий інститут	169
<i>Плахотнюк Н.В., Григоренко М.В.</i> Захист прав людини як пацієнта при трансплантації органів і тканин: міжнародний та національний рівень	174
<i>Скрипник В.Л.</i> Тварини як джерело підвищеної небезпеки	179
<i>Аветисян М.Р.</i> Зміст організаційно-правової форми господарювання	183
<i>Волкова А.О.</i> Житлова сфера в Україні: стан та перспективи правового забезпечення досягнення балансу між економічною ефективністю та соціальною справедливістю	189
<i>Джабурія О.О.</i> Принципи організації і діяльності адвокатури та їх вплив на організаційні форми адвокатської діяльності в умовах реформування адвокатури України: постановка проблеми	197
<i>Мельник І.А.</i> Правова природа договору споживчого кредитування	201
<i>Хоменко В.О.</i> Правові наслідки прийняття рішення про припинення господарського товариства	204

Проблеми права інтелектуальної власності

<i>Коверзнева Г.П., Коверзнев М.С.</i> Правове забезпечення трансляції в ефірі роликів з Youtube	210
<i>Бука Р.В.</i> Окремі аспекти запровадження суду з інтелектуальної власності в Україні та зарубіжний досвід	212
<i>Вишар Ю.Ю.</i> Міжнародно-правові акти у сфері правової охорони інтелектуальної власності на лікарські засоби	215
<i>Ткачук Г.В.</i> Щодо відшкодування збитків за порушення прав на торговельні марки	222

Аграрне, земельне та екологічне право

<i>Федчишин Д.В.</i> Теоретичні питання процедури здійснення права на приватизацію земельних ділянок	227
--	-----

Кримінальне право та кримінологія

<i>Андрушко А.В.</i> Проблеми кваліфікації захоплення заручників	231
<i>Біленчук П.Д., Обіход Т.В.</i> Кібербезпека і засоби запобігання та протидії кіберзлочинності й кібертероризму	235
<i>Бойчук Д.В.</i> Проблеми законодавчого регулювання відсторонення від посади як заходу забезпечення кримінального провадження	240
<i>Войтенко І.С.</i> Банківські кредитні картки як засіб вчинення шахрайства	246
<i>Волошина В.К.</i> Верховенство права та законність як принципи кримінального провадження в розрізі практики Європейського Суду з прав людини	250
<i>Кулик К.Д.</i> Причини вчинення неповнолітніх в Україні	255
<i>Миронюк Т.В., Король М.Г.</i> Торгівля людьми як глобальна проблема сучасності	259
<i>Падалка А.М.</i> Удосконалення традиційних та розробка нових криміналістичних методів розслідування організованої злочинної діяльності у сфері оподаткування	263
<i>Сметаніна Н.В., Попова Д.І.</i> Значення впровадження комплаєнс-програм для зростання прозорості українського бізнесу ...	266
<i>Віблій Є.В.</i> Деякі проблеми призначення покарання за незакінчений злочин	270
<i>Данилова І.О.</i> Щодо кримінального провадження на морському чи річковому судні, що перебуває за межами України під прапором України, якщо це судно приписано до порту, розташованого в Україні	273

<i>Дерновий В.В.</i> Правова основа здійснення міжнародно-правової допомоги при проведенні процесуальних дій під час розслідування заволодіння чужим майном, вчиненого особою шляхом зловживання службовим становищем із залученням іноземців	277
<i>Дзюба А.Ю.</i> Виховання як основна ідея ювенального кримінального права ФРН	281
<i>Курілець П.А.</i> Сутність поняття «пробация» та її завдання за кримінально-виконавчим законодавством України	287
<i>Місюра Л.Ю.</i> Актуальні питання повідомлення особі про підозру у кримінальних провадженнях у сфері довілля	290
<i>Тимошук В.Є.</i> Процесуальні дії, що проводяться під час з'ясування обставин кримінального провадження та перевірки їх доказами	295

Правова система України й міжнародне право, порівняльне правознавство

<i>Попко В.В.</i> Правовий імунітет та принцип недопустимості посилання на офіційне чи посадове становище особи при здійсненні транснаціонального злочину	300
<i>Савчук К.О., Проценко І.М.</i> Міжнародні договори SOFA/SOMA: особливості укладення та змісту	306
<i>Глуценко К.В.</i> Становлення міжнародно-правового співробітництва держав у сфері вищої освіти в рамках ЮНЕСКО	310
<i>Дев'яткіна М.С.</i> Забезпечувальні заходи та пришвидшена процедура розгляду спору в новій редакції Регламенту МКАС при ТПП України: аналіз та пропозиції з удосконалення	314
<i>Демчишина В.Р.</i> Правові інструменти регулювання співпраці України з Європейським Союзом у сфері міграції	318

Гість номера

<i>Акуленко В.І.</i> Дещо про нормативне регулювання «реституції» культурних цінностей з України	323
--	-----

Студентська трибуна

<i>Коломієць Н.А.</i> Проблемні питання створення та функціонування спеціалізованого антикорупційного суду в Україні крізь призму світового досвіду	331
<i>Маалулі О.В.</i> Добросесність як одна із вимог сучасного антикорупційного законодавства	335
<i>Макаренко О.О.</i> Відповідальність за порушення у сфері прав інтелектуальної власності	339
<i>Малиновська М.В.</i> Правове регулювання торговельних відносин Європейського Союзу з третіми країнами	341
<i>Легка О.О.</i> Охорона прав інтелектуальної власності: актуальні проблеми	345
<i>Третякова М.В.</i> Протидія неприхованій агресії РФ: політико-дипломатичний інструментарій України на тлі глобальних і регіональних викликів та загроз	348

Рецензії

<i>Коверзєва Г.П.</i> Актуальне видання з конституційного права Польщі	350
--	-----

Наукова хроніка

Майстер-клас доктора права, професора Пенсильванського університету (США) Вільяма Батлера	355
Науково-практична конференція з глобальної цифрової комунікації і кібербезпеки	355
Професор КУП НАН України Ніна Карпачова з доповіддю на Пекінському Форумі з прав людини	356
Науково-практична конференція «Проблеми ювенальної юстиції: європейський досвід, українські реалії»	356
Майстер-клас японських дипломатів Хошіно Юічі та Кирила Ярошика	357
Зустріч із заступником Генерального прокурора – керівником Спеціалізованої антикорупційної прокуратури Назаром Холодницьким	357
Круглий стіл на тему: «Концептуальні засади реформування адміністративного права та фінансового права України в сучасних умовах»	357
VI Міжнародна українсько-швейцарська науково-практична конференція «Сучасні виклики і актуальні проблеми права інтелектуальної власності в Україні та Європі»	358
Міжвідомча науково-практична конференція «Актуальні проблеми криміналістики та судової експертології»	359
III Міжнародний форум інновацій «Innovation Market»	359

Редакційні повідомлення	360
--------------------------------------	-----

«Часопис Київського університету права» внесено до Міжнародної наукометричної бази «Index Copernicus International» (Польща)

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

«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;
наказ Міністерства освіти і науки України № 528 від 12.05.2015).**

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 *В.С.Жиборовський*
Комп'ютерне макетування: *О.С.Бондаренко*

Свідцтво про державну реєстрацію друкованого засобу масової інформації КВ № 16356-4828ПП від 19.02.2010 р.
Підп. до друку 27.11.2018. Формат 60×84 1/8. Друк офсетний. Ум.-друк. арк. 41,8. Обл.-вид. арк. 46,5. Наклад 500 прим.
Видання та друк: Київський університет права НАН України. 01601, м. Київ – 1, вул. Трьохсвятительська, 4. Тел. 278-73-11.

Ю.Л. БОШИЦЬКИЙ, Н.В. ЗАГРІШЕВА

*Юрій Ладиславович Бошицький, професор,
заслужений юрист України, ректор Київського уні-
верситету права НАН України*

*Надія Володимирівна Загрішева, кандидат юри-
дичних наук, проректор Київського університету
права НАН України*

РОЗВИТОК КИЇВСЬКОГО УНІВЕРСИТЕТУ ПРАВА НАЦІОНАЛЬНОЇ АКАДЕМІЇ НАУК УКРАЇНИ У 2018/2019 НАВЧАЛЬНОМУ РОЦІ: КРОКИ ДО СТВОРЕННЯ УНІВЕРСИТЕТУ СВІТОВОГО КЛАСУ

Реформування системи освіти, осмислення нових підходів та підвищена вимога до рівня знань правників сучасної України – це вектори розвитку, які сформулювала держава у 2018/2019 навчальному році перед Київським університетом права Національної академії наук України та іншими закладами вищої освіти, що надають освітні послуги із підготовки фахівців-правників.

На початку нового навчального року Київський університет окреслив тенденції розвитку, основні напрями роботи на річну перспективу. Однак, незважаючи на різні новели в роботі колективу, основні пріоритети та цінності залишаються незмінними. Насамперед це – підвищення якості освіти та ефективності навчально-виховного процесу, удосконалення форм і методів навчання, розвиток наукового потенціалу, підтримання стабільного матеріально-технічного та фінансового становища і, звичайно ж, збереження та зміцнення науково-педагогічного кадрового потенціалу.

Кожний рік є особливим для розвитку університету: приносить нові здобутки і впливає на формування найголовнішого, що є в університеті – особистості студента. Вважаємо за необхідне сформулювати та комплексно викласти тенденції розвитку університету та напрями діяльності у 2018/2019 навчальному році. Зауважимо, що в минулому навчальному році, незважаючи на численні складнощі економічного, соціального та фінансового характеру, університету вдалося зберегти позитивну динаміку свого розвитку та досягти нових успіхів. Наші успіхи – це справа інтелекту, наполегливості й досвіду кожного працівника вишу, творчого мислення і небайдужого ставлення до справи усього колективу.

Нові форми, напрями розвитку та організації освітнього процесу. Порядком денний подальшого реформування української вищої освіти має спиратися на розуміння громадського (суспільного, публічного) інтересу, що одночасно виступає частиною національних інтересів Української держави. Отже, громадський інтерес полягає в тому, що українське суспільство потребує сильних автономних університетів, на основі яких можна буде створити університети світового класу. Запровадження реальної університетської автономії вимагає спеціальної уваги до перехідного періоду, до самого процесу значних трансформацій академічного життя та врахування багатьох можливих ризиків. Філософія Київського університету права НАН України спрямована на надання належних знань здобувачу вищої освіти, виховання сучасної високоморальної, досвідченої, ерудованої та порядної людини, патріота своєї країни. Професорсько-викладацький склад університету – це провідні науковці, які досліджують актуальні проблеми юридичної науки та практики та є авторами підручників і навчальних посібників, за якими студенти вивчають право в усій країні. Наш університет – класичний приклад освітнього закладу, де створено всі умови, щоб розвинути людину всебічно, розкрити її творчий потенціал, а головне – навчити любити свою професію і бути їй відданим. Кожен із викладачів виконує цю роботу, базуючись на традиціях та принципах, що лягли в основу діяльності ще Вищої школи права, створеної на базі Інституту держави і права ім. В.М. Корецького на чолі з академіком Ю.С. Шемшученком – фундатором і почесним ректором нашого університету.

Науково-дослідна діяльність Київського університету права НАН України реалізується шляхом проведення загальноуніверситетських наукових заходів (конференцій) та міжнародного співробітництва.

Київський університет права є єдиним закладом вищої освіти, що надає освітні послуги під керівництвом Національної академії наук України, яка цього року відзначає 100-річчя свого заснування. Тож з нагоди ювілею адміністрацією КУП НАНУ було сплановано і вже реалізовано ряд наукових міжнародних конференцій та зустрічей. У ювілейному для НАН України році побачили світ «Мала енциклопедія канонічного права», «Мала енциклопедія прав людини», монографія «Охорона прав на торговельні марки в мережі Інтернет». Також із 2018 р., на підтримання міжнародних академічних зв'язків, у рамках програм наукової співпраці між Київським університетом права НАН України, Гданським університетом та Дебреценським університетом, започатковано нову традицію співпраці – спільну роботу над монографіями (збірками наукових праць). Такі спільні видання нададуть змогу почути один одного, йти вперед у науковому пізнанні й розв'язанні нагальних завдань. Спільно з науковцями Гданського університету видано колективну монографію «Актуальні проблеми конституціоналізму (на прикладі України та Республіки Польща)» з проблем розвитку конституціоналізму на сучасному етапі в Україні та Республіці Польща. У ній окреслені як спільні, так і притаманні кожній окремій країні проблеми щодо організації державної влади й реалізації чинного законодавства, універсалізації правового забезпечення інтеграційних процесів до Європейського Союзу. Дане видання презентовано в березні 2018 р. на юридичному факультеті Гданського університету, а у квітні – у Київському університеті права НАН України. Також спільно з науковцями Дебреценського університету (Угорщина) видано колективну монографію «Актуальні проблеми цивілістики (на прикладі України та Угорщини)», в якій містяться наукові праці, присвячені найбільш складним проблемам теорії та практики систематизації цивільного законодавства України й Угорщини та їх застосування.

Протягом 2018/2019 навчального року заплановано проведення восьми міжнародних та всеукраїнських науково-практичних конференцій.

Але зауважимо, що план минулого року з міжнародних конференцій було перевиконано. За перше півріччя 2018 р. розпочато нові цикли міжнародних конференцій, засновниками яких, разом із КУП НАНУ, виступають потужні вищі Грузії, Польщі та Ізраїлю. Так, у лютому 2018 р. до 100-річчя НАН України вперше спільно з Батумським державним університетом ім. Шота Руставелі (Грузія) на базі КУП НАНУ відбулася Перша Міжнародна українсько-грузинська науково-практична конференція «Актуальні питання сучасного міжнародного права на прикладі України та Грузії», присвячені пам'яті В.М. Корецького», де обговорювалися результати наукових досліджень у сфері міжнародного права, міжнародного приватного права, історії й теорії держави і права, порівняльного правознавства. У квітні 2018 р. на базі відокремленого структурного підрозділу університету – Рівненського інституту відбулася Перша Міжнародна українсько-польська науково-практична конференція «Сучасні проблеми правотворення: досвід України та Польщі». Цей міжнародний науковий форум поєднав творчий потенціал представників університетської та академічної юридичної науки України й Польщі у сфері правотворення. Дана конференція проведена спільно з юридичним факультетом Гданського університету (Польща). Також у квітні 2018 р. спільно з угорськими науковцями проведено традиційну щорічну міжнародну науково-практичну конференцію «Сучасні питання європейської цивілістики: досвід Угорщини та України», на якій розглядаються складні проблеми теорії та практики систематизації цивільного законодавства України й Угорщини та їх застосування (проходить спільно з Дебреценським університетом (Угорщина)). У травні 2018 р. вперше на базі КУП НАНУ була проведена Перша Міжнародна українсько-швейцарсько-ізраїльська науково-практична конференція «Актуальні питання права інтелектуальної власності». Співорганізатором конференції є Всесвітня організація інтелектуальної власності (м. Женева, Швейцарія), Тель-Авівський університет (м. Тель-Авів, Ізраїль), Центр порівняльних правових досліджень ОНО академічний коледж (Кірьят Оно, Ізраїль). 20 червня 2018 р. у якості нової конференції Київського університету права НАН України спільно з Інститутом держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, ДВНЗ «Київський національний економічний університет імені Вадима Гетьмана», Національною академією керівних кадрів культури і мистецтв, Інститутом культурології Національної академії мистецтв України, Українським союзом промисловців і підприємців відбувся науково-практичний форум «Охорона культурної спадщини: стан та перспективи». Даний захід проводився протягом двох днів: перший день – у Верховній Раді України, другий – у стінах КУП НАНУ. Метою цієї конференції було визначення сучасного стану об'єктів культурної спадщини, дослідження досвіду України та інших країн у пам'яткоохоронній сфері, обговорення проблемних питань охорони культурної спадщини в Україні та шляхів їх вирішення, зокрема й безпосередньої реалізації принципів, обумовлених низкою Конвенцій ЮНЕСКО в цій сфері.

Вищезазначені конференції знайшли своє відображення у плані міжнародних заходів, що проводяться Університетом на 2018/2019 навчальний рік. Оскільки, відкриваючи нові наукові простори для всіх науковців України за кордоном, КУП НАНУ водночас сприяє розвитку національної науки на світовому рівні, поглиблює зв'язки між закладами вищої освіти різних країн, стимулює науковий діалог.

На 2018/2019 навчальний рік заплановано проведення традиційної щорічної міжнародної конференції зі Всесвітньою організацією інтелектуальної власності (м. Женева, Швейцарія) «Сучасні виклики та актуальні проблеми права інтелектуальної власності в Україні та Європі», яка присвячена актуальним проблемам права інтелектуальної власності в Україні та Європі і показує роль, місце й напрями діяльності ВОІВ щодо консолідації нормотворчої та правозастосовної практики, правового регулювання інтелектуальної власності в Україні і світі. У грудні 2018 р. на базі Рівненського Інституту КУП НАНУ буде проведено науково-практичну конференцію «Сучасні проблеми гуманітаристики: світоглядні пошуки, комунікативні та педагогічні стратегії». 20 грудня 2018 р. відбудеться Міжнародна науково-практична конференція: «Сучасні проблеми

правової системи України», присвячена аналізу теоретичних та практичних проблем розвитку окремих елементів правової системи України, місце правової системи нашої країни серед правових систем сучасного світу.

Напрямок науково-дослідної роботи в Київському університеті права НАН України враховує також тісну співпрацю з нашими закордонними партнерами. Зокрема, заплановано захист наукових робіт та участь студентів, аспірантів, викладачів у Міжнародному конкурсі з питань захисту персональних даних у м. Будапешт (Угорщина); проведення презентації колективної праці науковців КУП НАНУ та Гданського університету «Актуальні проблеми українського та польського права»; підготовлено до видання колективну монографію «Державно-правове регулювання суспільних відносин в умовах нових глобалізаційних викликів: вітчизняні та міжнародні реалії».

Роль міжнародних центрів для розвитку КУП НАНУ. Для Київського університету права НАН України важливими осередками, які функціонують у регіонах, що безпосередньо межують з країнами Євро-союзу – Польщею, Словаччиною, Угорщиною та Румунією, є: Міжнародний центр правових та історико-політичних досліджень країн Центрально-Східної Європи у м. Львові та Міжнародний центр правових та економіко-соціальних досліджень країн Центрально-Східної Європи у м. Ужгороді. На базі Міжнародного центру правових та історико-політичних досліджень країн Центрально-Східної Європи у м. Львові у 2018/2019 навчальному році буде проведено ряд наукових заходів, якими вище окреслює свою присутність у Львівському регіоні. Зокрема: Міжнародний семінар «Політика інтелектуальної власності в університетах та науково-дослідних установах» спільно із Всесвітньою організацією інтелектуальної власності; Міжнародна наукова конференція «Українсько-польські відносини в контексті суспільно-політичних і етнокультурних процесів у Центрально-Східній Європі (XX – поч. XXI століття)», співorganizаторами якої виступили Інститут українознавства ім. І. Крип'якевича НАН України та Київський університет права НАН України; Міжнародна науково-практична конференція «Напрямок реформування кримінального провадження в Україні: процесуальні та криміналістичні аспекти».

До Міжнародного дня прав людини заплановано низку заходів, серед яких: дискусія «Міжнародно-правовий захист прав людини», дискусія «Європейська хартія регіональних мов або мов меншин: здобутки та перспективи», науковий семінар, присвячений новітнім тенденціям прав людини, Всеукраїнський захід «Стоп корупції», університетський круглий стіл до 100-річчя Національної академії наук України «Перспективи розвитку правничої кар'єри в Україні», засідання студентського гуртка з земельного права «Науково-правова дискусія щодо проблем, пов'язаних із забороною відчуження і зміни цільового призначення земельних ділянок, передбачених пунктом 15 Перехідних положень Земельного кодексу України: аргументи «за» і «проти», конкурс есе на тему «Захист прав людини в Україні», дискусія «Міжнародно-правовий захист прав людини», засідання круглого столу: «Визначні пам'ятки права», засідання круглого столу: «Пам'ятки українського права», відкрита лекція для студентів на тему «Міжнародний захист прав людини в умовах збройного конфлікту в Україні», дискусія «Європейська хартія регіональних мов або мов меншин: здобутки та перспективи» тощо.

Поряд із дослідженням різних аспектів права і проведенням численних наукових заходів КУП НАНУ у 2018/2019 навчальному році посилена увага приділяється розвитку системи охорони інтелектуальної власності. Насамперед це питання її адаптації до сучасних вимог економіки України, формування ефективно діючої інфраструктури для забезпечення реалізації державної політики та державно-приватного партнерства у цій сфері. Відносини у сфері інтелектуальної власності постійно розвиваються, нормативно-правова база прагне відповідати міжнародним нормам і наразі актуальним питанням є гармонізація вітчизняного законодавства з інтелектуальної власності до норм європейського.

КУП НАНУ активно долучає до науково-дослідної роботи молодь – майбутніх студентів, а саме: університет продовжує проводити Всеукраїнський конкурс наукових робіт ім. В.М. Корецького «Права людини в сучасному світі: погляд молоді» та конкурс наукових робіт ім. М.П. Василенка на тему: «Державно-правовий розвиток України: історія і сучасність».

Відгукуючись на прохання численних аспірантів КУП НАНУ, адміністрація університету досліджує можливість створення Ради молодих вчених. Апелюючи до необхідності самоорганізації, обміну науковим досвідом під час написання дисертаційного дослідження, молоді вчені виявили бажання об'єднатися та представляти університет у міжнародних та всеукраїнських заходах. У планах ця Рада має взяти участь у:

- конференції «Європейський вибір України: прогрес та перспективи», метою якої проголошено сприяння впровадженню Угоди про асоціацію в Україні;
- форумі «Україна і світ: діалог через молодь»;
- святкуванні Міжнародного дня прав людини, який знаменує 70-ту річницю з дня прийняття Загальної декларації прав людини. Плануються зустрічі із співробітниками ООН в Україні;
- засіданні з виконання Угоди про асоціацію за період 2014–2018 років.

У 2018/2019 навчальному році в КУП НАНУ продовжить діяти новий проект «Діалоги відомих особистостей світу зі студентами». У рамках цього проекту Університет відвідають іноземні делегації із США, Ізраїлю, Угорщини, Польщі, Кореї, Японії тощо. Крім того, завдяки нашим міжнародним зв'язкам делегація студентів університету у вересні 2018 р. вкотре взяла участь у конкурсному проекті з питань захисту персональних даних та прозорості повноважень органів державної влади, який проходив в офісі доктора Аттілі Петерфалві, президента Національного комітету захисту персональних даних та питань свободи інформації.

Уже традиційно команда Київського університету права НАН України приєднується до складу учасників Міжнародного конкурсу з комерційного арбітражу, організованого Міжнародним комерційним арбітражним судом при Європейській арбітражній палаті (International Commercial Arbitration Court under the European Arbitration Chamber).

Відповідно до визначених пріоритетів, Київським університетом права НАН України були виділені й реалізуються основні завдання у сфері наукової діяльності:

- організація та проведення наукових досліджень, спрямованих на здійснення пріоритетних напрямів розвитку науки й освіти, використання всіх можливостей для підвищення значущості наукової діяльності в КУП НАНУ як основи підготовки кадрів та наукового, соціально-економічного й культурного розвитку держави;

- підготовка науково-педагогічних кадрів вищої кваліфікації;

- залучення до наукової діяльності талановитої студентської молоді;

- організація та проведення науково-практичних конференцій, семінарів, виставок, презентацій тощо;

- підготовка монографій, навчальних посібників і підручників, науково-методичної літератури тощо.

КУП НАНУ активно долучає до науково-дослідної роботи й майбутніх студентів. Зокрема, університет продовжує проводити конкурс наукових робіт ім. М.П. Василенка на тему: «Державно-правовий розвиток України: історія і сучасність».

Профорієнтаційна робота як невід’ємна складова функціонування університету. Нині проблеми та перспективи організації профорієнтаційної роботи закладів вищої освіти виходять із сучасних потреб вищів. Поглиблення демографічної кризи, масовий виїзд на навчання за кордон роблять питання формування контингенту студентів університету пріоритетним.

Підходи до проведення профорієнтаційної роботи у закладі вищої освіти поділяються на декілька напрямів: безпосередній діалог із майбутнім абітурієнтом на території його школи, запрошення абітурієнтів до відвідування Університету (проведення екскурсій, відвідування музеїв, майстер-класів) та зовнішня реклама.

Перші два напрями допомагають організувати безпосередній діалог із потенційним студентом, розкрити перед ним особливості та переваги навчання в КУП НАНУ. Планується низка виїзних заходів силами співробітників КУП НАНУ до міст Чернігів, Умань. Керівництво Рівненського інституту КУП НАНУ регулярно проводить дні відкритих дверей, запрошуючи до вишу випускників 11 класів міста Рівне та області. Зовнішня реклама є найбільш потужним способом розповісти киянам та гостям міста про наш університет, надати інформацію про умови та вартість навчання.

Отже, сьогодні пріоритетні завдання профорієнтаційної роботи полягають у застосуванні зовнішньої реклами та безпосереднього спілкування із майбутнім абітурієнтом.

Видавнича діяльність в університеті залишається одним із його пріоритетних напрямів роботи. Науково-педагогічні працівники КУП НАНУ щорічно публікують результати своїх наукових досліджень у монографіях, підручниках, збірниках наукових праць, які поповнюють бібліотечні фонди університету і є доступними для користування студентами. Зокрема, протягом перших місяців 2018 р. видано наступні монографії: «Актуальні проблеми сучасного конституціоналізму (на прикладі України та Республіки Польща)»; «Актуальні проблеми цивілістики (на прикладі України та Угорщини)»; «Актуальні проблеми міжнародного права (на прикладі України та Грузії)»; «Охорона прав на торговельні марки у мережі Інтернет». А також дві енциклопедії – «Мала енциклопедія канонічного права» та «Мала енциклопедія прав людини».

Крім того, за результатами розробки науково-дослідної теми «Державно-правове регулювання суспільних відносин в умовах нових глобалізаційних викликів: вітчизняні та міжнародні реалії» університетом буде видано колективну монографію, яка поповнить наукові видання КУП НАНУ.

Університетська наукова трибуна – «Часопис Київського університету права». Цього року науково-теоретичному щоквартальнику «Часопис Київського університету права» виповнилося вже 17 років. На його сторінках друкуються статті провідних вітчизняних та зарубіжних фахівців у галузі юриспруденції, висвітлюються актуальні проблеми всіх галузей права. Разом із тим часопис інформує наукову та юридичну громадськість про нові видання в галузі юриспруденції, розміщує на своїх сторінках рецензії наукових та навчальних видань, хроніку наукових заходів університету тощо. Нині «Часопис Київського університету права» складається із 19 розділів.

Відбулися зміни й у редколегії журналу. До її складу долучились декан юридичного факультету Дебреценського університету (Угорщина), професор Вероніка Сікора та професор Анджей Шміт із Польщі.

Постійно ведеться масштабна робота для індексування «Часопису Київського університету права» до Міжнародної наукометричної бази даних HeinOnline (США) та наукометричної бази «IndexCopernicus». Таким чином, публікація в нашому журналі прирівнюється до публікації в міжнародних виданнях.

За поточний рік у журналі опубліковано майже 350 фахових статей, десятки рецензій та наукових повідомлень.

Науково-навчальна бібліотека КУП НАНУ є базовим елементом культурної, наукової, освітньої, інформаційної інфраструктури університету. Формування бібліотечного фонду закладу вищої освіти є важливим для розвитку інформаційної та мовної культури, патріотичного виховання, формування стійкого інтересу до вивчення та розуміння національної історії і культури.

В умовах глобального інформаційного середовища для всіх сфер бібліотечної галузі велику роль відіграє міжнародне співробітництво. Воно важливе для обміну бібліографічними даними, електронної доставки документів, міжнародного книгообміну, корпоративної каталогізації та створення баз даних.

Наукова бібліотека займає важливе місце в освітній, науковій та інформаційній складовій Університету. Пріоритети діяльності бібліотеки у 2018/2019 навчальному році спрямовані на: консолідацію здобувачів вищої освіти університету; дотримання європейських цінностей та інтеграцію у європейське співтовариство; вільний доступ до інформації, знань і культурного надбання.

Пріоритетними у цьому навчальному році залишатимуться питання комплексного формування університетського бібліотечного фонду сучасною навчальною літературою, новими підручниками, посібниками, монографіями українських та зарубіжних авторів. Збільшення бібліотечних фондів відбувається за рахунок закупівлі літератури у провідних видавництвах та власного видавництва. Завдяки спонсорській допомозі партнерів університету та сприяння іноземних колег щорічно бібліотека поповнюється цінними примірниками зарубіжної літератури з історичних, політичних галузей знань, корпоративного, торгового, сімейного, цивільного права, конституційного права тощо.

Дістала подальшого розвитку програма «*WIPO Publication Depository Library Program*», відповідно до якої на базі КУП НАНУ створено єдину в Україні бібліотеку-депозитарій Всесвітньої організації інтелектуальної власності. При організації цієї бібліотеки враховувався вагомий внесок університету в розвиток наукових досліджень з права інтелектуальної власності. Бібліотека-депозитарій ВОІВ щорічно поповнюється літературою з питань розвитку цифрової економіки провідних країн світу, умов формування та становлення інформаційного суспільства, а також матеріалами міжнародного законодавства з інтелектуальної власності, права промислової власності, авторського права, трансферу технологій. Доступ до міжнародної бібліотечної бази електронних документів у галузі інтелектуальної власності та інформаційного суспільства покликаний сприяти більш глибокому ознайомленню студентів та науковців КУП НАНУ, фахівців усієї країни в галузі інтелектуальної власності з багатопланою діяльністю ВОІВ, питаннями правового регулювання та захисту інтелектуальної власності.

Міжнародна співпраця університету. Міжнародна діяльність університету має бути зорієнтована на інтеграцію в міжнародне співтовариство закладів вищої освіти та науково-дослідних університетів.

Постійна праця над розширенням міжнародних зв'язків дає плідний результат: КУП НАНУ має 150 укладених Меморандумів про співробітництво з різними науковими та освітніми інституціями 22 країн світу. Особливої уваги заслуговують міжнародні творчі зв'язки з провідними університетами Ізраїлю, Грузії, Угорщини, Чехії, які не тільки надають нового імпульсу інноваційному розвитку університету, а й сприяють впровадженню світових освітніх стандартів.

Зазначимо, що за перше півріччя 2018 р. університетом було підписано три меморандуми. Так, новими партнерами КУП НАНУ стали: Батумський державний університет імені Шота Руставелі (м. Тбілісі, Грузія); Гданський університет (м. Гданськ, Польща); ОНО академічний коледж (м. Тель-Авів, Ізраїль). Очікують на урочисте підписання меморандуми із партнерами із США – чартерна школа Global Outreach Charter Academy (Джексонвілл, США) та Грузії – Асоціація приватних вузів (м. Тбілісі, Грузія).

Результатом плідної співпраці Київського університету права НАН України з іноземними закладами та установами є реалізація низки міжнародних проектів, проведення конференцій, участь працівників університету в різноманітних міжнародних програмах, що в цілому дає можливість розширювати кордони міжнародного співробітництва. Академічна та наукова співпраця із закордонними навчальними закладами створює базу для проведення майстер-класів видатних науковців, дипломатів, юристів-практиків із усіх куточків світу. Студенти КУП НАНУ мали честь зустрітися або готуються до зустрічі із такими фахівцями права та дипломатії світового рівня: Надзвичайним і Повноважним Послом Угорщини в Україні, доктором філософії *Ерно Кешкена*; другим секретарем посольства Японії в Україні *Хошіно Юічі* та Співробітником відділу культури та інформації *Ярошиком Кирилом*; Радником Національної асамблеї Угорщини *Андрашем Кадашем*; керівником відділу сертифікації захисту даних Національного органу по захисту даних і свободи інформації апарату Президента Угорщини *Антілою Кішиєм*; доктором права, професором Пенсільванського університету (США), почесним професором порівняльного правознавства Лондонського університету, іноземним членом Національної академії наук України, почесним доктором Київського університету права НАН України *Вільямом Батлером*; доктором, професором кафедри конституційного права та політичних інститутів факультету права й адміністрування Гданського університету *Анни Ритель-Варзохи*; професором відділу конституційного права та політичних інститутів факультету права й адміністрування Гданського університету *Агнешкою Гайда*; міністром закордонних справ Угорщини (1990–1994 рр.) *Гезою Єсенським*.

Розвиток наших міжнародних зв'язків сприяв залученню до університетського, наукового та освітнього життя чимало наших партнерів. Так, за минулий навчальний рік КУП НАНУ відвідали понад 20 делегацій та поважних гостей із 10 країн світу (США, Угорщина, Ізраїль, Японія, Польща, Грузія, Швейцарія та ін.).

Визначною подією розвитку міжнародного співробітництва та новим кроком розвитку наукового співробітництва стала Міжнародна літня школа Київського університету права НАН України та Батумського державного університету ім. Шота Руставелі «Право Європейського Союзу та європейська інтеграція південного Кавказу», що проходила у місті Батумі (Грузія) з 27 липня по 2 серпня 2018 року. Наприкінці лютого 2019 р. заплановано проведення Міжнародної зимової школи з прав людини на базі Рівненського інституту КУП НАНУ. Протягом тижня видатні вчені світу присвятять свої лекції забезпеченню і захисту прав людини

в Україні та інших країнах, міжнародним та європейським стандартам у сфері захисту прав людини, захисту прав людини омбудсманом, системі правового захисту прав людини, стратегіям і тактикам захисту громадських інтересів.

Із 2018/2019 навчального року планується поглиблення співпраці в рамках уже існуючих угод з університетами, міжнародними освітніми фондами та організаціями, пошук і залучення нових закордонних партнерів до співробітництва з Київським університетом права НАН України, залучення іноземних грантів. Крім того, продовжуються майстер-класи провідних вітчизняних та зарубіжних вчених-правознавців і юристів-практиків, політиків, державних діячів.

Виховна робота в КУП НАНУ є важливою для формування цілісної особистості студента-юриста. Розширення світогляду та формування культури майбутнього юриста забезпечується реалізацією багаторічних **10 соціально корисних проектів**.

Ми дбаємо про належні умови для того, щоб кожен студент зміг знайти простір для розвитку своїх можливостей і здібностей та повною мірою проявити свою індивідуальність, ствердити себе як майбутнього фахівця й особистість. Реалізація таких проектів, як: «Інтелектуальна власність в Україні – перлини живопису для студентської молоді», «Інтелектуальна власність в Україні – перлини сучасної літератури для студентської молоді», програма «Пізнай свій край» сприяють формуванню сучасної, креативно мислячої особистості. В університеті постійно проходять фотовиставки та виставки робіт талановитих сучасних художників.

Зважаючи на сучасні реалії – проведення ООС, неприховані агресивні дії східного сусіда і необхідність посилення захисту кордонів Батьківщини – особлива увага в Університеті та Рівненському інституті КУП НАНУ приділяється військово-патріотичному вихованню.

У межах проекту «Передай тепло своєї руки маленькій дитині» студенти та молоді вчені КУП НАНУ регулярно відвідують будинки малюка, надають посильну матеріальну допомогу їх утриманням. В університеті починає формуватися волонтерський рух, члени якого розуміють, що захист прав людини є найголовнішою метою розвитку сучасного суспільства й першочерговою метою праці юриста будь-якого фахового спрямування, а найбільшу увагу потрібно приділяти питанням виховання дітей, які позбавлені батьківського піклування.

Ми переконані, що формування цілісної особистості студента-юриста має системний, безперервний і комплексний характер. Її цілісність забезпечується взаємодією професорсько-викладацького складу з органами студентського самоврядування.

Не зважаючи на важкі часи для України, з відчуттям гордості слід зазначити, що Київський університет права Національної академії наук України розвивається і набуває нових досягнень у підготовці висококваліфікованих правників для України. Набутий науковий навчальний творчий потенціал університету, успіхи студентів додають упевненості керівництву, професорсько-викладацькому складу, бо це засвідчує правильність обраних напрямів і орієнтирів його розвитку, а здобуті знання дають обґрунтовані підстави його студентству з оптимізмом дивитися у майбутнє, в якому нам жити, творити, працювати.

УДК 340

Т.І. БОНДАРУК

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

ТЕРНИ І ЗІРКИ АКАДЕМІКА ВУАН ОНИКІЯ МАЛИНОВСЬКОГО (ДО 150-РІЧЧЯ ВІД ДНЯ НАРОДЖЕННЯ)

2018 р. відзначається сторіччя Національної академії наук України. Від самого початку основними засадами устрою УАН визначалися національні, державні та гуманістичні¹, і які є актуальними і сьогодні. 2018 р. виповнюється 150 років від дня народження одного із її блискучих академіків-правників Оникія Малиновського², гаслом усього життя якого були гуманізм та антропоцентризм, а наукова і життєва позиції базувалися на принципах гідності, сумлінності й чесності. І в цьому зв'язку звертання до основних віх творчого і життєвого шляху цього талановитого науковця та інтелектуала набуває символічного сенсу, адже привертає увагу до незмінних академічних чеснот, що визначали і, хочеться вірити, визначатимуть, діяльність академії в найскладніших періодах її діяльності.

Народився майбутній академік 4 (15) вересня 1868 р. у місті Острозі Волинської губернії в сім'ї ремісника. Закінчив приходську школу, потім середню прогімназію. Далі освіту продовжив у Київській колегії Павла Галагана. По закінченні колегії навчався на юридичному факультеті Київського університету св. Володимира. Наукові уподобання майбутнього вченого сформувалися під впливом видатних вчених – професорів О.Ф. Кістяківського, який викладав кримінальне право, та історика права М.Ф. Владимирського-Буданова. Своїм учителем Оникій Олексійович вважав також професора російської історії В.Б. Антоновича.

Під відчутним впливом своїх викладачів О.О. Малиновський вже на другому курсі починає поглиблено досліджувати право Великого князівства Литовського, долучившись до розробки історії т. зв. західноруського права, під керівництвом М.Ф. Владимирського-Буданова та Ф.І. Леонтовича. Згодом такі студії складуться як Київська історико-юридична школа або школа західноруського права³. Серед її учасників талановиті правознавці М.О. Максимейко, Г.В. Демченко, М.М. Ясинський. Прикметно, що вже студентська праця майбутнього академіка, видана під назвою «Учение о преступлении по Литовскому Статуту» (1894 р.) досьогодні, вважається в літуаністиці класичною, а сама концепція західноруського права згодом була покладена в основу досліджень Комісії для вивчення західноруського та українського права ВУАН⁴. У Києві формується і громадянська позиція науковця, яка залишається практично незмінною протягом усього його життя – робота для просвіти населення, що є неодмінною умовою розвитку суспільства.

Після закінчення університету О.О. Малиновський – в.о. екстарординарного професора, а від 1904 р., після захисту дисертацій на ступінь магістра з державного права – екстарординарний професор юридичного факультету нововідкритого Томського університету. У Томську розкривається його викладацький, лекторський, організаторський талант. Він викладає курс історії російського права і енциклопедії (теорії) права, виступає з публічними лекціями, стає одним із лідерів сибірських кадетів, редактором місцевої газети «Сибирская жизнь», виступає організатором Вищих Сибірських жіночих курсів. Провідною є роль вченого у Томському юридичному товаристві, на засіданнях якого жваво й нерідко критично обговорювалися суспільні процеси, висловлювалася критика пануючої в державі сваволі.

Інтенсивна громадська активність не перешкождала науковим пошукам. Серед праць історико-правового спрямування – «Сборник материалов, относящихся к истории панов Рады Великого княжества Литовского» (1901 р.), «Древнейшая русская аристократия» (1903 р.), «Рада Великого княжества Литовского в связи с боярской думой Древней Руси. Часть 1 и 2» (1903–1904 рр., 1912 р.), цикл праць з історії Сибіру та історії звичаєвого права.

Найгучніший резонанс отримала праця вченого «Кровавая месть и смертные казни» (1908 р.). Історико-юридичне дослідження смертної кари було схвально сприйняте прихильниками скасування смертної

кари. Так, Л. Толстой у вересні 1910 р. писав О.О. Малиновському, що ця праця зробила неможливе – примирала його з офіційною наукою⁵. Водночас вона виявилася останньою краплею в чаші терпіння попечителя Томського учбового округу Л.І. Лаврентьєва, який, за власним визнанням, «упродовж цілих 12 років спостерігав діяльність Малиновського і за будь-якого різкого її виявлення повідомляв у міністерство освіти»⁶. 1911 р. він домогся звільнення О.О. Малиновського з університету. А 1912 р. за звинуваченням у заклик до повалення існуючого ладу, як була розцінена критика ученим каральних заходів самодержавства в його працях, Судовою палатою його було засуджено до перебування у фортеці, «крамольну» ж книгу наказано було знищити. Уникнути покарання вченому допомогла амністія на честь 300-річчя дому Романових.

1913 р. О.О. Малиновський призначається на кафедру історії російського права провінційного Варшавського університету. У Варшаві вчений допрацьовує і видає «Лекции по истории русского права. Выпуск 1. Введение. Литература. Источники. История государственного права» (1914 р.), які були чи не першою спробою запровадити елементи литовсько-руського права – права, яке діяло на руських землях в період їх входження до Великого князівства Литовського – у загальний курс історії права. 1915 р. О.О. Малиновський разом з університетом був евакуйований до Ростова-на-Дону, де вуз було перейменовано на Донський (згодом Ростовський) університет.

І у Варшаві, і у Ростові учений, окрім викладання в університеті, продовжує вести активну просвітницьку та громадську роботу, а після Лютневої революції займає ряд офіційних посад⁷, активно співпрацює з виданнями «Приазовский край», «Донская волна», «Родина», «Народник» тощо, що врешті призводить до його звільнення з університету (червень 1920 р.) та арешту Донською надзвичайною комісією (Дончека) за політичні переконання, перебування в партії кадетів і публікацію антибільшовицьких статей. Після багатьох поневірянь – засудження до розстрілу, потім – до 15-річного ув'язнення, згодом 5-річного перебування у таборі, завдяки зусиллям та клопотанням багатьох державних діячів і відомих науковців О.О. Малиновський вийшов на волю у лютому 1924 року.

Попри доволі м'який режим ув'язнення (працював над проектом кримінального кодексу, певний час жив на приватній квартирі) науковець вповні відчув руйнівний вплив радянської пенітенціарної системи. Яскравою ілюстрацією страхіть за ґратами, постійного очікування найстрашнішого, є роздуми О.О. Малиновського про завжди актуальну для нього проблему смертної кари, з приводу похвальби співробітника Дончека про розстріл ним 331 людини: «смертна кара – страшне зло, і насамперед для тих, які страчують... Як могла людина дійти до того, що вбиває собі подібних... Як могла людина дійти до того, що хвалиться убивством 331 і мріє про вбивство ще 551? Як могло трапитися, що такий гріх, такий злочин здійснюється Людиною, що таке нещастя обрушилось на людину?»⁸.

Показово, що після звільнення, коли стало питання про поновлення науковця в університеті Ростова, для чого потрібна була санкція Дончека, він у щоденнику пише: «я подав письмову заяву, що вважаю нижче своєї гідності, як діяч науки і викладач вищої школи, звертатися у таку установу (яка переслідує цілі, що не мають нічого спільного з культурою і освітою), з проханням дозволити мені займатися моєю професійною діяльністю»⁹.

6 квітня 1925 р. його обирають академіком ВУАН на кафедру звичаєвого права. Цьому сприяли майже неперервні стосунки О.О. Малиновського з українськими і, зокрема київськими, вченими. Проте активно вчений включився в академічне життя лише 1926 р. після переїзду з Москви, де він короткочасово працював у Центральному архіві до Києва.

Працює в Комісії для виучування історії західноруського та українського права, певний час очолює Комісію для виучування звичаєвого права, секцію кримінального права у Комісії по виучуванню радянського права, Правниче товариство при ВУАН. Його академічний доробок становить більше 20 праць, серед яких виділяються студії з кримінального та карного права, звичаєвого права.

Наприкінці 20-х рр. працювати в академії стає дедалі складніше. В умовах сваволі чиновників, ревізій, чисток, скорочення штатів, що супроводжували боротьбу за «радянизацію» науки, розгорнуту у ВУАН, все менше місяця залишалось для справжньої наукової роботи. Проведена у липні 1930 р. комісією ЦКК перевірка роботи академії та чистка її апарату виявили багато т. зв. «псевдо-вчених», серед яких опинився й О.О. Малиновський. Його ім'я згадувалося і в статті С.Г. Борисенка «Російське великодержавництво в концепції «історії західноруського права», де критикувалися «хибні методологічні підходи» вченого. Але цієї статті О.О. Малиновському не довелося побачити. Залишившись без роботи, він помер 12 січня 1932 р., реабілітований же був лише 1993 року.

Так коротко можна описати життєвий і творчий шлях цієї непересічної особистості, яка відчула на собі трагізм і потенціал зламу епох. Все його життя є прикладом пошуків та відстоювання ідентичності себе як особистості, вченого, громадянина, які були притаманні практично всім інтелектуалам – людям здатним мислити творчо – і російської, і радянської імперії.

Вже початок творчого життя Малиновського був детермінований ідеологією, яку визначала тріада – самодержавство, православ'я, народність, а напрям наукового пошуку – соціальним замовленням – довести історичну російськість приєднаних від Польщі земель. Певним чином науковим дивом можна вважати, що сумлінне виконання поставленого завдання київськими вченими-юристами доводило самотній характер західноруського – українського – права.

Томський період життя вченого пройшов під знаком його активної боротьби за скасування смертної кари і ширше – проти самодержавства як тиранії над Людиною. Та, власне, на боротьбу за Людину, за під-

несення її освіченості, культури, врешті гідності, були спрямовані зусилля О.О. Малиновського – організатора освітніх центрів та громадських рухів, лектора, авторитетного автора популярних праць – коротких розвідок, в яких просто і доступно розповідалося про складні речі – республіку, монархію, кару, свободу.

Антибільшовизм післяжовтневого етапу життя і творчості науковця, це насамперед, як він пише у щоденнику, протест проти неправильних методів управління – проти розстрілів, гвалтів, арештів, грабунку, знищення культурних цінностей, а не проти ідеї радянської влади – ідеї влади трудового народу, тобто ідеї глибоко демократичної¹⁰. Як він хотів вірити, ця ідея вповні відповідала його демократичним переконанням як вихідцю із ремісничої родини та трудоголіку на науковій ниві. Гіркий, страхотливий досвід років перебування під слідством Дончека та відбування покарання, коли Дамоклів меч революційного «правосуддя» здавався невідворотним, істотним чином похитнули не лише здоров'я вченого, а й віру у правильність такими методами будованої нової держави. «Я, – пише у щоденнику О.О. Малиновський, – усіма фібрами душі ненавидів старий режим... у своїх книгах і брошюрах, у газетних і журнальних статтях, у лекціях, промовах і доповідях я вказував на ненормальність і неспроможність невідповідного новим умовам життя, і шкідливого старого режиму. Я завжди був у рядах тих, хто боровся за свободу... Але, коли почалося поглиблення революції, коли революція політична почала змінюватися революцією соціальною... я не міг не задуматися... встановлення соціалістичного ладу в Росії мені уявлялося дивом. Я не повірив у диво»¹¹.

Академічний – радянський – період О.О. Малиновського, збігається із «зоряним» періодом академічної гуманітаристики загалом, коли досить несподівано відкрився коридор можливостей для власне українських студій. Так, попри все, з подіями 1917 р. О.О. Малиновський пов'язував новий етап життя: «я маю право і зобов'язаний продовжувати те служіння народу, в якому пройшло все моє життя... в нових умовах я маю право і зобов'язаний принести народу свої знання, досвід і здібності»¹². Сподівався на особистий і суспільний творчий злет, оскільки «творчі здібності великого українського народу не можуть не розквітнути в умовах свободи, яку обіцяла революція»¹³.

Новий імпульс отримали зокрема дослідження українського права, як їх самостійного об'єкта, адже «без національного самостиснення можна говорити, що історія українського права має особливо надзвичайний інтерес через різноманітну, повну несподіваних з поверхового погляду переходів від волі до поневолення, то гірку, то героїчну долю українського народу»¹⁴. О.О. Малиновський розглядав її як частину історії культури. Історія права, пише вчений, є необхідною складовою частиною історії культури, бо право – важливіше явище суспільного життя людей. Поруч з історією права до складу історії культури входять: історія економічного побуту, історія церкви і релігії, історія освіти, історія літератури, науки, мистецтва. Отже, пізнання права для вченого полягало у намаганні відтворення всього багатоманіття історико-правової реальності. Лише за такої умови, на думку вченого, можна реалізувати «притаманну нам потребу не тільки знати, але і розуміти; ми намагаємося заглибитися в смисл явищ, які спостерігаємо, намагаємося пізнати, як і чому ці явища здійснюються»¹⁵.

Вчений був переконаний, що для такого заглиблення треба досліджувати умови соціального життя, умови зовнішньої природи, утворені під їх впливом національні особливості та діяльність особистостей. Вчений критикував те, що більшість дослідників історії права сповідує суто «юридично-догматичний характер: були й такі й такі явища юридичного побуту й вони характеризувалися такими і такими рисами. Це потрібно, але цього мало: треба виявити юридичні факти минулого, але треба так само з'ясувати історичний процес розвитку права, себ-то: з яких причин виникли явища юридичного побуту та як, за яких умов, з яких причин вони змінювалися»¹⁶.

Право, оскільки є явищем культури, в концепції О.О. Малиновського – це одна з ознак національності. Що стосується українського права, то виявити українське звичаєве право за всі доби його історії – це справа, пов'язана з дуже великими труднощами, незважаючи на те, що для вченого було очевидним: «український народ не міг втратити своїх національних особливостей, нехай як силувалися його зполючати, знімеччити та зрусифікувати протягом сторіч... заховав своє національне обличчя». З огляду ж на особливості його історичного розвитку вчений вважав, що «минуле українського народу в царині права, треба назвати історією права українського народу, а не історією українського права».

У цьому зв'язку значний інтерес, з огляду на відкритість питання про наукову життєздатну періодизацію історії держави і права загалом і України зокрема¹⁷, викликають відповідні погляди О.О. Малиновського. Вчений доходить висновку, що враховуючи особливості регіональної історії права, найдоцільнішою системою є викладення історії українського права по галузях права, а не за періодам »¹⁸, і, навіть, пропонує орієнтовну систему такого курсу: вступ (історія науки та література й історія пам'яток); історія українського державного права у зв'язку з правом фінансовим, військовим, адміністративним та церковним; історія кримінального права; історія цивільного права; історія судового права, включно з судоустроєм. Солідаризуючись з іншим видатним українським правником Ф.В. Тарановським, він висував основним критерієм для поділу історичного процесу на періоди правові принципи¹⁹.

Значну дослідницьку увагу правознавець приділяє пенітенціарній системі²⁰, шляхи реорганізації якої він ясно бачив і як історик права, і як колишній в'язень, а спеціальні праці вченого по суті становлять програму реформування пенітенціарної системи, положення якої не є архаїзмами і сьогодні. Відповідні студії вченого разом з іншими працями криміналістичного циклу²¹ дають змогу говорити про послідовне відстоювання ним гуманістичних начал у цій непростій суспільній сфері.

Маловивченою залишається наукова спадщина О.О. Малиновського в галузі соціології права. Разом із тим він широко використовував надбання зарубіжної та вітчизняної соціології і методи емпіричних соціологічних досліджень у вивченні проблем походження права та праворозуміння, правової соціалізації особистості, умов і причин злочинності та особистості злочинців, а також у виробленні карної політики та засад пенітенціарного права тощо²².

Значне місце в його наукових пошуках займає проблема правоутворення, зокрема звичаєве право. 1927 р. побачила світ його монографія «Революційне радянське звичаєве право», яка містила ґрунтовний аналіз процесу правоутворення і праворозвитку з огляду на умову «дійсності» права, що не залишається на папері, а використовується у реальному житті, перебуваючи у тісному зв'язку з умовами та обставинами, які постійно змінюються²³.

Іншим зрізом соціокультурного підходу до права є праці О.О. Малиновського, присвячені дослідженню правових аспектів у творах А.П. Чехова, М.В. Гоголя, А.С. Пушкіна, Т.Г. Шевченка та ін. Адже, як вважав вчений, художня література, змальовуючи різні явища суспільного життя, дає оцінку діючого позитивного права і вказує ідеали в області права, ... задачею правознавства є широка і вільна критика з точки зору відповідності позитивного права ідеалам суспільства, а (...) між правознавством і художньою літературою існує тісний і нерозривний зв'язок²⁴.

Радянська правова парадигма не дала можливості інституціоналізуватися такому напрямку правознавства, натомість в американських і європейських юридичних навчальних закладах від 1970 р. напрям «Право і Література» («Law and Literature») в міждисциплінарних правових дослідженнях бурхливо розвивається і надає нові можливості для правопізнання.

Оригінальністю відзначалося бачення дослідником науки як галузі духовного життя, мета якої полягає в шуканні правди і смислу життя. Вибудовуючи в роботі «Університет в сочиненнях А.П. Чехова» свою концепцію університетської освіти, він зокрема зазначає, що ніяких практичних цілей наука не повинна мати. Ціль наук – істина. Якщо з цієї точки зору подивитися на науки юридичні... в університеті, вважав учений, то скажемо так: юридичні науки не переслідують практичних цілей, вони не містять в собі тих практичних знань, які необхідні практичному юристу – судді, прокурору, адвокату; ціль юридичних наук – з'ясування смислу і правди в явищах юридичного життя людей; задача юридичних наук, задача юридичного факультету полягає не в тому, щоб готувати для життя практичних юристів, а в тому, щоб готувати освічених юристів²⁵.

Пізніше, перебуваючи за ґратами, він доводить: ціль науки – відшукання істини. Не може бути двох істин – буржуазної і пролетарської. Щоб відкрити наукову істину, ученому має бути надане невід'ємне право людини і громадянина – свобода думки, свобода наукового дослідження і наукового викладання. Ця свобода – над класовими інтересами. Точно такі ж надкласові такі принципи, як свобода совісті, недоторканність особи, і зокрема святість і недоторканність людського життя²⁶.

Відтак, високо піднімаючи ідею університету, О.О. Малиновський наділяв цю інституцію функціями, наближеними до сакральних, а духовність висував запорукою відшукання справедливості, що для юриста має стати константою його професійної діяльності, а для суспільства – умовою процвітання.

Отже, як показує навіть побіжний огляд творчості академіка Оникія Малиновського, право він розглядав як явище соціокультурної дійсності. Такий підхід вченого якісно вирізнявся на тлі утвердження, а згодом і панування, в радянській правовій науці позитивного праворозуміння. Це разом з іншими суто політичними чинниками, фактично більш чим на 70 років спричинило вилучення доробку Оникія Малиновського, як і багатьох інших українських академічних правознавців, з наукового обігу. І хоча упродовж 20 останніх років дослідження його творчості проводяться доволі інтенсивно, цілісний її аналіз ще попереду.

Різноманітність і глибина натури, що поєднувались з працелюбством і талантом дослідника, стимулювали О.О. Малиновського до плідних пошуків у різних галузях науки і життя, але мали загалом одну мету – «пробудити благородні пориви, і почуття любові і солідарності – адже в цьому моральний прогрес, у цьому завоювання духовної культури. [...] слід визнати основним началом співжиття найважливішу ознаку – святості і недоторканості людського життя»²⁷. Немає кінцевої цілі прогресу. Прогрес – вічне устремління до кращого і досконалого. Питання не про кінцеву мету, яка має бути досягнута раз і назавжди, а питання про ціль, заради якої здійснюється удосконалення. Ця ціль – людська особистість [...] гармонійна, багатогранна і широка людська особистість»²⁸.

Яких би наукових проблем не стосувалися його дослідження, характерною їх ознакою був аналітичний підхід до правової дійсності, коли сумнівам, перевіркам і оцінкам розуму підлягала правова реальність в усій її різноманітності, а їх осердям завжди була Людина. І це, вочевидь, найголовніше, що робить праці академіка Малиновського сучасними на всіх стадіях суспільного прогресу.

¹ Володимир Іванович Вернадський і Україна: у 2 кн. – К.: Нац. бібліотека України ім. В.І. Вернадського, 2011. – Кн. 1: Науково-організаційна діяльність (1918–1921) / уклад. О.С. Онищенко, Л.А. Дубровіна, С.М. Кіржаєв та ін. – С. 552.

² Усенко І.Б. Малиновський Оникій Олександрович / І.Б. Усенко // Антологія української юридичної думки: в 10 т. / редкол. Ю.С. Шемшученко та ін. – К.: ВД «Юридична книга», 2002. – Т. 2: Історія держави і права України: Руська Правда. – С. 379–381; Усенко І.Б. Малиновський Оникій Олександрович / І.Б. Усенко, О.О. Кваша // Антологія української юридичної думки: в 10 т. / редкол. Ю.С. Шемшученко та ін. – Т. 7: Кримінальне право. Кримінальний процес. – К.: ВД «Юридична книга», 2004. – С. 337–343; Наукова спадщина академіка О.О. Малиновського і сучасність: матеріали Всеукр. наук.-практ. конф. (м. Рівне, 4–6 груд. 2008 р.) / редкол.: І.Б. Усенко (голова) та ін. – К.: Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2010. –

231 с.; Наукова, просвітницька та політична спадщина академіка І. Малиновського і сьогодення : матеріали I Міжнародного наук.-практ. семінару (16 березня 2012 р.). – Острог, 2012. – 210 с.; *Берзін П.* Оникій Олексійович Малиновський – вчений, який заплатив свободою за свої наукові й політичні принципи / П. Берзін // *Юридична Україна*. – 2016. – № 5–6. – С. 108–132.

³ *Бондарук Т.* Західноруське право: дослідники і дослідження (Київська історико-юридична школа) / Т. Бондарук. – К.: 2000. – С. 54–63.

⁴ Праці Комісії для вивчення західноруського та українського права. – К., 1925. – Вип. 1. – С. 2.

⁵ Письма Л.Н. Толстого (1848–1910). – М., 1910. – С. 343.

⁶ Томский университет. 1880–1980. – Томск, 1980. – С. 70.

⁷ *Усенко І.Б., Кваша О.О.* Малиновський Оникій Олексійович... С. 340.

⁸ *Малиновський О.* Ростовський щоденник 1920 // Інститут рукописів НБУВ. Ф. 356. Од.зб. 7. Арк. 52.

⁹ Там само. Арк. 83.

¹⁰ Там само. Арк. 72.

¹¹ Там само. Арк. 54.

¹² Там само. Арк. 90.

¹³ *Малиновський І.* Треба знати і вивчати історію українського права / І. Малиновський // *Червоне право*. – 1928. – № 1. – С. 15–16.

¹⁴ Там само. – С. 58.

¹⁵ *Малиновський І.* Лекції по истории русского права / И. Малиновский. – Ростов-на-Дону, 1918. – С. 6.

¹⁶ *Малиновський І.О.* Курс історії права українського народу (з приводу «Лекцій по історії українського права» Р. Лашенка, професора Укр. Університету в Празі) / І.О. Малиновський // Праці комісії для вивчення історії західноукраїнського та українського права. – К., 1927. – Вип. 3. – С. 393.

¹⁷ *Іванова А.* Проблеми періодизації історії держави і права України / А. Іванова // *Правова держава*. – К.: Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2009. – Вип. 20. – С. 58.

¹⁸ *Малиновський І.О.* Вказана праця. – С. 385.

¹⁹ *Малиновський О.О.* Рец.: Тарановський Ф.В. Періодизація в історії права / О.О. Малиновський // Праці комісії для вивчення історії західноукраїнського та українського права. – К., 1927. – Вип. 3. – С. 422.

²⁰ *Бондарук Т.І.* Пенітенціарна концепція академіка Оникія Малиновського / Т.І. Бондарук // Проблеми протидії злочинності: історико-правовий аспект: матеріали XVIII міжнародної історико-правової конференції (с. Стерегущє, 13–17 вересня 2007 р.) / редкол.: О.В. Тимошук (голова), Д.В. Велигодський (відпов. секретар), О.Н. Ярмиш та ін. – Сімферополь: ДОЛЯ, 2008. – С. 194–199.

²¹ *Бондарук Т.І.* Кримінально-правові погляди академіка Оникія Малиновського / Т.І. Бондарук // *Правова держава: Щорічник наукових праць*. – К., 2008. – Вип. 19. – С. 97–103.

²² *Музика І.В.* З історії вітчизняної соціології права: О.О. Малиновський / І.В. Музика // *Правова держава: Щорічник наукових праць*. – К., 2011. – Вип. 22. – С. 33–38.

²³ *Малиновський О.* Революційне звичаєве право / О. Малиновський. – К., 1927. – С. 25.

²⁴ *Малиновський І.* Вопросы права в сочинениях А.П. Чехова / И. Малиновский. – Томск, 1905. – С. 3.

²⁵ *Малиновський І.* Университет в произведениях А.П. Чехова / И. Малиновский. – Томск, 1904. – С. 9.

²⁶ *Малиновський О.О.* Щоденники. 1920. Арк. 54.

²⁷ Там само. Арк. 98.

²⁸ Там само. Арк. 115.

Резюме

Бондарук Т.І. Терни і зірки академіка ВУАН Оникія Малиновського (до 150-річчя від дня народження).

Розглядаються основні віхи життєвого і творчого шляху Оникія Олексійовича Малиновського в контексті суспільних процесів кінця XIX – початку XX ст., аналізуються основні наукові здобутки, окреслюється його громадянська та наукова позиція.

Ключові слова: академія наук, історія права, пенітенціарна система, праворозуміння, київська історико-юридична школа.

Резюме

Бондарук Т.И. Тернии и звезды академика ВУАН Оникия Малиновского (к 150-летию со дня рождения).

Рассматриваются основные вехи жизненного и творческого пути Оникия Алексеевича Малиновского в контексте общественных процессов конца XIX – начала XX в., анализируются основные научные достижения, рассматривается его гражданская и научная позиция.

Ключевые слова: академия наук, история права, пенитенциарная система, правопонимание, киевская историко-юридическая школа.

Summary

Bondaruk T. Thorns and stars of Academician VUAN Onikiya Malinovsky (up to the 150-th anniversary of birthday).

The main milestones of the life and creative way of Onikii Alekseevich Malinovsky in the context of social processes of the end of the XIX – early XX centuries are analyzed, the main scientific achievements are analyzed, his civil and scientific position is outlined.

Key words: academy of sciences, history of law, penitentiary system, legal thinking, Kyiv historical and law school.

І.А. КУЯН, І.П. АНДРУШКО

Ірина Анатоліївна Куян, доктор юридичних наук, старший науковий співробітник, завідувач сектору Інституту законодавства Верховної Ради України

Ірина Петрівна Андрушко, кандидат юридичних наук, провідний науковий співробітник Інституту законодавства Верховної Ради України

ПРАВОВИЙ ПАТРІОТИЗМ ЯК ОПТИМАЛЬНА МОДЕЛЬ ДЕРЖАВНИЦЬКОЇ ІДЕОЛОГІЇ УКРАЇНИ

На початку другої чверті незалежності України набуває актуальності питання вибору та реалізації найбільш оптимальної форми державницької ідеології. Звичайно, в демократичній державі жодна ідеологія не може визнаватись обов'язковою. Але розвиток держави неможливий без постійної підтримки державницьких ідей і відповідної ідеології. При цьому не йдеться про абсолютну прихильність до етатизму та/або патерналізму. Натомість це диктується потребою збереження й зміцнення самої державної організації суспільства, поза якою за сучасного рівня людської свідомості може настати «війна всіх проти всіх». Тим більш, це необхідно у кризові для держави періоди.

Сучасна Україна як ніколи потерпає від потужних внутрішніх і зовнішніх викликів, значною мірою активованих внаслідок російської агресії. Більш того, держава сьогодні опинилася на перетині світового конфлікту, протистояння різноманітних міжнародних бізнес-інтересів, суперництва ідеологій та культур. Тому вкрай важливо знайти і визначити спільний знаменник генерованих суспільством ідей і поглядів щодо цілей та напрямів його подальшого розвитку. Таким спільним знаменником має стати культивована в суспільстві модель патріотизму, що відповідає якостям демократичної правової держави.

Зазначимо, що патріотизм як державницька ідеологія взагалі не був затребуваний у державній політиці України до останнього часу. На це були певні причини, які, проте, не можна вважати виправдувальними. Перша, на нашу думку, пов'язана із тривалим перехідним періодом становлення суверенної державності та політичною нестабільністю у цьому зв'язку і часто стратегічною недалекоглядністю запроваджуваної державної політики.

Друга причина, як уявляється, пов'язана з неоднозначним тлумаченням самого терміна «патріотизм», що зумовлено багатоаспектністю відповідного явища та різноманітністю його моделей у зарубіжних країнах.

Метою цієї статті є характеристика виділених у науковій літературі теоретичних моделей патріотизму під кутом зору використання їх потенціалу у правовій політиці України.

Термін патріотизм (грецьк. Πατριότης – співвітчизник, грецьк. πατρίς та лат. patria – батьківщина) в довідковій літературі визначається як «любов до своєї Батьківщини, відданість своєму народові, готовність для них на жертви й подвиги»¹. У такому ж сенсі «патріотизм» тлумачиться у Філософському енциклопедичному словнику – як любов до батьківщини, відповідальність за її долю і готовність служити її інтересам, а в разі потреби самовіддано боронити здобутки свого народу; соціально-політичний і моральний принцип, що в загальній формі виражає вищезазвані почуття та емоційні стани².

У теорії права патріотизм тлумачать як «моральний і політичний принцип, соціальне відчуття (сприйняття), змістом якого є любов до Батьківщини (місця народження всіх поколінь предків і самої людини), відданість своєму народові, готовність заради нього на жертви», як одну з найбільш значущих, вічних цінностей, притаманних всім сферам життя суспільства і держави, яка є найважливішим духовним надбанням особистості³.

Таким чином, означений феномен постає як певне почуття, навіть стан свідомості окремого індивіда та складова суспільної свідомості, ідея, морально-етичний та/або політичний принцип і напрям правової полі-

тики держави. Головне ж, що ці прояви феномена патріотизму відтворюють різні аспекти, характеристики взаємозв'язку політичної організації та належного до неї індивіда, їх ставлення одне до одного і взаємного впливу.

Так, якщо за вектором «держава – громадянин» патріотизм – це важливий напрям державної політики, в основі якого є її (держави) конституційні обов'язки, то за вектором «громадянин – держава» – це явище морального, духовного, культурного порядку, яке, так само, має конституційно-правовий вимір, відтворений вже у обов'язках громадянина щодо держави.

У науковій літературі виділяють чотири основні моделі (види) патріотизму: етнічний, територіальний, державний та конституційний. Кожен із них має свої прояви, свій конструктивний потенціал щодо зміцнення взаємозв'язку громадянина та держави і, разом з тим, за певних умов, може створювати виклики й зумовлювати руйнування такого взаємозв'язку.

Етнічний патріотизм. Не вдаючись до дискусії про зміст поняття етносу, зазначимо, що цей вид патріотизму ґрунтується на існуванні зв'язку індивіда зі стійкою сукупністю людей, об'єднаних низкою об'єктивних і суб'єктивних чинників, родинними, расовими, культурними, історичними тощо. Цей патріотизм, як підкреслює Ю. Івченко, започатковується природою, як відчуття родовидових ознак народу, що є вродженими. У цьому сенсі неабияке значення має вивчення рідної мови, власної історії, літератури, українознавства, українського мистецтва, рідних звичаїв тощо⁴. Своє ідеологічне підґрунтя етнічний патріотизм черпає в політико-правовій думці і творчій спадщині минулих століть.

У цьому питанні варто згадати вченого філософа, теоретика українського націоналізму Д. Донцова. Його концепція націоналізму ґрунтується на розумінні нації як головного і вирішального чинника історії, інтересам якого мають підпорядковуватись всі елементи суспільного життя. Під нацією Д. Донцов розумів об'єднання людей довкола ідеї панування певної етнічної групи на певній території. Тож саме поява нації і її прагнення до самостійного політичного життя є необхідною передумовою створення власної держави. Безпосередньо питанням патріотизму присвячувалась праця Д. Донцова «Патріотизм і характер», у якій означений феномен розглядався крізь призму питання ролі особистості в історії та в контексті належності до «сильної нації», яка має постійно дбати про «гартування тіла і душі»: «Хто гартує тіло, гартує душу, а моральний гарт і характерність фундамент сильної нації»⁵. На думку філософа, без характеру всякий патріотизм мертвий⁶.

Якщо не брати до уваги войовничий аспект патріотизму Д. Донцова, питання фізичного здоров'я людини, моральності й колективної свідомості не є індивідуальними для будь-якої нації, з огляду на важливість таких її чинників, як національний генофонд, національний код, національний характер, національна свідомість. Не випадково, означені чинники знаходять відтворення в конституційних актах низки сучасних демократичних держав, особливо в більш-менш моноетнічних та в таких, де корінна, державоутворююча нація становить більшість населення. Вони реалізуються через конституційно-правові інститути назви держави, державної мови, національних символів, національних меншин, національних автономій.

Щоправда, їх, як правило, не прийнято тлумачити у вузькому, етносоціальному аспекті. Адже в сучасній правовій демократичній державі людина визнається найвищою соціальною цінністю, утверджується рівність прав людини та відсутність привілеїв чи обмежень за ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного й соціального походження, майнового стану, місця проживання, за мовними або іншими ознаками, а поняття нації має переважно загальногромадянський смисл.

Особливості дуалізму змісту поняття нації зумовлюють і тлумачення патріотизму як етнічного та/або національного. Згадаймо відомого українського правника, публіциста, засновника самостійницького українського руху початку ХХ ст. М. Міхновського. Проголошувані М. Міхновським ідеї «одна єдина, нероздільна, вільна, самостійна Україна від Карпат аж до Кавказу», «Усі, хто на цій Україні не за нас, ті проти нас. Україна для українців»⁷ безпосередньо відображають державотворчий характер його патріотизму.

Етнічний патріотизм у науковій літературі досить часто отожднюється з націоналізмом. Націоналізм, як він тлумачиться у словнику, це ідеологія і політика, яка проповідує зверхність національних інтересів над загальнолюдськими, панування однієї нації за рахунок пригнічення іншої, або рух, спрямований на боротьбу за незалежність нації проти іноземних гнобителів чи рух на збереження і розвиток національних традицій, культури, мови, літератури, мистецтва й патріотизм⁸. Як зазначав на початку минулого століття український вчений і політичний діяч В. Липинський: «Націоналізм буває двоякий: державотворчий і державоруйнуючий – такий, що сприяє державному життю нації і такий, що це життя роз'їдає. Прикладом першого може бути націоналізм англійський; другого – націоналізм польський, український. Перший є націоналізм територіальний, другий – націоналізм екстериторіальний і віросповідний. Перший називається патріотизмом, другий – шовінізмом»⁹.

Сучасний український націоналізм має державотворчий характер і завданням для суспільства є розвиток його як такого.

Територіальний патріотизм відтворює характер зв'язку індивіда з певним просторовим базисом, місцевістю, територією, від власної домівки, вулиці, населеного пункту, регіону до території своєї держави. Цей вид патріотизму має особливе значення для націй, що прагнуть реалізувати своє право на самовизначення, а також тих, хто захищає своє право на певну територію, територіальну цілісність своєї держави.

Представником ідеї територіального патріотизму в українській політико-правовій думці вважається В. Липинський. У його нарисах програми Української демократичної хліборобської партії (1917 р.) ставила-

ся мета «об'єднання в однім українським державнім організмі всіх тих земель наших», де в межах австрійської і російської держав живе суцільною масою народ український та утверджувалась необхідність боротьби «за зміцнення і розвиток українського суверенітету на українській землі»¹⁰.

Як зазначається у літературі, В. Липинський вбачав сутність територіального патріотизму у пробудженні почуття солідарності та єдності всіх постійних мешканців української землі, незалежно від їх етнічного походження, класової належності, віросповідання, соціально-культурного рівня¹¹.

Будучи складовою державної політики, правовий режим державної території ґрунтується на принципі територіальної цілісності (неподільності, недоторканності) території держави, що знаходить своє закріплення в конституційних актах всіх сучасних держав світу.

Багатовимірність територіального патріотизму в силу його просторового багатоманіття може зумовлювати доцентрові і відцентрові тенденції в масштабах держави. Він може виступати об'єднуючим чинником, володіючи потужною захисною функцією, а може, навпаки, обумовлювати сепаратистські тенденції, регіоналізм, автономізм, і в рамках однієї політичної організації виконувати протилежні функції. Деструктивну – для цієї політичної організації в цілому і державотворчу для тієї її частини, що прагне реалізувати своє право на самовизначення на певній території. У сучасному світі є чимало прикладів «змагальності» загальнодержавного і регіонального патріотизму. Останнє (у часі) таке протистояння патріотизму «каталонців» і «мадридців» завершилося поразкою перших. Вважаємо, навряд чи патріотизм каталонців канув у літ. Але його подальший розвиток, на нашу думку, залежить від змісту державницького патріотизму Іспанії.

Державний патріотизм є (може бути) синтезом етнічного і територіального, а може мати свій особливий зміст і характер.

Ю. Івченко звертає увагу на важливість для державного самовизначення нації розвитку державницького світогляду і державницького почуття у людини, «того вищого патріотизму, який ґрунтується на державній ідеології й пов'язується з поняттям громадянськості. Різні люди і різні народності на нашій землі йдуть до цього патріотизму різними дорогами, але приходять до спільного. В ідеалі – до нього повинні вести й етнічний та територіальний чинники, хоча етнічний патріотизм має тут значення вирішальне»¹².

Тим не менш, саме державний патріотизм, на нашу думку, реалізує конструктивну організаційно-мобілізуючу та інтеграційну функції.

Проявом державного патріотизму може бути патерналізм. Термін «патерналізм» (від лат. *paternus* – батьківський) тлумачиться як ідеологія і практика управління людьми, особлива форма здійснення влади, за якої її суб'єкт отожднюється з батьком великої патріархальної сім'ї, який «по-батьківському» піклується про своїх підлеглих, а ті, в свою чергу, зобов'язані відповідати «синівською» відданістю і слухняністю¹³. Це, з одного боку, характеристика політики держави щодо громадянина, а з другого, – світоглядна позиція, пов'язана з очікуванням індивідом допомоги і покровительства від держави.

Вважається, що вперше ідея патерналізму була сформульована Конфуцієм у 6–5 ст. до н.е. У науковій літературі зазначається, що інтелектуальна традиція усвідомлення феномена патерналізму є більш давня, ніж вживання відповідного слова. І у конфуціанстві, вчenni, яке стало державною релігією Китаю, представлені найбільш яскраві зразки патерналістських суспільних відносин як моральної основи суспільства¹⁴.

Патерналізм як явище суспільного життя було відоме періоду античності, розвивалося в епоху середньовіччя, затребувалося на теренах Російської імперії, що дає підстави науковцям виділяти західний і східний типи патерналізму.

Доктрина патерналізму в сучасному вияві почала широко застосовуватися з кінця ХІХ – початку ХХ ст. у США, Німеччині та інших державах. В його основі – ідея про необхідність поєднання інтересів держави, великого бізнесу і найманих працівників про досягнення в суспільстві «соціального миру» шляхом «соціального партнерства» і «соціального патронажу»¹⁵.

В енциклопедичній літературі зазначається, що в першій половині ХХ ст. патерналізм обмежувався переважно активною соціальною ідеологією, а у другій половині ХХ ст. він був доповнений практичними заходами, зокрема, створенням преміальних і пенсійних фондів на підприємствах, організацією медичної допомоги, здійсненням житлового будівництва, продажем акцій за пільговими цінами, залученням найманих працівників до управління підприємствами, політикою формування власності трудящих. Зокрема, у ФРН в 1984 р. були визначені правові механізми стимулювання утворення власності у найманих працівників. У США та деяких інших країнах наймані працівники залучалися до управління підприємством, заохочувалися до придбання акцій. На підготовку і перепідготовку кадрів американські корпорації щорічно витрачають до 30 млрд доларів¹⁶.

Досить неоднозначним є ставлення до патерналізму в сучасній науковій літературі та публіцистичному дискурсі. З одного боку, патерналізм часто тлумачиться як «зло», «інструмент тоталітарних режимів», «метод управління народом», «інструмент тотального контролю», як «засіб знецінення демократії», «приглушення» громадянської свідомості та маніпулювання нею, зниження рівня політичної культури, як складник корупції тощо, явище антидемократичне, яке уповільнює розвиток суспільних відносин. З іншого боку, він розглядається як невід'ємний елемент функціонування інституту держави (виконання державою своїх завдань стосовно громадян), як прояв «соціальної держави», невід'ємний елемент політики загального добробуту, як чинник подолання соціальних протиріч, засіб запобігання соціальних конфліктів тощо.

Очевидно, що патерналізм як ідеологічний конструкт і державна політика може мати різні прояви. Відповідно, буде відображатися у суспільній свідомості, відтворюватися у менталітеті тощо. Головне, на нашу

думку, не слід приписувати патерналізму виключно негативні якості. У сучасному світі жодна державна влада не зможе втримати своєї легітимності, не виконуючи свого призначення щодо утвердження і забезпечення прав людини, міжнародних зобов'язань і стандартів у сфері прав людини. Складно уявити правову демократичну державу, яка відмовляється від виконання соціальних функцій щодо своїх громадян, не піклується про захист материнства і дітей, осіб літнього віку та з ознаками інвалідності, – усіх, хто потребує відповідного захисту. Про розвиток освіти, науки, культури й годі говорити. Це питання забезпечення національної безпеки.

Слід зауважити, що жодного антагонізму між правом людини на гідність, на гідне існування, на достатній рівень життя та правом брати участь в управлінні державними справами немає. Їх держава має забезпечувати однаково, в жодному випадку не апелюючи до активної чи пасивної громадянської позиції індивіда.

Отже, патерналізм, є одним із проявів, формою державного патріотизму.

Як свідчить сучасна історія розвитку державності США, саме державний патріотизм є затребуваний у країнах з поліетнічним складом населення, історично непов'язаним з чинниками територіального патріотизму. Останній приклад актуалізації державного патріотизму в цій країні – запровадження Президентом США Дональдом Трампом у день своєї інаугурації 20 січня 2018 р. державного свята – Дня національного патріотизму. Таку ініціативу Дональд Трамп пояснив необхідністю зміцнення зв'язків американських громадян між собою та зі своєю країною. Таким чином було акцентовано увагу на виборі протекціоністського шляху розвитку державної політики в цій державі.

Державний патріотизм, як правило, має нормативне втілення (насамперед у конституційних актах держав), зокрема в інститутах громадянства, державних символів, у правовому статусі посадових осіб публічної служби, в особливому правовому режимі права власності на землю, у встановленні обов'язку народу (громадян) захищати свою вітчизну, в осуді зради батьківщини тощо.

Отже, державний патріотизм як явище суспільного життя має досить складну природу і різноманітну форм прояву. Відповідно, і поняття державного патріотизму є багатоаспектним. Разом із тим виявлення всіх сторін державного патріотизму є необхідним для врахування ризиків цього явища та напрацювання заходів його забезпечення.

Конституційний патріотизм. У науковій літературі авторство ідеї конституційного патріотизму пов'язують з іменами таких німецьких вчених, як Д. Штернбергер, Я.-В. Мюллер, К. Ясперс, Ю. Хабермас. Ця концепція стала затребуваною суспільно-політичною практикою повоєнної Німеччини у зв'язку з необхідністю вибору ідеології розвитку державності на фоні засудження фашизму та враховуючи статус держави як такої, що потерпіла поразку у війні.

Конституційний патріотизм у Німеччині ґрунтується на універсальних правових цінностях, що відтворюються і розвиваються крізь призму національної ідентичності. Як зазначає Ю. Хабермас, для його співвітчизників конституційний патріотизм серед іншого означає ще й гордість за те, що їм вдалося подолати фашизм, встановити устрій правової держави і вкоренити його в напівліберальній політичній культурі. При цьому вчений наголошує, що для укорінення універсальних принципів завжди необхідна певна ідентичність, що у різних націй опора на принципи правової держави і демократії може стати реальністю лише за умови, що ці принципи укорінені в різних політичних культурах на свій лад¹⁷. Тут, вважаємо, вчений має на увазі саме конституційну ідентичність і особливості національних правових систем.

У науковій літературі зміст конституційного патріотизму пов'язують також з ідеологією, яка відтворює зв'язок громадян держави між собою через прийняття демократичних цінностей, як вираження універсальних цінностей, а також як характеристику конституції, що відображає її спрямованість на захист цінностей правової держави^{18,19,20}. З цим можна погодитись, але за умови розуміння, що універсальним цінностям часто притаманна опозиційна бінарність, що в різних країнах вони можуть мати своє тлумачення і механізми забезпечення.

Конституційний патріотизм тлумачать також у зв'язку з конституційними обов'язками громадянина. Так, згідно зі ст. 1 Конституції Республіки Казахстан «казахстанський патріотизм» визначається як один із засадничих принципів діяльності Республіки²¹. Як зазначає професор А. Сман, «казахстанський патріотизм з правової точки зору – це передбачені в Конституції країни конституційно-правові обов'язки» і наголошує, що «тільки виконуючи правові приписи, закони і правові обов'язки, розуміючи значимість і роль права, громадянин сприяє безпеці і громадському порядку, а також стійкому формуванню правової свідомості, яка є складовою духовної свідомості. Правова свідомість суб'єктів права сприяє зміцненню основ правової держави»²². Справді, навряд чи можна вести мову про патріотизм у державі, в якій громадяни масово нехтують своїми конституційними обов'язками. Але разом із тим це поставлено в пряму залежність і від виконання державою обов'язків щодо своїх громадян. Оскільки, як прямо визначено в ст. 3 Конституції України: «Утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави».

Загалом, на нашу думку, концепція конституційного патріотизму залежить від базових умов (чинників) його формування, від потреб утвердження конституційної ідентичності. Для України труднощі формування конституційного патріотизму пов'язані з перехідним характером суспільства, перманентним станом конституційної реформи та пошуком власної конституційної ідентичності.

Патріотизм як почуття, стан свідомості індивідів та складова суспільної свідомості, ідея, морально-етичний принцип у якісному відношенні значною мірою залежить від змісту відповідного напрямку правової політики держави.

Ми вже звертали увагу на неналежну увагу до патріотизму у державній політиці України, що проводилася до останнього часу. Це, на нашу думку, певною мірою негативно позначилося на глибині соціального конфлікту в Україні і сприяло настанню поточної політичної, геополітичної кризової ситуації.

Як було наголошено у Стратегії національно-патріотичного виховання дітей та молоді на 2016–2020 рр., за часів незалежності України держава приділяла замало уваги питанням патріотичного виховання дітей та молоді. У документі зазначалося про низку проблем у вказаній сфері, зокрема, «відсутність ефективного механізму формування та реалізації державної політики у сфері національно-патріотичного виховання; брак комунікацій з громадянським суспільством з питань національно-патріотичного виховання; недостатні зусилля держави у сфері політики консолідації суспільства, формування активної громадянської позиції та національно-патріотичної свідомості громадян України, особливо дітей і молоді; брак духовності і моральності у суспільстві; наявність істотних відмінностей у системах цінностей, світоглядних орієнтирах груп суспільства, населення певних територій держави, окремих громадян; наявність імперсько-тоталітарних рудиментів у суспільній свідомості та зумовлених нищенням української духовно-культурної спадщини та історичної пам'яті розбіжностей в уявленнях про історичне минуле, зокрема про тоталітарну добу, голодомори і політичні репресії тощо»²³.

Останнім часом ситуація щодо забезпечення патріотизму почала змінюватися на краще. Та й сам термін «патріотизм» все частіше з'являється в законодавчих актах і таким чином набуває правового змісту. Так, ст. 6 Закону України «Про освіту» визначає засади державної політики в сфері освіти та принципи освітньої діяльності, до яких зокрема відноситься і виховання патріотизму, повага до культурних цінностей Українського народу, його історико-культурного надбання і традицій.

У Законі України «Про державну службу» до принципів державної служби віднесено патріотизм як «відданість та вірне служіння Українському народові» (п. 4 ч. 1 ст. 4). У присязі державного службовця, яка має морально-правове значення, йдеться про служіння Українському народові, що є проявом народного суверенітету. Це висвітлено в і текстах присяги, що складаються різними категоріями посадових осіб публічної влади в Україні (Президентом, народними депутатами, суддями, прокурорами, військовослужбовцями, посадовими особами органів місцевого самоврядування тощо). Присяга посадової особи публічної служби має двоякий характер: з одного боку, вона є юридичним обов'язком виконувати повноваження, закріплені у Конституції та законах України, а з другого боку – присяга має моральне значення і зобов'язання служити народу України. Наприклад, судді, окрім того, що здійснюють правосуддя від імені України, керуючись лише законом, повинні також діяти справедливо, неупереджено та безсторонньо, керуючись принципом верховенства права. З одного боку, маємо обов'язок, закріплений у законі, а з іншого боку – моральну вимогу до відповідної посадової особи.

Відповідно до Закону України «Про військовий обов'язок і військову службу», підготовка громадян України до військової служби включає в себе також і патріотичне виховання. А складаючи присягу, військовослужбовці Збройних Сил України дають урочисту обіцянку Українському народові завжди бути йому вірним і відданим, ніколи не зрадити Українському народові, обороняти Україну, захищати її суверенітет, територіальну цілісність і недоторканність.

Орден Героїв Небесної Сотні, передбачений Законом України «Про державні нагороди», вручається для відзначення осіб за громадянську мужність, патріотизм, відстоювання конституційних засад демократії, прав і свобод людини, активну благодійну, гуманістичну, громадську діяльність в Україні, самовіддане служіння Українському народу, виявлені під час Революції гідності (листопад 2013 р. – лютий 2014 р.), інших подій, пов'язаних із захистом незалежності, суверенітету і територіальної цілісності України.

Особливо важливе значення для розвитку патріотизму в Україні мають, окрім вже згаданих, такі Закони України: «Про правовий статус та вшанування пам'яті борців за незалежність України у ХХ столітті», «Про засудження комуністичного та націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарних режимів в Україні та заборону пропаганди їхньої символіки», «Про увічнення перемоги над нацизмом у Другій світовій війні 1939–1945 років» та ін. Завдяки цим нормативно-правовим актам державна ідеологія набуває правового змісту.

Тож відповідаючи на питання, який вид патріотизму варто розвивати та забезпечувати в Україні, ми назвемо «правовий патріотизм». Як наукова модель, концепція правового патріотизму втілює елементи всіх розглянутих попередньо видів цього явища і, разом із тим, має свій особливий зміст.

Ми виходимо з того, що вітчизняна модель правового патріотизму ґрунтується на діалектичному поєднанні принципів права нації на самовизначення і територіальної цілісності держави. Здійснене українською нацією, всім Українським народом право на самовизначення – це процес розвитку та зміцнення його (Українського народу) державності. Це право в сучасних умовах означає максимальне забезпечення прав і свобод людини через відповідальність держави перед своїми громадянами, підвищення авторитету закону і суворе його виконання усіма державними органами та організаціями. Разом із тим зараз, як ніколи, стає зрозумілим, що територіальна цілісність держави перебуває в залежності від забезпечення потреб розвитку прав і свобод людини і громадянина. Що краще держава реалізує свій обов'язок щодо утвердження і забезпечення прав людини, то міцніше її суверенітет.

В основі правового патріотизму – принцип верховенства права, який поєднує в собі право природне і право позитивне. Політика правової держави не може мати іншого підґрунтя, як природні і невідчужувані права і свободи людини, утвердження і забезпечення яких є її головним обов'язком. Без цього неможливою є легітимність державної влади, що забезпечує її стабільність, а суспільству сталий розвиток.

Патріотизм може певний час штучно підживлюватись ідеями про світле майбутнє, активуватися на фоні доленосних подій (наприклад, війн), але в мирні часи він «живе» лише там, де права людини держава не просто декларує, а й створює реальні умови для їх утвердження, забезпечення і захисту²⁴. Виконання державою свого головного обов'язку щодо громадян сприяє формуванню належного рівня правової свідомості і правової культури суспільства, забезпеченню його консолідації і, тим самим, зміцненню суверенітету держави.

Таким чином, саме правовий патріотизм, в основі якого лежить принцип верховенства права, найкраще забезпечує виконання комунікативної, захисної, регулятивної, консолідуючої та інших функцій, притаманних цьому явищу. Це зумовлює необхідність подальших досліджень зазначеної проблематики.

¹ Великий тлумачний словник української мови (із дод. і доповн.) / упоряд. і гол. ред. В.Т. Бусел. – К.: Ірпінь: Перун, 2005. – 1728 с. – С. 711.

² Філософський енциклопедичний словник / за ред. В.І. Шинкарук; Ін-т філософії ім. Г.С. Сковороди НАН України. – К.: Абрис, 2002 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://filos_uk.academic/2296

³ Івченко Ю.В. Сутність патріотизму: історія та сучасність / Ю.В. Івченко // Науковий вісник Херсонського державного університету. – 2015. – Вип. 6. – Т. 3. – С. 151 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.lj.kherson.ua/2015/pravo06/part_3/37.pdf

⁴ Там само. – С. 151.

⁵ Донцов Д. Патріотизм і характер / Д. Донцов : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://oa.elibukr.org/bitstream/1984/420/1/doc_004.pdf – С. 14.

⁶ Там само. – С. 15.

⁷ Міхновський М. Самостійна Україна / М. Міхновський / Незмінений передрук з видання Ю. Колларда. 1948 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://apsm.org/wpcontent/uploads/2017/03/Samostiina_Ukraina_vyd2012.pdf

⁸ Великий тлумачний словник української мови (із дод. і доповн.) / упоряд. і гол. ред. В.Т. Бусел. – К.: Ірпінь: Перун, 2005. – 1728 с. – С. 744.

⁹ Липинський В. Нарис програми Української демократичної хліборобської партії (1917). Історія вчень про право і державу. Хрестоматія / В. Липинський ; за ред. Г.Г. Демиденка. – Х.: Право, 2005. – С. 760.

¹⁰ Там само. – С. 760.

¹¹ Малиновський В. Концепція територіального патріотизму в сучасних процесах формування політичної нації / В. Малиновський // Український науковий журнал «Освіта регіону». – 2012. – № 3 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://socialscience.com.ua/article/842>

¹² Івченко Ю.В. Сутність патріотизму: історія та сучасність / Ю.В. Івченко // Науковий вісник Херсонського державного університету. – 2015. – Вип. 6. – Т. 3 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.lj.kherson.ua/2015/pravo06/part_3/37.pdf

¹³ Політологічний енциклопедичний словник / упоряд. В.П. Горбатенко; за ред. Ю.С. Шемшученка, В.Д. Бабкіна, В.П. Горбатенка. 2-е вид., доп. і перероб. – К.: Генеза, 2004. 736 с. – С. 476.

¹⁴ Ермоленко Т.Ф. Патернализм в Росії: культурологічний аналіз: автореф. дис. ... д-ра філос. наук: спец. 24.00.01 / Т.Ф. Ермоленко. – Р.н.Д., 2000. – 38 с.

¹⁵ Політологічний енциклопедичний словник / упоряд. В.П. Горбатенко; за ред. Ю.С. Шемшученка, В.Д. Бабкіна, В.П. Горбатенка. 2-е вид., доп. і перероб. – К.: Генеза, 2004. 736 с. – С. 476.

¹⁶ Економічна енциклопедія: в 3 т. / відп. ред С.В. Мочерний. – К.: Академія, 2002. – Т. 2 (К-П). – 848 с. – С. 705.

¹⁷ Хабермас Ю. Политические работы. Модерн – незавершенный проект / Ю. Хабермас : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://unotices.com/book.php?id=143001&c=28-29>

¹⁸ Fossum J.E. On the Prospects for a Viable Constitutional Patriotism in Complex Multinational Entities: Canada and the European Union Compared / Annual Conference of the Canadian Political Science Association. – Saskatoon, 2007. – 20 p. – P. 2.

¹⁹ Oklopčić Z. The Territorial Challenge: From Constitutional Patriotism to Unencumbered Agonism in Bosnia and Herzegovina // German Law Journal. – 2012. – Vol. 13. – № 1. – P. 23–50. – P. 23.

²⁰ Барциц И.Н. Ценности конституционного патриотизма: м-ль конференции / И.Н. Барциц – М. 2016: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://www.ranepa.ru/images/News/2016-11/25-11-2016-bartsits-presentation.pdf>

²¹ Конституція Республіки Казахстан (1995 р.) Офіційний сайт Президента Республіки Казахстан : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.akorda.kz/ru/official_documents/constitution

²² Сман А. Правовое понятие казахстанского патриотизма / А. Сман : [Електронний ресурс]. Режим доступу: <http://info-zakon.kz/slider/1766-pravovoe-ponyatie-kazahstanskogo-patriotizma.html>

²³ Про Стратегію національно-патріотичного виховання дітей та молоді на 2016–2020 роки: Указ Президента України № 580/2015 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.president.gov.ua/documents/5802015-19494>

²⁴ Куян І.А. Суверенітет: проблеми теорії і практики: конституційно-правовий аспект: моногр. / І.А. Куян. – К.: Академія, 2013. – 560 с.

Резюме

Куян І.А., Андрушко І.П. Правовий патріотизм як оптимальна модель державницької ідеології України.

У статті охарактеризовано існуючі в науковій літературі теоретичні моделі етнічного, територіального, державного та конституційного патріотизму під кутом зору використання їх потенціалу для розвитку патріотизму та зміцнення держави України. Кожен із цих видів має свої прояви, свій конструктивний потенціал щодо зміцнення взаємозв'язку людини і держави, і разом з тим, за певних умов, може створювати виклики та зумовлювати руйнування такого взаємозв'язку. Показано взаємозв'язок між різними видами патріотизму. Запропоновано наукову модель, концепцію правового патріотизму, який втілює елементи всіх розглянутих попередньо видів цього явища та водночас має свій особливий зміст.

Ключові слова: патріотизм, етнічний патріотизм, територіальний патріотизм, державний патріотизм, конституційний патріотизм, правовий патріотизм, націоналізм, патернализм.

Резюме

Куян І.А., Андрушко І.П. Правовой патріотизм как оптимальная модель государственной идеологии Украины.

В статті дана характеристика існуючих в науковій літературі теоретических моделей етніческого, територіального, державного і конституційного патріотизма під кутом використання їх потенціала для розвитку патріотизма в Україні. Кожен із них має свої проявлення, свій конструктивний потенціал для укреслення взаємосвязи чловека і держави, і разом з тим, при певних умовах, може створювати виклики і сприяти руйнуванню такої взаємосвязи. Показана взаємосвязь між різними видами патріотизма. Предложено наукову модель, концепцію правового патріотизма, що втілює елементи всіх розглянутих раніше видів цього явлення, і разом з тим, маючу своє власне зміст.

Ключевые слова: патріотизм, етніческий патріотизм, територіальний патріотизм, державний патріотизм, конституційний патріотизм, правовий патріотизм, націоналізм, патернализм.

Summary

Kuian I., Andrushko I. Legal patriotism as the optimum model government ideology in Ukraine

The article focuses on identified in the scientific literature characteristics of theoretical models of patriotism with the perspective of using their potential for the development of patriotism in Ukraine. The four main models (types) of patriotism are researched in the scientific literature, namely ethnic, territorial, national and constitutional. Everyone of these types has its own disclosure, its constitutive potential served for strengthening the relationship between human and the state. And at the same time, under certain circumstances, each of them can create challenges and becomes cause of such interconnection destruction. Different types of patriotism interconnection is examined. It is proposed the scientific model – the concept of legal patriotism, which embodies the elements of all the previously considered types of this phenomenon, and at the same time has its own special sense.

Key words: patriotism, ethnic patriotism, territorial patriotism, national patriotism, legal patriotism, nationalism, paternalism.

УДК 340.12

В.С. БІГУН

В'ячеслав Степанович Бігун, кандидат юридичних наук, здобувач Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України

ДОБРОСЕСНІТЬ ЯК НОРМАТИВНО ЗАКРІПЛЕНА ІНСТИТУЦІЙНА ОБ'ЄКТИВАЦІЯ ЧЕСНОТИ У СФЕРІ ПРАВОСУДДЯ

Сучасний соціальний дискурс і проблематика добросесності *актуалізується* після подій 2013–2014 років. Його істотна особливість – юридизація цієї категорії. Це зобов'язує правознавство (а відтак, і правознавців) осмислити та розвинути цей дискурс. Спробу такого внеску і відображає ця публікація (частина циклу) – окремі результати дослідження в контексті філософії правосуддя як частини філософії права.

У попередній статті запропоновано умовну періодизацію сучасного правознавчого дискурсу добросесності: 1) пропедевтика та початок вивчення зарубіжного досвіду (1990–2000 рр.); 2) інтерналізація зарубіжного досвіду та подальші декларативні акти (2001–2014 рр.); 3) юридизація етики та добросесності в судовій діяльності (із 2014 р.)¹.

Мета цієї статті – розгляд генези інституціоналізації *добросесності* як вимоги до суддів (кандидатів у судді) у законодавстві, зокрема і в Конституції України, як *джерельній бази*. Хоча такий підхід є певною мірою описовий, його цінність – у *практичній* актуальності на відміну від умоглядності. Він уможливує формування дослідницького підходу, краще пізнання емпіричного матеріалу і, сподіваємося, глибоке осмислення і суті явища добросесності в процесі здійснення. Адже і на практиці є потреба вироблення розуміння (концепції) добросесності для теоретичного і практичного аспектів дискурсу (в юридичних і квазіюридичних процедурах).

Генеза і зміст терміна добросесність. «Словник української мови» визначає *добросесність* як «високу моральну чистоту, чесність», як властивість за значенням *добросесний*, яким є той, хто «живе чесно, дотримується всіх правил моралі»; «є проявом чесності, моральності»².

По-перше, зміст добросесності вказує на суб'єктивну властивість особи, що об'єктивується (проявляється). По-друге, добросесність є як властивістю, так і *діяльністю, поведінкою, яка має бути моральною*. Декларативність не забезпечує добросесності і, подібно до релігії, не достатньо проповідувати чесноти, канони, треба жити відповідно до них. По-третє, добросесність формують два термінопоняття: *добро* і *чесність*; проте чи їхній зміст і синтез (бути добросесним – це означає бути добрим і чесним) розкриває зміст поняття *добросесність*, – варто дослідити окремо.

Досліджуючи зміст і форми добросесності, варто звернутися до доробку філософії та лінгвістики. Адже добросесність є передусім філософською, точніше, етичною категорією. Лінгвістика ж виявляє, як співвід-

носяться смисли різних лексем, які позначають явище доброчесності, лексико-семантичні особливості вербалізації цього концепту. Так, хоча термін *доброчесність* інколи перекладають російською як *добродетель*, українська мова, на думку дослідників, не має достатніх лексичних засобів, аби відтворити семантику цієї лексеми. Натомість у нашій мові вживається лексема *чеснота*, а в складі лексем *доброчесність* і *чеснота* – категоріальна сема *чесність*, що свідчить про таку особливість українського характеру, як бажання жити чесно, за принципами добра і правди, закарбованими у мові та народній моралі³.

Істотним є і те, що за нашим попереднім дослідженням термін *доброчесність* не був частиною дискурсу українського правознавства. Цей дискурс (про що вже відзначалося в пропонованій нами періодизації та обґрунтовується додатково) актуалізувався завдяки проникненню смислів і термінів із інших мов, зокрема перекладу та інтерналізації міжнародних, іноземних правових актів. Це, проте, не означає, що термінопоняття *доброчесність* чи явище, властивість, яким його позначають, не існувало чи не відображалося в українській мові та літературі⁴; щобільше, воно знане на нинішніх українських теренах здавна. Наприклад, термін *доброчеснота* вжито в Конституційних пактах Пилипа Орлика (1710 р.) («...оскільки серед трьох доброчеснот богословських віра є найпершою...»); а мовою передруку 1858 р. вживається термін *добродетель* (перекладається як *чеснота*)⁵. Тобто, доброчесність у цьому смислі – це синонім загальних термінів *цінність*, *чеснота*.

Зведення ж змісту доброчесності до змісту моралі, хоча й вирішує дескриптивний аспект проблеми, може не вирішувати проблеми практичної, адже зміст моралі може вважатися надто широким і відносним (наприклад, суддя зобов'язаний не розкривати таємниці нарадчої кімнати, хоча дехто може вважати це нечесним, приховуванням) та потребувати звернення до складових, вирішення колізій.

Поширення терміна *доброчесність* як перекладу терміна *integrity*. Огляд джерел виявляє вплив перекладу на розвиток дискурсу, зокрема англомовного терміна *integrity*, як: 1) *доброчесності*; 2) *чесності та невідкупності*.

Виявляється, що термін *доброчесність* поширюється завдяки перекладу та адаптації міжнародно-правових актів і зарубіжних стандартів (практик). Для прикладу, в 1996 р. ООН схвалює Міжнародний кодекс поведінки державних посадових осіб, за яким такі особи зобов'язуються виконувати свої обов'язки «з повною доброчесністю». В англомовному варіанті вживається термін *integrity*⁶ (з латинської *integer* – цілісний, повноцінний), що тлумачні словники трактуються як цілісність, стійкі моральні переконання бути чесним світоглядно та у вчинках⁷.

Однак термін *integrity* не завжди перекладається українською як *доброчесність*, як і навпаки. Так, у тексті Конвенції ООН проти корупції (2003 р.) *integrity* перекладено двома словами разом, як *добропорядність та невідкупність*⁸, чи як *чесність та невідкупність* – у випадку перекладу Бангалорських принципів поведінки суддів (ООН, 2006 р.)⁹. Якщо ж перекладати термін *доброчесність* зворотньо англійською мовою, то поширеним буде слово *virtue*¹⁰.

На практиці термінологічне вживання спричиняє неясності, які мають фундаментальні наслідки для оцінювання доброчесності (наприклад, подається український термін *інтегративність* (очевидне запозичення терміна *integrity*), який в одному нормативно-правовому акті водночас подається як синонімом термінопоняття *доброчесність*, так і його складовою; за відсутності роз'яснення, свідомо чи несвідомо породжуючи неясність і сумніви в результатах оцінювання)¹¹.

Початково ж термін *доброчесність* поширюється передусім у сфері державної служби. Спростовуючи поширену думку, що законодавство не визначає цього терміна, наведемо його визначення у Законі «Про державну службу» (2015 р.); доброчесність як принцип державної служби визначається як «спрямованість дій державного службовця на захист публічних інтересів та відмову державного службовця від превалювання приватного інтересу під час здійснення наданих йому повноважень» (ст. 4).

Отож термін *доброчесність* поширився у сферах державної служби та протидії корупції як переклад терміна *integrity*, проте без перенесення чи без співвіднесення їхніх смислів, семантики. Далі варто розглянути, як змінюються ці смисли у зв'язку з інституціоналізацією, нормативним закріпленням термінопоняття *доброчесності*.

Інституціоналізація доброчесності в судовій сфері. Нормативне закріплення терміна інституціоналізує його. У контексті дослідження правосуддя виникає питання: коли термін *доброчесність* з'являється в актах, які регламентують стандарти суддівської діяльності?

Логічно б було спробувати віднайти термін *доброчесність* у етичних кодексах суддів. Проте ані чинний Кодекс суддівської етики (2013 р.), ані попередній Кодекс професійної етики судді (2002 р.)¹², не містять терміна *доброчесність*. Але в Кодексі 2013 р. зміст цього терміна має на увазі, коли вказується, що «забезпечення права кожного на судовий захист... [висуває] високі вимоги до моральних якостей кожного судді», що «суддя повинен бути обізнаним про свої майнові інтереси та вживати розумних заходів для того, щоб бути обізнаним про майнові інтереси членів своєї сім'ї» (преамбула та ст. 18 Кодексу). Водночас «порушення правил етичної поведінки, встановлених цим Кодексом, не можуть самі по собі застосовуватися як підстави для притягнення суддів до дисциплінарної відповідальності...» (ст. 4).

У 2015 р. Законом України «Про забезпечення права на справедливий суд» законодавчо таки закріплюється термін «недоброчесна поведінка судді» як підстава дисциплінарної відповідальності¹³.

У 2016 р. термін *доброчесність* закріплюється Конституцією, точніше встановлюється вимога до кандидата на посаду судді бути як компетентним, так і доброчесним.

Між тим, ще в 2016 р. від імені суддівського корпусу констатується, що поняття та практика добросесності є новелою. Зокрема, що «Комітет етики, врегулювання конфлікту інтересів та професійного розвитку суддів Ради суддів України створено як «абсолютно нове явище для судової системи України»¹⁴.

Аналіз Коментаря до Кодексу суддівської етики (2016 р.) показує, що питання добросесності розглядається не стільки як вимога до судді індивідуально, як загалом (про що свідчать терміни «добросесність суддівського корпусу», «добросесність суддівської влади», «добросесність суду», «добросесність у судовій владі»¹⁵). Як приклад, не містять терміна *добросесність* чи детальних положень і навчальні посібники з суддівської етики (окрім, як у положеннях Закону «Про судоустрій і статус суддів»)¹⁶. Хоч уже коментар Кодексу до ст. 18 про майнові інтереси тлумачить, що «Добросесна поведінка судді має торкатися всіх сфер його життя, у тому числі, і матеріальної (майнової) сфери»¹⁷.

Відтак проблематика добросесності в судовій сфері поступово стає об'єктом і предметом наукових досліджень¹⁸, формуються уявлення про вимогу до судді бути добросесним (добросесність судді).

Отже, допустимо стверджувати, що хоча уявлення про явище, яким позначається термін *добросесність*, відображалось в українській теорії та практиці судової діяльності й раніше, цей термін і кваліфікаційну вимогу було сформовано та впроваджено в Україні як запозичений, але прийнятний міжнародний стандарт – передумову (умову) стандарту індивідуальної діяльності судді (кандидата на посаду) як представника державної влади – носія судової влади.

Мета добросесності та добросесність як мета в судовій діяльності. Мету добросесності виявляє її ідея. За етичним змістом добросесності така ідея здійснюється за умови, а особа може вважатися добросесною, якщо така особа в своїй практичній діяльності, відповідно до *формального тлумачення* цього терміна, «дотримується всіх правил моралі»; «є проявом чесності, моральності»¹⁹.

Але яка спеціальна мета добросесності в судовій діяльності? Наш аналіз показує, що такою метою є непідкупність, що є складовою незалежності судді. Водночас, тоді чи повинен, і, якщо так, то чому, суддя чи інша особа, яка бере участь у здійсненні судочинства, бути добросесною у всіх сферах життя, дотримуватися «всіх правил моралі» чи лише спеціальних (які пов'язані з судовою діяльністю)?

Аби спробувати відповісти на це запитання, варто дослідити добросесність як водночас мету та інструмент (метод) практичної, зокрема судової діяльності.

По-перше, *добросесність* розглядається як *передумова здійснення правосуддя*. Рада Європи визначає мету добросесності як «забезпечення високого рівня непідкупності, чесності й справедливості при здійсненні юридичних і пов'язаних з ними управлінських процесів»²⁰. Така передумова має загальний характер у тому смислі, що вона може стосуватися будь-яких суспільних відносин, зокрема як між громадянами, так і між громадянином і державними (публічними) інститутами.

Можна припустити (на це вказує й суспільна практика), що (на жаль) підкупність і нечесність теж можуть бути засадами для вирішення суспільних і індивідуальних спорів, однак такі засади створюють ситуацію недовіри та суперечать ідеї верховенства права чи закону. Такі інші засади, що не відповідають ідеї верховенства права чи закону, складно відрізнити, оскільки їм може надаватися видимість правомірності. Такі домовленості є тасмними, вони можуть не проявлятися, тому їх складно виявити. Проте вони суперечать добросесності в судовій чи іншій суспільній діяльності, утверджуючи недовіру до учасників такої діяльності.

Тому, по-друге, *довіра до судді* (та тих, хто їх відбирає і призначає) – *основа довіри суспільства до судової системи*. Цей елементарний принцип визнавався (і не піддався сумніву) як теоретична основа й раніше, але певною мірою ігнорувався як практична засада судової діяльності в Україні. Якщо точніше, відбувалася певна «гра слів і самонавіювань», коли судді та суддівські працівники ототожнювали декларацію із практикою, що не сприймалося за межами їхнього середовища – в громадянському суспільстві, й створювало атмосферу суспільної недовіри. Таким чином відбулося певне відчуження суддівського корпусу від народу. Як наслідок – стан майже тотальної недовіри до суду як суспільного інституту, формування уявлення про суддів як про «корумпованих небожителів», хоча таке уявлення могло не ґрунтуватися на особистому досвіді (тобто, навіть ті, чії справи не розглядалися судами, отже, не мали підстав для оцінки, теж поділяли думку про недовіру). Рівень такої недовіри досяг апогею і під час подій Революції Гідності та тих, які їм передували (як наприклад, політичні судові процеси над лідерами опозиції, приклади самосуду, заборони мирних зібрань усупереч практиці ЄСПЛ). Тому суспільство й вимагало оновлення суддівського корпусу (через люстрацію чи інші інструменти).

Отже, практичний досвід доводить, що дотримання добросесності і етичних стандартів – основа довіри до судової діяльності та судді безпосередньо. Це констатують і Бангалорські принципи поведінки суддів (2006 р.), у Преамбулі яких зазначається: «довіра суспільства до судової системи, а також до авторитету судової системи в питаннях моралі, чесності та непідкупності (*integrity*) судових органів посідає першочергове місце в сучасному демократичному суспільстві»²¹. Ці ж Принципи визнають добросесність (*integrity*) цінністю судової професії та «необхідною умовою належного виконання суддею своїх обов'язків», при цьому «спосіб дій та поведінка судді мають підтримувати впевненість суспільства в чесності та непідкупності (*integrity*) судових органів. Недостатньо просто чинити правосуддя, потрібно робити це відкрито для суспільства»²².

Добросесність таким чином стає інституційно інструментальною: як вказують Бангалорські принципи поведінки суддів (2006 р.), «призначення судової системи у демократичній державі – гарантувати саме існування верховенства права».

Тобто, українська дійсність (зокрема із запровадженням конституційної вимоги доброчесності) повертається до основ, які доводиться відбудувати заново. Оскільки, на думку суспільства, судді не витримали тест на доброчесність як умову здійснення правосуддя, запроваджується тест на доброчесність і як на *передумову* здійснення правосуддя, тобто здатність його здійснювати.

Водночас на практиці для реалізації цієї новели істотним є не лише те, хто претендуватиме на здійснення правосуддя, а й хто встановлюватиме відповідність принципу доброчесності, зокрема й оцінюватиме доброчесність. Щоби убезпечитися від принципу «кривого дзеркала», такі інституції та їхні уповноважені особи, як мінімум, теж повинні відповідати принципу доброчесності й лише після встановлення цього здійснювати перевірку чи оцінку інших на доброчесність.

Попередні висновки виявляють, що актуалізація дискурсу доброчесності зумовлює потребу філософського підходу в з'ясуванні смислів. Доброчесність постає як нормативно закріплена інституційна об'єктивна чеснота в сфері правосуддя. Доброчесність як особистісна чеснота (властивість) трансформується в інституційну цінність і відтак в інституційну норму. Тобто, доброчесність інституціоналізується: інтерналізувавшись як особистісна суб'єктивна чеснота, вона відтак об'єктивується і постає як нормативно закріплена інституційна цінність (об'єктивація моральної чесноти) в сфері правосуддя. При цьому сучасний дискурс доброчесності зміщує акцент від чесноти до норми. Закріпивши доброчесність як законодавчу вимогу до особистості, держава неминуче юридизує суб'єктивну моральну чесноту, інституціоналізує її та зобов'язується забезпечити. Юридизувавши доброчесність як моральну категорію, держава формує її як юридичну. Її застосування розширює контекст і, наприклад, соціальна вимога до доброчесності судді трансформується в передумову до кандидата на посаду судді й залишається такою для діючого судді. При цьому не вирішеними залишаються колізії, в основі яких різні чесноти чи цінності (питання пріоритетності). Це неминуче призводить до колізій та дилем у практичному застосуванні, що й стане одним із аспектів нашого подальшого дослідження проблематики доброчесності в філософії правосуддя.

¹ Бігун В.С. Доброчесність як принцип правосуддя: постановка проблеми та сучасний дискурс / В.С. Бігун // Часопис Київського університету права. – 2018. – № 2. – С. 29–33.

² Словник української мови: в 11 томах. Академічний тлумачний словник (1970–1980). – К., 1971. – Т. 2. – С. 326; Великий тлумачний словник сучасної української мови / уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел. – К.; Ірпінь, 2005. – С. 308.

³ Черненко Н.А. Особливості вербалізації концепту доброчесність у лексико-семантичному просторі латинської, англійської та французької мов // Studia Linguistica. – 2014. – Вип. 8. – С. 517 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://philology.knu.ua/files/library/stud-ling/stud-ling-8/85.pdf>

⁴ Вживається цей термін і в українській літературі, хоч із нечасто («В Січі був такий звичай, що кожен мусив коритися волі старшого, жити в братерстві один з одним і поводитися доброчесно». *Панч Петро*. Гомоніла Україна. – К., 1954. – С. 226).

⁵ Договори і постанови прав і свобод військових між Ясновельможним Його Милості паном Пилипом Орликом, новообраним гетьманом Війська Запорізького, і між генеральними особами, полковниками і тим же Військом Запорізьким з повною згодою з обох сторін. Підтверджені 5 квітня 1710 року від Різдва Христового // Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/001_003/print1510024482597040 ; Те саме: *Маркевич М.* Истории Малороссии: в 5 т. – М., 1858. – Т. 4. – С. 320 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/file/docs/4/d185430.pdf?noattach=1>

⁶ Міжнародний кодекс поведінки державних посадових осіб ООН від 23.07.1996: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_788 Оригінальний документ: International Code of Conduct for Public Officials : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://www.un.org/documents/ga/res/51/a51r059.htm>

⁷ The American Heritage Dictionary of the English Language (4th ed.). El-shaddai. 2000.

⁸ Преамбула встановлює, що Конвенція приймається, «беручи до уваги також принципи належного управління державними справами й державним майном, справедливості, відповідальності й рівності перед законом і необхідність забезпечити *добропорядність* (to safeguard integrity), а також сприяти формуванню культури неприйнятності корупції». У ст. 8 Конвенції *integrity* перекладено як «*непідкупність*»: «З метою боротьби з корупцією кожна Держава-учасниця заохочує, *inter alia*, *непідкупність*, чесність і відповідальність (integrity, honesty and responsibility) своїх державних посадових осіб згідно з основоположними принципами своєї правової системи». Конвенція ООН проти корупції (31.10.2003) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_c16/print1510560200524697 Див.: текст мовою оригіналу (англійською) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/08-50026_E.pdf

⁹ Бангалорські принципи поведінки суддів (схвалені резолюцією 2006/23 Економічної та Соціальної Ради ООН від 27 липня 2006 року) // Європейські та міжнародні стандарти у сфері судочинства. – К., 2015. – С. 120 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://www.vkksu.gov.ua/userfiles/doc/perelik-dokumentiv/EU_Standarts_book_web-1.pdf Див.: текст Принципів англійською мовою: The Bangalore Principles of Judicial Conduct : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://www.unodc.org/pdf/crime/corruption/judicial_group/Bangalore_principles.pdf

¹⁰ Див., напр., також *virtuous – доброчесний*. *Лев В.* Англійсько-український словник / В. Лев, І. Вербяний. – Нюрнберг-Байройт, 1947. – С. 175. Virtue також перекладається як доброчесність, чеснота, добровчинність, добродієвність.

¹¹ Див., напр., Главу 7 Положення про порядок та методологію кваліфікаційного оцінювання, показники відповідності критеріям кваліфікаційного оцінювання та засоби їх встановлення (зі змінами), затвердженого Вищою кваліфікаційною комісією суддів України. Див. також, як члени Комісії пояснюють зміст цих понять (доброчесність, інтегративність): *Андрушко С.* Новий Верховний суд / С. Андрушко // Радіо Свобода: СХЕМИ. – 2017. – 18 травня : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://www.youtube.com/embed/IxObHAWJ4AE?start=916>

¹² Кодекс професійної етики судді (затверджений V з'їздом суддів України 24.10.2002) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://court.gov.ua/userfiles/file/sud1307/pdf/Codeks_prof_etyku.pdf Те саме в: *Левківський Б.К.* Юридична етика та деонтологія: навч.-метод. посіб. / Б.К. Левківський. – К., 2009. – С. 59–61.

¹³ Зазначимо, що *добросочність* як термін опосередковано, через термін «недобросочна поведінка судді», законодавчо запроваджується вже Законом України «Про забезпечення права на справедливий суд» (2015 р.). Такою підставою є «факт недобросочної поведінки судді, у тому числі здійснення суддею або членами його сім'ї витрат, що перевищують доходи такого судді та доходи членів його сім'ї; встановлення невідповідності рівня життя судді задекларованим ним та членами його сім'ї майну і доходам; використання статусу судді з метою незаконного отримання ним або третіми особами матеріальних благ або іншої вигоди (ч. 1 ст. 92 Закону). Встановлення такого факту – можлива підстава дисциплінарної відповідальності і направлення рекомендації для подання на звільнення судді з підстав порушення присяги.

¹⁴ Чумаченко Т. Етика та поведінка суддів // Європейські та міжнародні стандарти у сфері судочинства. – К., 2015. – С. 117 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://www.vkksu.gov.ua/userfiles/doc/perelik-dokumentiv/EU_Standarts_book_web-1.pdf

¹⁵ Коментар до Кодексу суддівської етики (2016). – К., 2016. – С. 23–24, 28, 44 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://rsu.gov.ua/uploads/article/komentar-kodeksusuddivskoietiki-fd35472a7d.pdf>

¹⁶ Див., напр.: Суддівська етика. Практично-методичний посібник викладача. – К., 2015 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.fair.org.ua/content/library_doc/Curriculum_Jud_Ethics_print.pdf (Посібник не містить терміна *добросочність* чи його суті, окрім, як у згадуваннях положень Закону «Про судоустрій і статус суддів»).

¹⁷ Коментар до Кодексу суддівської етики (2016). – К., 2016. – С. 127 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://rsu.gov.ua/uploads/article/komentar-kodeksusuddivskoietiki-fd35472a7d.pdf>

¹⁸ Див., напр., праці таких дослідників, як С.В. Глущенко, А.Ю. Кулібаба, Т.Г. Семків, Л.Є. Зуєва та В.І. Федорович (зокрема двоє останніх захистили дисертаційні дослідження на дотичні теми); доступні також численні публіцистичні матеріали, зокрема публікації як журналістів та активістів, так і дослідників, які будуть висвітлені і в нашому дослідженні.

¹⁹ Словник української мови: в 11 томах. Академічний тлумачний словник (1970–1980). – К., 1971. – Т. 2. – С. 326.

²⁰ Варто уточнити, що це визначення подається у документі, що опосередковано стосується добросочності, а саме Додаток до Рекомендації Рес (2001) 2 «Доповідь щодо рентабельності розробки й зміни конструкції судових і юридичних інформаційних систем» (ухвалена Комітетом Міністрів Ради Європи 28 лютого 2001 р.). Європейські та міжнародні стандарти у сфері судочинства. – К., 2015. – С. 252 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://www.vkksu.gov.ua/userfiles/doc/perelik-dokumentiv/EU_Standarts_book_web-1.pdf

²¹ Бангалорські принципи поведінки суддів // Там само. – С. 118.

²² Бангалорські принципи поведінки суддів // Там само. – С. 120.

Резюме

Бігун В.С. Добросочність як нормативно закріплена інституційна об'єктивація чесноти у сфері правосуддя.

У статті стисло висвітлюються такі аспекти, як етимологія та генеза терміна добросочність, його поширення як переклад англійського терміна *integrity*, розглядається інституціоналізація добросочності, її мета та добросочність як мета в судовій сфері.

Ключові слова: філософія правосуддя, добросочність.

Резюме

Бігун В.С. Добросочность как нормативно закреплённая институциональная объективация добродетели в сфере правосудия.

В статье кратко освещаются такие аспекты, как этимология и генезис термина добросочность, его распространение как перевод англоязычного термина *integrity*, рассматривается институционализация добросочности, её цель и добросочность как цель в судебной сфере.

Ключевые слова: философия правосудия, добросочность.

Summary

Bihun V. Integrity as Normatively Fixed Institutional Objectification of Virtue in the Judicial Field.

The article briefly explores such aspects as the etymology and genesis of the term *integrity* (*dobrochesnist* – in Ukrainian), its dissemination due the translation from English of the term *integrity*, examines the institutionalization of integrity, its goal and integrity as a goal in the judicial sphere.

Key words: philosophy of justice, integrity.

О.О. ГАЙДУЛІН, А.В. ЗАПОРОЖЧЕНКО

Олександр Олександрович Гайдулін, кандидат філософських наук, кандидат юридичних наук, доцент, професор Навчально-наукового інституту «Юридичний інститут ДВНЗ «Київський національний економічний університет імені Вадима Гетьмана»

Аркадій Віталійович Запорожченко, магістрант Навчально-наукового інституту «Юридичний інститут ДВНЗ «Київський національний економічний університет імені Вадима Гетьмана»

КОМПАРАТИВНА ІНТЕРПРЕТАЦІЯ ПОНЬЯТЬ ЗАКОНОДАВЧОГО РЕГУЛЮВАННЯ ТА ПРАВОВОЇ ДИСКРЕЦІЇ: ДОСВІД КАЗАХСТАНУ ТА ПЕРСПЕКТИВИ ДЛЯ УКРАЇНИ

Динамічні процеси розвитку правової системи України, проведення законодавчих змін у руслі європейської інтеграції неминуче спричиняють зміни підходів до самого процесу правового регулювання. Європейський досвід навчає тому, що законодавчий механізм не завжди дає змогу оперативно реагувати на всі зміни правової дійсності, а прогалини в праві є невід'ємним атрибутом будь-якої системи законодавства. Водночас у поширенні застосування розсуду (дискреції) проявляється динамізм права, його пристосованість до казуальних умов, що постійно змінюються. Така виняткова практична значущість знаходження міри між законодавчим регулюванням та розсудом суб'єктів правореалізації висуває цю проблему на перший план у предметній сфері теоретико-правових досліджень.

Питання легітимності та механізм реалізації дискреційних повноважень (розсуду) різними суб'єктами права розглядалося такими вітчизняними та зарубіжними науковцями, як: О.В. Волков, М.Б. Гарієвська, А.Г. Діденко, О.В. Корабліна, В.В. Лазарєв, Ю.П. Пацурківський, І.І. Поляков, О.С. Скударнов, М.К. Сулейменов, В.М. Шафіров. Однак спеціального теоретико-правового дослідження з порівняння понять правового регулювання та дискреції ще не здійснено.

Тому **метою статті** є визначення концептуальних, компаративно-правових засад зіставлення цих понять у доктрині та законодавчій практиці на прикладі Казахстану та України.

Поняття правового (законодавчого) регулювання (англ. *legal regulation*) зазвичай не викликає принципових розбіжностей у його тлумаченні. У площині теорії компаративного права «правове регулювання» іноді порівнюється з поняттям «правореалізація» (англ. *legal implementation*). Спільним для обох понять є те, що вони позначають той чи інший рівень впливу норм права на певні відносини. Якщо правове регулювання – це нормативний вплив на макрорівні (регулюванню підлягають неіндивідуалізовані, а типові відносини), то нормування через правореалізацію – це правовий вплив на мікрорівні (на конкретні відносини, суб'єкти яких достатньо індивідуалізовані).

Принципове розмежування цих понять, на наш погляд, полягає у тому, що правореалізація (англ. *legal implementation*) – це завжди реалізація *суб'єктивного права*, що досить часто (але не завжди) здійснюється за допомогою об'єктивних норм, які імплементуються у індивідуалізовані відносини. Правозастосування як складна форма правореалізації (англ. *legal application*) здійснюється вже не самим суб'єктом правовідносин, а уповноваженим правозастосовним органом. Правове регулювання (англ. *legal regulation*) – це системна та систематична реалізація *об'єктивного права* у певну сферу суспільних відносин. Якщо таке об'єктивне право позитивне, то воно завжди забезпечується державним примусом і тому в англійському дискурсі позначається терміном *government*¹.

Інший значеннєвий вимір цих понять формується при їх зіставленні з таким правовим терміном, як *дискреція* або *розсуд* (англ. *discretion*), яке є таким видом правореалізації, коли певне суб'єктивне право втілюється у відносини не через позитивні об'єктивні норми, а за допомогою норм, створених *ad hoc* самими суб'єктами правореалізації. Така автономія нормотворчого волевиявлення, яка є сутнісною для розсуду, спонукає до того, що реалізацію дискреційних повноважень зазвичай вважають *саморегулюванням* (англ. *self-regulation*).

У якості робочої дефініції дискреції або розсуду в процесі реалізації права пропонується обрати визначення, у якому суть дискреції розкривається крізь призму правореалізації: «закріплена в нормативно-регулятивних засобах свобода вибору суб'єктів при вирішенні конкретної юридичної справи (питання) у рамках індивідуального правового регулювання з метою ефективної і сприятливої для особистості організації та безпосереднього здійснення прав, свобод, виконання та дотримання обов'язків»².

Морально-правове поняття дискреції (лат. *discretio*) виникло в надрах античного римського права і зазвичай трактувалося як поділ чогось, але головним чином – як розрізнення добра і зла (лат. *discretionem boni ac mali*). Однак *discretio* у Стародавньому Римі ще не сформувалася як окремий правовий інститут, а була важливим способом додання зловживання правом (лат. *mala fides*) через реалізацію принципу добросовісності (лат. *bona fides*).

Перші спроби теоретично обґрунтувати правову природу розсуду припадають на кінець XIX – початок XX ст. і пов'язуються з виникненням «школи вільного права». Однак вирішальну роль в обґрунтуванні інституту розсуду відіграла соціологічна теорія права, послідовники якої проголошували відносну свободу від закону, розширення розсуду у правозастосовній діяльності, свободу адміністративної і судової правотворчості³.

При цьому варто зауважити, що знаходження міри законодавчого регулювання і розсуду обумовлено багато в чому конкретною концепцією праворозуміння, що панує в тій чи іншій правовій сім'ї, або в конкретній державі. Так, прихильники пануючого аналітичного і соціологічного позитивізму в рамках англо-американської правової сім'ї визнають судовий розсуд і право судів як державних органів творити, створювати право. У рамках романо-германської правової сім'ї розсуд розглядається як компроміс між природно-правовим напрямом і правовим позитивізмом, при пріоритетному значенні останнього. Тобто розсуд – це вибір варіанта рішення у межах, як мінімум, правової норми, а як максимум – загальних засад законодавства при аналогії закону або аналогії права⁴.

На креативний (нормотворчий) характер дискреції вказують багато дослідників. При цьому особливо підкреслюється те, що розсуд як діяльність містить у собі інтелектуальний і вольовий аспекти, складовими елементами яких у праві є «інтерес» і «воля»⁵.

У якості критеріїв розсуду поряд зі спеціально-юридичними обмеженнями (обов'язками, відповідальністю, заборонами, санкціями) виокремлюються вимоги моральності (справедливості, рівності, розумності) разом з релігійними нормами, цінностями загального блага, балансу інтересів, суспільною свідомістю, культурою, традиціями, звичаями⁶. У зв'язку з цим необхідно зауважити, що ці морально-правові цінності повинні бути засвоєні на індивідуальному рівні. Без цього розсуд не зможе спиратися на внутрішні джерела та не зможе забезпечити вирішення справи, виходячи з підстав, що існують в самому суб'єкті застосування права⁷.

Досить часто проблема розсуду суб'єкта правореалізації пов'язується з диспозитивним методом правового регулювання, суть якого полягає у наданні суб'єкту свободи вибору не тільки щодо набуття (або ненабуття) права, а й щодо визначення його змісту як на стадії набуття, так і на стадії здійснення, а також на стадії захисту порушених прав⁸.

Це, зокрема, знайшло своє закріплення на законодавчому рівні. Так, ч. 1 ст. 12 Цивільного кодексу України закріплено, що особа здійснює свої цивільні права вільно, на власний розсуд⁹. Аналогічне положення міститься у п. 1 ст. 8 Цивільного кодексу Республіки Казахстан: «Громадяни та юридичні особи на свій розсуд розпоряджаються належними їм цивільними правами, у тому числі правом на їх захист»¹⁰.

Досить важливим для розуміння головного призначення дискреції є її зв'язок з протидією зловживанням права. Саме в німецькій нормативно-правовій забороні на зловживання правом стався зсув від юридичного позитивізму до суб'єктивного суддівського розсуду. На це досить точно вказував І.А. Покровський: «Судам була надана можливість визначати наявність зловживання правом на підставі якихось етичних критеріїв, тобто фактично самостійно визначати межу між приписами права і вимогами моралі»¹¹.

У зв'язку з цим показово, що заборона зловживання цивільними правами та встановлення меж здійснення цивільних прав міститься в одній статті ЦК Республіки Казахстан (ст. 8).

Протягом останніх років у Республіці Казахстан у контексті вдосконалення механізму правового регулювання активно обговорюються питання про запровадження у законодавство цієї країни деяких норм англійського права, для якого характерною є найширша суддівська дискреція. Для цього навіть розроблено Концепцію вдосконалення цивільного законодавства Республіки Казахстан на основі імплементації положень англійського права.

Указана Концепція містить, серед інших, положення про розширення меж свободи договору, скорочення імперативних приписів законодавства про договори і зведення їх до регулювання лише тих суспільних відносин, які вимагають відповідного втручання держави. Однак при цьому укладачі Концепції наголошують на тому, що казахський законодавець має користуватися підходом, при якому «презюмується імперативний характер норм договірної права і можливість інтерпретувати те чи інше законодавче правило диспозитивно лише при наявності в ньому спеціального застереження, що дозволяє відступити при формуванні умов договору від законодавчого положення: «якщо інше не передбачено угодою сторін»¹².

Не менш цікавими є положення про посилення ролі судової практики в регулюванні майнових відносин і розширення меж судового розсуду. Так, у Концепції зазначається, що однією з прогресивних змін цивільного законодавства, спрямованою на посилення значення судової практики, її уніфікацію і усунення негативних тенденцій прийняття протилежних рішень з аналогічних спорів може стати впровадження в законодавство поняття «ульге», висунутого і обґрунтованого в ряді робіт професора А.Г. Діденка¹³. Суть концепції цього поняття зводиться до того, що Ульге буде являти собою акт судового органу, затверджений Верховним Судом Республіки Казахстан, який може бути використаний учасниками цивільного процесу в якості доводів в обґрунтування своєї позиції, яким суд при розгляді справи повинен дати свою оцінку. Ульге може бути

актом будь-якого судового органу, обраного в якості такого Верховним Судом. Таким чином, можна говорити про те, що Ульге є способом надання більш широких дискреційних повноважень судам Республіки Казахстан. Ставлення науковців до концепції Ульге є неоднозначним, вона часто піддається критиці. Наприклад академік М.К. Сулейменов вважає Ульге такою, що страждає на ряд істотних недоліків, наявність яких не дозволяють її прийняти¹⁴.

Водночас при всій декларативній модерністській риторичі в Республіці Казахстан насправді залишаються релікти радянської правової системи, орієнтованої на абсолютну врегульованість усіх суспільних відносин, які не допускають широкої дискреції суб'єктів правореалізації. І понині Казахстан є державою, у якій «втручання держави в підприємницьку діяльність, помножене на тотальну корупцію, перетворюється на прагнення до тотального контролю», а «відомчі інтереси все більше підмінюють державні». М.К. Сулейменов підсумовує: «Я переконаний, що зараз практично неможливо прийняти закон, який вносив би навіть не кардинальні, а більш-менш істотні зміни в існуючий стан справ. На жаль, почастишали випадки прийняття або розробки не просто невірних, але безглузких законів. Найчастіше тому, що зверху спускається вказівка жити, і тоді ніякі аргументи не працюють»¹⁵.

На нашу думку, такий підхід до запровадження широкої дискреції, з огляду на євроінтеграційні процеси, є неприйнятним в українських реаліях.

Наразі Україна рухається до розширення меж дискреції як органів виконавчої влади, так і суду. Так, на офіційному веб-сайті Верховного Суду України розміщено науковий висновок щодо меж дискреційного повноваження суб'єкта владних повноважень та судового контролю за дотриманням цих меж. Такий акт в українській правозастосовній практиці прийнято вперше. Виходячи з його положень, дискреційними повноваженнями визнаються такі, що полягають «у виборі діяти, чи бездіяти, а якщо діяти, то у виборі варіанта рішення чи дії серед варіантів, що прямо або опосередковано закріплені у законі. Важливою ознакою такого вибору є те, що він здійснюється без необхідності узгодження варіанта вибору із будь-ким» (оригінальний правовий висновок цитати з наукового висновку збережено)¹⁶.

Таким чином, поняття правового регулювання та дискреції контрарні (протилежні), але не контрадикторні (не виключають одне одного). Законодавче регулювання істотно доповнюється саморегулюванням, яке неможливе без наділення суб'єктів правореалізації дискреційними повноваженнями, суть яких полягає в автономії нормотворчого волевиявлення.

Досвід Казахстану підтверджує, що головними важелями поширення дискреції у праві не можуть виступати прожекторські доктринальні декларації і навіть новомодні іноземні запозичення. Законодавче санкціонування широкого правового розсуду неминуче актуалізується, якщо в правовій свідомості сформується стійка настанова на долання масового й системного зловживання правом та політико-правова воля на реалізацію такого цілепокладення.

¹ Гайдулін О. Інтерпретація застосовуваного права європейськими арбітражами: розмежування базових понять / О. Гайдулін // Право України. – 2016. – № 5. – С. 48–56.

² Скударнов А.С. Усмотрение в процессе реализации прав, свобод и обязанностей граждан : монография / А.С. Скударнов, В.М. Шафиров. – М. : Проспект, 2017. – С. 61.

³ Кораблина О.В. Усмотрение в правоприменительной деятельности : общетеоретический и нравственно-правовой аспекты : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 / Кораблина Ольга Викторовна; [Место защиты: Сарат. юрид. ин-т МВД РФ]. – Саратов, 2009. – С. 12.

⁴ Там же. – С. 12–13.

⁵ Пацурківський Ю.П. Розсуд як спосіб застосування оціночних понять у цивільному праві / Ю.П. Пацурківський // Науковий вісник Чернівецького університету: зб. наук. праць. Вип. 628: Правознавство. – Чернівці: ЧНУ, 2012. – С. 81.

⁶ Кораблина О.В. Усмотрение в правоприменительной деятельности : общетеоретический и нравственно-правовой аспекты : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 / Кораблина Ольга Викторовна; [Место защиты: Сарат. юрид. ин-т МВД РФ]. – Саратов, 2009. – С. 8.

⁷ Лазарев В.В. Применение советского права / В.В. Лазарев. – Казань, 1972. – С. 144.

⁸ Пацурківський Ю.П. Вказана праця. – С. 82.

⁹ Цивільний Кодекс України № 435-IV від 16.01.2003 р. (із змінами) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/435-15>

¹⁰ Гражданский кодекс Республики Казахстан (Общая часть), принят Верховным Советом Республики Казахстан 27 декабря 1994 года № 268-ХІІІ (с изменениями и дополнениями по состоянию на 21.07.2018 г.) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://adilet.zan.kz/rus/docs/K940001000_

¹¹ Волков В.А. Злоупотребление гражданскими правами. Проблемы теории и практики / В.А. Волков. – М. : Волтерс Клувер, 2009. – С. 34.

¹² Концепция совершенствования гражданского законодательства Республики Казахстан на основе имплементации положений английского права : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.agka.kz/cms/wp-content/uploads/2017/04/проект-концепции-Гз.docx

¹³ Диденко А.Г. Ульге – один из путей укрепления судебной власти : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=31280875#pos=13;-45

¹⁴ Сулейменов М.К. Перспективы внедрения судебного прецедента в правовую систему Казахстана : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://www.zakon.kz/4888852-perspektivy-vnedreniya-sudebnogo.html>

¹⁵ Там само.

¹⁶ Науковий висновок щодо меж дискреційного повноваження суб'єкта владних повноважень та судового контролю за його реалізацією : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://supreme.court.gov.ua/supreme/pro_sud/naukovi_visnovki/nauk_visnovok_01_03_2018

Резюме

Гайдулін О.О., Запорожченко А.В. Компаративна інтерпретація понять законодавчого регулювання та правової дискреції: досвід Казахстану та перспективи для України.

У статті розглядаються правова природа понять «правове регулювання» та «розсуд», їх застосування в теорії та практиці. Для більш глибокого з'ясування проблеми здійснено компаративний аналіз інституту розсуду в цивільному праві Республіки Казахстан та України.

Ключові слова: розсуд, дискреційні повноваження, правореалізація, правове регулювання, правовідносини.

Резюме

Гайдулин А.А., Запорожченко А.В. Компаративная интерпретация понятий законодательного регулирования и правовой дискреции: опыт Казахстана и перспективы для Украины.

В статье рассматриваются правовая природа понятий «правовое регулирование» и «усмотрение», их применение в теории и практике. Для более глубокого выяснения проблемы осуществлен компаративный анализ института усмотрения в гражданском праве Республики Казахстан и Украины.

Ключевые слова: усмотрение, дискреционные полномочия, правореализация, правовое регулирование, правоотношения.

Summary

Gaydulyn O., Zaporozhchenko A. Comparative interpretation of terms «legislative regulation» and «legal discretion»: Kazakhstan experience and prospects for Ukraine.

The article considers the legal nature of the terms “legislative regulation” and “legal discretion”, its application in theory and practice. For a better understanding of the problem, the institute of legal discretion in civil laws of Kazakhstan and Ukraine was analyzed.

Key words: discretion, discretionary authority, legal implementation, legal regulation, legal relations.

УДК 340. 1 – 340.13

М.В. ГРИГОРЧУК

Мирослав Васильович Григорчук, кандидат юридичних наук, доцент Університету економіки та права «КРОК»

ЗАГАЛЬНОНАУКОВІ ПІДХОДИ ДО РОЗУМІННЯ ЗАХИСТУ ЯК УНІВЕРСАЛЬНОГО ІНСТРУМЕНТУ ВІДНОВЛЕННЯ ПОРУШЕНОГО ПРАВА

Широкий спектр наукових поглядів, висловлених щодо основного завдання права, яким є правовий захист, засвідчує подекуди необґрунтоване обмеження функціональних зв'язків між галузями права.

Притримуючись галузевих принципів у підходах до вирішення проблем, пов'язаних із тлумаченням категорії «правовий захист», науковці різних шкіл скеровують свої дослідження у надто вузьке русло наукового пошуку, безпідставно абстрагуючись від основоположних складових, які природно закладені у функціях права.

За таких обставин видається доцільним і теоретично обґрунтованим здійснення подальших наукових досліджень як правової природи категорії «правовий захист», так і підстав, які слугують обґрунтуванням його загальногалузевої затребуваності.

Проблемам, пов'язаним із дослідженням сутності правового захисту, присвятили свій науковий доробок вчені-юристи В.Т. Нор, Н.С. Малєїн, Ю.Ф. Кравченко, Ю.С. Шемшученко, В.К. Мамотов, А.М. Колодій, О.Ф. Скакун, І.А. Балюк, Р.І. Шабанов та інші.

Проте потребують додаткового вивчення питання, пов'язані із теоретико-правовим дослідженням загального значення поняття «правовий захист» як універсального інструменту впливу на всі без винятку правовідносини в суспільстві шляхом реалізації закладеної в ньому природи щодо поновлення порушеного права людини.

Проведений аналіз наукового доробку вітчизняних і зарубіжних правників засвідчує існування низки дискусійних питань, які покладаються в основу розуміння категорії «правовий захист». Найбільш невизначеними і такими, що потребують більш глибокого опрацювання, є проблеми, пов'язані із обранням вихідних позицій до тлумачення цієї категорії, а також превалююче галузеве спрямування відомих наукових теорій.

© М.В. Григорчук, 2018

Вбачається, що для коректного розуміння поняття «правовий захист» (захист права) перед науковцями постає завдання щодо поетапного об'єднання напрямів наукового пошуку та скерування своїх зусиль до вивчення першоджерел права, якими є Закони XII-ти таблиць, «Дигести Юстиніана» і Велика Хартія Вольностей та інші історичні пам'ятки.

Метою статті є дослідження сутності і значення правового захисту як невід'ємної складової права у його найширшому розумінні, єдиного інструменту передачі волі держави на всі щаблі суспільного ладу і для всіх громадян, а також вирішення основних елементів цього поняття, які виступають легітимним підґрунтям для всіх галузей права як засіб реалізації їх завдань.

Конституція України і визнані Верховною Радою України міжнародні правові акти у сфері дотримання прав людини беззастережно і повномірно покладають перед державою завдання щодо забезпечення достатнього рівня захисту основоположних прав і свобод. Нормативним підґрунтям такого підходу є деклароване статтею 3 Основного Закону положення, що людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю (частина 1).

Відповідно до частини 2 цієї статті 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 її обов'язком¹.

Право на захист – одна з найважливіших конституційно задекларованих гарантій для носія суб'єктивного цивільного права, який має охоронювану законом можливість звернутися до уповноваженого державою суб'єкта із заявою про застосування засобів правоохоронного і захисного характеру для відновлення порушеного права та застосування передбачених законом заходів з метою припинення дій, якими це право було порушено. Про важливість поняття «захист» для всієї правової системи держави свідчить той факт, що в Конституції України воно вжито 34 рази в різних комбінаціях².

Узагальненим висновком наведених завдань виступає те, що в Конституції України закладено універсальні інструменти захисту прав і свобод, які обрамлені синтаксичними конструкціями, сформованими поєднанням термінів, що позбавлені полісемічності. Це означає, що теоретики в галузі юриспруденції не мають права тлумачити основоположні конституційні категорії понад закладений у них зміст, тобто при проведенні дослідження універсальних категорій і понятійного апарату необхідно дотримуватися логічного підходу про дотримання обсягу поняття.

На нашу думку, саме така позиція видається найбільш коректною при теоретико-правовому аналізі категорії «правовий захист».

Застосований у даному випадку метод історизму дає підстави стверджувати, що юридичної всеосяжності поняттю «правовий захист» у теоретичному вивченні надає його природа, а саме той факт, що право і правовий захист виникли одночасно як два невід'ємні суспільні феномени, які не можуть існувати один без одного.

На теоретико-прикладному рівні отримуємо підтвердження висловленого судження із юридичних пам'яток античності та документів більш пізніх епох, найбільш відомими серед яких є Закони XII-ти таблиць, «Дигести Юстиніана», Велика Хартія Вольностей, Руська Правда та інші.

Ф. Енгельс зазначає, що римське право – це найбільш досконала, яку ми тільки знаємо, форма права, що має своєю основою приватну власність. Римське право лягло в основу цивільного (і частково кримінального та державного) права багатьох феодальних і буржуазних держав. Причини рецепції (сприйняття) римського права феодальним і особливо капіталістичним суспільством кореняться в розвитку приватної власності³.

Аналізуючи ранні наукові теорії щодо сутності захисту прав (правового захисту), необхідно вирізнити той момент, що жодна із відомих дефініцій цього поняття не має ідеологічного забарвлення. Усі правники наділяють цю категорію суто юридичними рисами, акцентуючи увагу на галузевому підході до вирішення означеної проблеми.

Підтвердженням цьому судженню є те, що висловлені науковцями радянської доби погляди щодо сутності правового захисту не містять ознак прив'язаності до соціалістичного суспільного ладу і ґрунтуються на історично властивих праву основних функціях, серед яких – природне право людини на безпечне проживання і задоволення своїх потреб.

В.Т. Нор, досліджуючи проблеми захисту майнових прав у кримінальному судочинстві, зазначає, що суть правового захисту порушеного суб'єктивного права полягає в реалізації правозастосовними органами передбачених законом заходів державного примушення з метою усунення порушення і його наслідків. При такому баченні суті захисту порушеного суб'єктивного права, незалежно від характеру останнього, органічно поєднуються матеріально-правова сторона (заходи, способи захисту, встановлені за загальним правилом матеріальним законом) і процесуальна діяльність уповноважених органів з реалізації цих заходів, що й дає підставу характеризувати захист порушених майнових прав як матеріально-процесуальний інститут⁴.

На думку Н.С. Малєїна, правовий захист – це система правових норм, спрямованих на запобігання правопорушенням й усунення їх наслідків⁵.

Аналізуючи загальнотеоретичні положення щодо нормативного обґрунтування застосування елементів правового захисту всіма без винятку галузями права, вимальовується картина у формуванні наукових підходів до визначення сутності й структурних елементів правового захисту.

Так, основними напрямками досліджень правового захисту є ті, що стосуються ролі держави як гаранта забезпечення ефективності застосування інструментів примусу, зокрема:

- застосування державою примусових заходів;
- поєднання санкціонованих судом матеріальних і процесуальних засобів впливу;
- акцентування уваги на застосуванні з боку держави легітимних заходів для відновлення порушеного права чи охоронюваного законом інтересу.

Відомий вітчизняний цивіліст З.В. Ромовська розуміє правовий захист як реалізацію обраного правозастосовним органом заходу державного примусу. Своїм конкретним застосуванням примусові заходи припиняють порушення суб'єктивного права, забезпечують необхідні умови для його здійснення, поновлюють порушене право або тим чи іншим способом усувають наслідки його порушення⁶.

С.А. Кузьміна вважає, що захист є сукупністю норм, що визначають форми, терміни і способи відновлення порушених прав та інтересів, а також їх захист від порушень⁷.

Фахівець у галузі адміністративного права Ю.Ф. Кравченко визначав правовий захист як діяльність держави в особі її органів представницької, виконавчої та судової влади, організацій, установ та посадових осіб щодо забезпечення процесу реалізації особою своїх прав на користування матеріальними, політичними, соціальними та духовними благами⁸.

В.К. Мамутов, досліджуючи питання захисту у сфері господарської діяльності, вбачає захист прав як чітке розмежування компетенції підприємств і вищих органів, їх відповідальність, заходи організаційного характеру (закріплення порядку оскарження неправомірних дій вищестоящих органів та ін.)⁹.

Як бачимо, обрані науковцями підходи до розуміння і тлумачення категорії «правовий захист» дещо різняться, оскільки за основу цього процесу беруться окремі аспекти впливу інструментів захисту на регулювання суспільних відносин, насамперед щодо забезпечення конституційного порядку.

Універсальне розуміння правового захисту подається Ю.С. Шемшученком у Юридичній енциклопедії крізь призму тлумачення сутності правової держави. Відомий науковець стверджує, що правова держава – ідеальний тип держави, вся діяльність якої підпорядкована праву. Головне призначення правової держави – максимально повно забезпечити юридичними засобами охорону та захист прав людини і громадянина¹⁰.

Аналізуючи наведені вище точки зору науковців, необхідно зазначити, що питання правового захисту перебувають у діалектичному зв'язку з усією системою правозастосування, оскільки така необхідність виникає виключно при встановленому порушенні норм права, яким врегульовуються дані правовідносини, застосування заходів примушування учасників процесу до вчинення дій, спрямованих на відновлення порушеного права. Особливе значення для всього процесу, який охоплюється поняттям правовий захист і охоронюваний законом інтерес, є ужиття компетентними державними органами дій із запобігання й попередження порушень встановленого порядку.

Підсумовуючи все сказане вище, необхідно зазначити, що інститут правового захисту згідно зі вкладеним у нього змістом є багатофункціональною юридичною системою, яка охоплює всю процесуальну сторону відновлення порушеного протиправними діями права. Пусковим механізмом для включення правових інструментів захисту є порушення прав учасників господарських відносин. Вся процедура їх застосування супроводжується процесуально дозованими порціями легітимізованого державою впливу на порушника прав, завершальним етапом якої виступає запровадження заходів примушування до дотримання встановленого законом порядку ведення господарської діяльності.

Отже, на нашу думку, захист прав і охоронюваних законом інтересів суб'єктів господарювання – це легітимна, здійснювана відповідно до встановленої компетенції діяльність управлених органів держави і суду, спрямована на відновлення (визнання) порушених (оспорених) прав і законних інтересів суб'єктів підприємництва, а також на запобігання правопорушенням шляхом своєчасного і об'єктивного розгляду судами спорів даної категорії.

¹ Конституція України : Закон України від 28.06.1996 р. № 254к/96-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

² Григорчук М.В. Захист прав та охоронюваних законом інтересів суб'єктів господарювання: матеріальний і процесуальний аспекти / М.В. Григорчук // Теорія і практика правознавства. – 2017. – Вип. 1 (11).

³ Маркс К., Энгельс Ф. Сочинения. 2-е изд. Т. 20. – С. 105.

⁴ Нор В.Т. Защита имущественных прав в уголовном судопроизводстве / В.Т. Нор. – К. : Вища школа, 1989. – 273 с.

⁵ Малейн Н.С. Гражданский закон и права личности в СССР / Н.С. Малейн. – М. : Юрид. лит., 1981. – 216 с.

⁶ Ромовська З.В. Особисті немайнові права фізичних осіб / З.В. Ромовська // Українське право. – 1997. – № 1 (6). – С. 11–13.

⁷ Кузьміна С.А. Защита интересов субъектов хозяйствования от недобросовестной конкуренции : дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.04 «Хозяйственное право, хозяйственно-процессуальное право» / С.А. Кузьмина; НАН України, Ин-т экон.-правовых исследований. – Донецк, 2000. – 194 с.

⁸ Кравченко Ю.Ф. Актуальні проблеми реформування ОВС України (організаційно-правові питання): автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.07 / Ю.Ф. Кравченко. – Х., 1998. – 19 с.

⁹ Мамутов В.К. Экономика и право : сб. науч. тр. / В.К. Мамутов. – К. : Юринком Интер, 2003. – 544 с/

¹⁰ Юридична енциклопедія: у 6 т. / редкол.: Ю.С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. – К.: Укр. енцикл., 1998. – 2004. – Т. 6.

Резюме

Григорчук М.В. Загальнонаукові підходи до розуміння захисту як універсального інструменту відновлення порушеного права.

У статті досліджено теоретико-правові аспекти у підходах до розуміння поняття «правовий захист», проаналізовано матеріальні і процесуальні засади застосування цієї функції права як регулятора суспільних відносин.

Посилаючись на положення юридичних пам'яток античності і документів більш ранніх періодів історичного розвитку (Законів XII-ти таблиць, «Дигестів Юстиніана» і Великої Хартії Вольностей), подається авторське визначення поняття «правовий захист».

Ключові слова: право, правовий захист, Закони XII-ти таблиць, «Дигести Юстиніана», Велика Хартія Вольностей, легітимні засоби примусу.

Резюме

Григорчук М.В. Общенаучные подходы к пониманию защиты как универсального инструмента восстановления нарушенного права.

В статье исследованы теоретико-правовые аспекты в подходах к пониманию понятия правовой защиты, проанализированы материальные и процессуальные основы применения этой функции права как регулятора общественных отношений.

Ссылаясь на положения юридических памятников античности и документов более ранних периодов исторического развития (Законы XII-ти таблиц, «Дигесты Юстиниана» и Великая Хартия Вольностей), подается авторское определение понятия «правовая защита».

Ключевые слова: право, правовая защита, Законы XII-ти таблиц, «Дигесты Юстиниана», Великая Хартия Вольностей, легитимные средства принуждения.

Summary

Hryhorchuk M. General scientific approaches to understanding protection as a universal instrument for the restoration of violated rights.

The article investigates the theoretical and legal aspects in approaches to understanding the concept of legal protection, analyzes the material and procedural principles of the application of this function of law as a regulator of social relations.

Referring to the provisions of the legal monuments of antiquity and documents of the earlier periods of historical development (Laws XII - Tables, "Digesters of Justinian" and the Great Charter of Freedom), the author's definition of the concept of "legal protection" is given.

Key words: law, legal protection, laws of the XII-th tables, Digesty Justinian, the Great Charter of Freedoms, legitimate means of coercion.

УДК 340.15(520)

О.Ю. ІВАНОВ

Олександр Юрійович Іванов, кандидат юридичних наук, викладач Національної академії Служби безпеки України

СТАНОВЛЕННЯ ЦЕНТРАЛІЗОВАНОЇ ДЕРЖАВНОСТІ В ЯПОНІЇ (I–VII СТ. СТ.): ІСТОРИКО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ

Численні історичні та історико-правові дослідження доводять, що процеси становлення державності та її централізації у країнах західної та східної цивілізації суттєво відрізнялися. Більше того, сама сутність державності, її походження, суспільне сприйняття у східних країнах подекуди зовсім не збігаються з їх західними відповідниками. Разом із тим у межах країн східної цивілізації, які сучасні компаративісти та історики права все частіше охоплюють поняттям «східна традиція права», у ході історичного розвитку не склалось єдиної моделі розвитку державотворчих процесів, яка була би спільною для всіх¹. Втім, історія доводить, що в усіх «підсистемах» східної традиції права основоположну роль у становленні державності відігравав вплив відповідних релігійно-філософських систем.

Одна зі східних «підсистем» формування державності розвинулась у країнах, які прийнято називати далекосхідними – у Китаї та Японії. В обох із них протягом тривалого часу існувала велика кількість розрізнених релігійно-філософських течій, які формувалися здебільшого локально і суттєво різнилися між собою. Відтак, неодмінною умовою централізації влади на тому чи іншому історичному етапі виступало встановлення гегемонії однієї із таких течій на загальнодержавному рівні. За таких умов усі складники тієї структури, яку в західній традиції права прийнято називати державним механізмом, трактувались як цілком обумовлені дією вищих надприродних сил. Усі сфери життя суспільства, включаючи й управлінську, цілковито розвивались у лоні конфуціанства, синтоїзму та буддизму.

Дослідження японської державності в ранній період її розвитку неодноразово ставало предметом уваги істориків. Серед них – Л. Васильєв, М. Воробйов, В. Рубель та ін. Окремі праці (Х. Горо, Я. Радуль-Загуловський) відображають історію розвитку релігійно-філософських течій у Японії в аналізований період. У контексті розвитку східної традиції права історію Японії вивчала Ю. Цветкова. Втім, системних досліджень щодо проблем становлення централізованої держави в Японії (зокрема, в історико-правовому аспекті) у науці ще не проводилось.

Враховуючи викладене, **метою** нашої статті є висвітлення особливостей процесу становлення централізованої державності в Японії (I–VII ст.ст.), а також факторів історико-правової дійсності, які впливали на його хід на різних етапах.

Попри суттєві зовнішні відмінності західних та східних шляхів формування, становлення та розвитку державних систем, дослідження останніх здійснюються крізь призму вироблених західною наукою категорій – історичних, історико-правових, теоретико-правових, філософських тощо. За таких умов окремі питання залишаються висвітленими викривлено або неповно. Зокрема, значним надбанням для сучасної історіографії є дослідження Ю. Цветкової «Східна традиція права» – фактично єдина праця, де систематизовано критерії розмежування державно-правових інститутів із використанням історико-правового методу. Основними критеріями для порівняння виступають правовий статус особи, центральної та місцевої влади в державі, а також характерні риси окремих галузей права. Відтак, йдеться виключно про категорії, розроблені в межах західної цивілізації. Сутності ж держави, державної влади і, відповідно, її централізації в межах політико-правової ідеології східної цивілізації автор окремо не розглядає. Однак окрему увагу приділено виділенню та характеристиці окремих груп країн у межах східної традиції права (зокрема, далеосхідних – Китаю та Японії)².

Централізована держава в Японії сформувалася пізніше порівняно з Китаєм і являла собою квінтесенцію державницьких традицій зазначеної «підсистеми» країн східної традиції права. Загалом у науці початковою точкою відліку становлення японської державності прийнято вважати I ст., коли сформувалися перші міжродові союзи. У науковій літературі вони дістали назву чифдоми, або вождівства³, жодна з яких, однак, не є оригінальною. Ці союзи являли собою об'єднання кількох родів зі слабо розвиненими традиціями спільного управління, але уже із достатньо сформованою соціальною стратифікацією. Саме з наявністю останньої дослідники пов'язують свої аргументи на користь формування в досліджуваній період початків японської державності. По суті йдеться про загальноприйнятту в науці схему цього процесу. Вона була сформована головним чином на основі аналізу історії Західної Європи, а тому виникає закономірне питання щодо можливості застосування її висновків при дослідженні становлення японської державності. На наш погляд, економічні чинники слід неодмінно враховувати при характеристиці становлення державницьких інститутів у Японії, однак не абсолютизуючи їх при цьому і оцінюючи виключно в комплексі з місцевими особливостями (насамперед релігійними), про які йтиметься нижче.

Термін «чифдом» – це не оригінальна японська назва. Він має англійське походження (буквальний переклад – «вождь») і є в науці загальноприйнятим при характеристиці протодержавних утворень. Останні позначають перехідний етап від первісного суспільства до державно організованого. У цей час іще існують доволі сильні внутрішньородові зв'язки, однак різні фактори (воєнні, економічні, географічні та ін.) спонукають роди до об'єднання. Система таких факторів визначається відповідно до конкретної місцевої специфіки. Для узгодження спільної діяльності роди, які вирішили сформувати такий союз, на загальних зборах своїх представників обирали вождя. На авторитет останнього якраз і спиралися при вирішенні питань загальної важливості, завдяки чому забезпечувалася стійкість міжродового об'єднання. Враховуючи зазначене, вважаємо, що японські протодержавні утворення цілком підпадають під поняття вождівства і можуть вважатись його різновидом.

Соціальна стратифікація, що склалась у японських вождівствах, походила від системи удзі⁴. Останні являли собою об'єднання людей (домів – ко), які походили від спільного предка. Причому таке походження могло не обов'язково бути реальним. В окремих випадках мала місце також спільна віра членів декількох ко у цей факт. На нашу думку, саме звідси походить культ предків як основа синтоїзму – національної японської релігії, що сформувалась дещо згодом. Залежно від місцевості до складу удзі входила різна кількість ко. Кожен такий дім являв собою велику родину, яка охоплювала всіх кровних родичів за висхідною та низхідною лініями. При цьому в межах кожного удзі була вибудована патріархальна система управління. На чолі удзі стояв удзі-номе, а на чолі ко – катьо. Усі катьо прямо підпорядковувались удзі-номе. Члени ко займалися землеробством у межах своїх відокремлених земельних наділів. Централізація удзі забезпечувалася наявністю в кожному з них спільного для всіх членів релігійного культу, особливого, однак, для конкретного утворення. За таких умов на японських островах у II–III ст. ст. сформувалися прообрази політичних центрів⁵.

Найпотужнішим серед таких утворень на той час вважається Єматай (або Яматай), розташований на північному заході Японського архіпелагу. Історики називають Єматай федерацією, яка складалася з таких дрібніших вождівств, як Цусіма, Ікі, Мацуро, Іто, На, Фумі, Тома і власне Єматай⁶. Географічне розташування Єматаю спричинило слабкість зв'язків (політичних, економічних) між цими утвореннями і центром. Зокрема, дорога з окремих регіонів до центру займала 10–20 діб⁷, що створювало очевидні проблеми для побудови ефективної вертикалі влади. Саме виходячи з цього, дослідники і стверджують про існування Єматаю як федерації. Цей термін вказує на союзний характер цього утворення і в цьому випадку не збігається зі своїм сучасним теоретико-правовим змістом.

Пам'ятки давньокитайської історіографії зафіксували факти обміну посольствами між представниками Єматая та китайськими імператорами часів династії Хань. Перші з таких згадок датуються серединою – другою половиною III століття. Подальший аналіз історичних джерел показує, що такі обміни відбувалися не менше, аніж тричі на рік. При цьому, якщо на початку встановлення відносин між Китаєм та Єматаям лише представники останнього прибували до ханських імператорів із дарами, то вже невдовзі такі дії стали взаємними⁸. Останнє засвідчило фактично визнання авторитетності влади правителів Єматая з боку китайських імператорів. За традиціями конфуціанства як панівної релігійно-філософської системи тогочасного Китаю саме в такий спосіб демонструвалося ставлення імператора до правителя іншого політичного утворення як до рівного собі суб'єкта за статусом.

Однак, незважаючи на визнання авторитетності правителя Єматая з боку Китаю, інші подібні утворення на японських островах його не визнавали, прагнучи взяти всю територію островів під свій контроль. Також у межах самого Єматая не було єдності серед місцевих удзі, кожне з яких прагнуло закріпити за собою верховну владу над усіма іншими. З часом окремі удзі могли здобувати статус кабане – по суті привілейоване становище. Цей статус міг бути або пожалуваним імператором, або переданим у спадок⁹. Масмо також підстави для припущення про те, що в окремих випадках удзі, які були порівняно з іншими політично та економічно могутнішими, могли самі проголосити статус кабане. За таких умов соціального розшарування політична боротьба все більше загострювалася. Сприяло її розвитку ще й те, що китайські та корейські правителі періодично надавали підтримку окремим учасникам конфлікту, яких вважали своїми союзниками з подальшого захоплення влади в Єматая. Внутрішні чвари, поєднані з постійною необхідністю давати відсіч зовнішнім ворогам, дуже сильно ослабили Єматая і призвели до його неминучої ліквідації.

Останні згадки про участь Єматая в політичних процесах датуються серединою IV століття. Цей період характеризувався зовнішньополітичними невдачами правителів династії Вей. Втім, конкретного моменту ліквідації цього політичного утворення джерела не фіксують. Водночас достеменно відомо, що протягом IV ст. його територію було розподілено між трьома кабане¹⁰. Власне Єматая залишився центром невеликого союзу навколишніх територій, деякий час навіть безуспішно намагаючись повернути колишній вплив. Поряд із ним виокремились такі кабане, як Куна і Ямато. Остання за рівнем політичного розвитку переважала інші, а тому в подальшому змогла претендувати на роль нового державницького центру і стала прабатьківщиною Японії як єдиної держави (IV–VII ст. ст.).

Більшість японського населення на той час сповідувала синтоїзм – як зазначалось вище, національну релігію, засновану на тотемних віруваннях. Ця релігія ще не встигла виробити власних концепцій суспільного та державного устрою. Походження влади пов'язувалося з культами духів природи, небесних стихій та померлих предків. Назва самої релігії в перекладі означала «шлях богів»¹¹. Разом із тим, претендуючи на роль панівної релігії, синтоїзм не визнавав іновірців (вважалося, що синтоїстські боги були творцями лише етнічного населення), створюючи очевидні перешкоди для централізації влади в Ямато. Загальне визнання синтоїзму як самостійного віровчення відбулося саме на противагу буддизму і конфуціанству, додатково сприяючи при цьому становленню соборної японської нації.

У IV ст. яматоські війська брали участь у війнах на боці корейського царства Пекче проти сусідніх ворогів останнього. Ці походи були безуспішними, тим самим підірвавши економічне становище корейців. Прагнучи зміцнити свою державність, вони вдалися до освоєння території японських островів. На нових землях сформувався новий клан Кацурагі, який згодом поширив свій вплив на територію Ямато. За таких умов корейцям стала належати вся військово-адміністративна влада в означеному утворенні, у той час як за місцевим правителем залишалися головним чином лише релігійні функції¹².

Окрім корейців, на територію Ямато стікались емігрантські потоки також і з інших державних об'єднань континентальної Азії. Прийшли племена принесли на японські землі буддизм, який, будучи сформованим ще в Давній Індії, був більш досконалим порівняно з синтоїзмом. Буддисти виробили найважливіші засади побудови владного механізму, про що свідчить, наприклад, текст трактату «Артхашастра». Втім, така ситуація призвела до протестів прихильників синтоїзму та загострення їх протистоянь із буддистами. Представники корейської династії Сога намагалися забезпечити єдність держави за рахунок встановлення диктатури, однак безуспішно.

Формування єдиної централізованої держави в Японії пов'язується з поширенням на територію Ямато конфуціанства. Останнє, як зазначалось вище, було офіційною релігійно-філософською системою в Китаї, а тому більшість дослідників відносять його розповсюдження на японських островах до часу їх завоювання династією Тан у VII ст., коли влада Сога остаточно ослабла. Втім, окремі джерела свідчать про те, що це могло відбутись і раніше. Так, поширеною є версія про запровадження в Ямато конфуціанства у III–IV століттях. Разом із тим достеменно зафіксовано, що класичні конфуціанські трактати стали поширюватись на японських островах із V століття. За твердженням японських істориків, з ідеями конфуціанства органічно синтезувались постулати місцевої військової ідеології бусідо («шлях воїна»), сформувавши основу для «ідеальної національної культури». На їх думку, саме завдяки цим процесам стало можливим формування самостійної етнічної спільноти японців на основі розрізнених удзі, яких нараховувалось на той час близько 70 тисяч¹³. Відтак, консолідація японської нації і, відповідно, держави розпочалася з гуртування народу навколо ідей бусідо, адаптованих крізь призму конфуціанства.

Позаяк японці не мали власної писемності, саме в цей час вони почали запозичувати китайську ієрогліфічну систему. Разом із тим, за тою ж таки китайською традицією, при дворі правителя було запроваджено

посаду чиновника, який вів запис історії Ямато¹⁴. З очевидних причин попервах такі посади обіймали представники Китаю, опосередковано поширюючи конфуціанські традиції на японській прабатьківщині. Це, зокрема, відбивалось і на змінах у владному механізмі. Втім, у зазначений період така ситуація лише посилювала релігійний конфлікт яматоїців.

Однак достеменно відомо, що остаточне запровадження конфуціанського укладу в державно-владному механізмі й адміністративно-територіальній системі японської держави пов'язується із виданням принцом китайського походження Сьотоку-тайсі у 604 р. «Законів із 17 статей», відомих також в історіографії як «Законник», «Конституція Шотоку» та «Законоположення». У цьому документі було поєднано буддистські та конфуціанські засади побудови державного устрою, однак із видимою перевагою останніх¹⁵. Серед іншого, там закріплювалося божественне походження імператора, а відтак будь-які тенденції до розбрату в державі розглядалися як такі, що суперечать волі вищих сил. Неодмінно сприяло зміцненню державної влади й положення про те, що призначення претендентів на державні посади має здійснюватися з огляду передусім на їхні розумові здібності (а не, наприклад, на релігійні переконання чи майновий стан).

Безпосередньо ж централізацію влади забезпечувала морально-релігійна установка, відповідно до якої в діяльності владного апарату державні інтереси мають переважати над особистими. «Згода і гармонія – безцінні» – стверджувалось у найпершій статті «Законів...». Водночас визнавалися розбіжності у світогляді між різними суспільними класами, існування яких, однак, не вважалось перешкодою для встановлення загальної гармонії. Ця ідея суголосна з гаслами європейських буржуазних революцій, проте основою забезпечення гармонійного стану в державі вважалась покірність як правителю, так і батькам. Цілісність державної системи, узгоджена діяльність усіх її елементів та злагода серед народу – ці всі аспекти неодмінно пов'язувалися з постійним та циклічним впливом сил природи, а будь-які їх порушення мали неминуче призводити до руйнування всього Всесвіту. «Егоїзм заважає співпраці», – стверджував Сьотоку-тайсі, спираючись на конфуціанський ідеал бездоганного лицаря із високими моральними принципами.

Праведний шлях для народу відповідно до законів природи може вказати лише імператор. Відтак, «байдуже ставлення до імператорських едиктів спричиняє руйнування нації». Імператор Ямато, як і китайський ван, при посіданні трону наділявся небесним мандатом верховного правителя, котрий підкреслював святість і велич його особи¹⁶. Серед іншого, його прерогативою було заохочення та покарання чиновників, що визначалось як втілення «найкращого закону людства» і мало запобігати розвитку повстанських настроїв серед народу. Ці ж функції імператор делегував місцевим чиновникам, відносини з якими, як і з підданими загалом, він неодмінно зобов'язувався будувати на засадах довіри. Здійснення влади розумілось як спільний шлях правителя (а також і його чиновників) з народом, спрямований на досягнення стану загальної гармонії. Разом із тим принцип скликання колективних зборів для спільного вирішення питань загального значення передбачав і синтоїзм. Завдяки цьому ідеї «Законів із 17 статей» успішно здобули високий рівень підтримки серед населення.

Офіційне запровадження конфуціанства в такому вигляді сприяло остаточному об'єднанню японських земель в єдину державу. Остаточо ж централізувати державу вдалося лише за 40 років потому. Так, у 645 р. було розпочато комплекс реформ, які ввійшли в історію під назвою «реформи Тайка». Саме так вони іменуються в історіографії, однак оригінальною є назва «Танква», що в перекладі означає «велика зміна»¹⁷. Ці реформи стосувалися різних аспектів державного, економічного та соціального життя Японії, тим самим остаточно утверджуючи становлення єдиної централізованої держави. На початку 646 р. було проголошено спеціальний маніфест, який визначав їх головні напрями. Зокрема, приватна власність на землю повністю підлягала скасуванню, а разом з приватною власністю – і пов'язана з нею особиста залежність селян. У свою чергу, пореформений адміністративно-територіальний поділ держави не мав відтворювати меж колишніх приватних володінь. Землі ж могли бути надані колишнім власникам лише державою за умови сплати належних податків відповідно до особливої подвірної системи, яка також мала передбачати і дієвий механізм контролю за їх збором¹⁸. У такий спосіб імператор прагнув ослабити впливовість найбільш могутніх кланів, які перешкоджали зміцненню його єдиновладдя на всій території держави. Про успішне досягнення реформами Танква їхньої мети свідчить, зокрема, те, що у другій половині VIII ст. Китай і Корея визнавали всю територію Японських островів цілісною і самостійною в міжнародних відносинах. Стосовно них у дипломатичній документації навіть закріпилася загальна назва Ніхон, яка невдовзі трансформувалася в Японію і стала використовуватись як офіційна.

Реформи Танква після 660 р. стали найважливішим елементом «Рицурьосан» – особливої системи японської політичної організації. Відповідно до запровадженої системи реформаторських заходів у суспільстві стали виділятися категорії вільних (комін) та повноправних громадян (рьомін). Диференціація статусу суспільних верств визначалася характером їх залежності від імператора¹⁹. Останній формував коло своїх найближчих соратників, використовуючи належні йому засоби адміністративного впливу для висловлення нерівномірного ставлення до представників різних кланів (прихильність чи нелояльність визначалася виключно його особистим ставленням до відповідних знатних осіб). Відповідно до поширеної в історіографії думки із запровадженням системи «Рицурьосан» у Японії набула поширення ідеологія легізму²⁰ – давньокитайська філософська система, заснована на культурі адміністративних розпоряджень. Із такою думкою погоджуємося в тій частині, що особисті розпорядження імператора стали набувати найбільш важливого значення для регулювання всіх сфер відносин у державі. Втім, такі розпорядження видавалися в межах конфуціанських і буддистських засад (а деякою мірою – і синтоїзму), а не виключно легізму. Саме квінтесенція

значених релігійно-філософських систем сприяла утвердженню централізованої держави в Японії в останній чверті VIII століття.

Таким чином, визначаючи сутність державності в Японії у I–VII ст. ст., слід виходити з того, що зміст цього інституту формувався в контексті релігійно-філософських парадигм синтоїзму, буддизму, конфуціанства та частково легізму. Відтак, його слід трактувати в нерозривному зв'язку із законами розвитку природи. Разом із тим перехід від протодержавної до державної форми організації суспільства на Японських островах відбувався під впливом прийшлих китайських та корейських племінних союзів. Протистояння їх впливу сприяло відносній централізації японських удзі у вигляді політичного союзу Єматай (III–IV ст. ст.), що здобув дипломатичне визнання з боку Китаю. Його правонаступник Ямато (IV–VII ст. ст.) зазнав поширення та впливу буддизму і конфуціанства, найяскравішим відображенням чого були «Законои із 17 таблиць» (604 р.) принца Сьотоку-тайсі. У цьому документі на основі вчень буддизму, конфуціанства та синтоїзму було закладено морально-релігійні основи централізації державної влади через забезпечення злагоди та гармонії у суспільстві. Остаточно централізована японська держава утвердилась через систему реформ Танква (645 р.), що стосувалися перебудови всіх сфер суспільного життя на буддистсько-конфуціанських засадах. Ці реформи стали основою формування «Рицурьосан» – особливої політичної системи централізованої держави, спрямованої на нівелювання впливових японських кланів та підпорядкування їх імператору і, відповідно, забезпечення цілісності його влади.

¹ Цветкова Ю. В. Східна традиція права : навч. посіб. / Ю. В. Цветкова. – К., 2015. – С. 22.

² Там само. – С. 18.

³ Рубель В.А. Японська цивілізація: традиційне суспільство і державність / В.А. Рубель. – К. : Аквілон-Прес, 1997. – С. 43.

⁴ Эйдзиро Х. Социальная история Японии / Х. Эйдзиро. – М., 1935. – С. 8.

⁵ Рубель В.А. Вказана праця. – С. 39.

⁶ Воробьёв М.В. Япония в III–VII вв. / М.В. Воробьёв. – М. : Наука, 1980. – С. 74–79.

⁷ Радуль-Затуловский Я.Б. Конфуцианство и его распространение в Японии / Я.Б. Радуль-Затуловский. – М. – Л., 1947. – С. 196.

⁸ Воробьёв М.В. Вказана праця. – С. 81.

⁹ Эйдзиро Х. Социальная история Японии / Х. Эйдзиро. – М., 1935. – С. 11.

¹⁰ Воробьёв М.В. Вказана праця. – С. 107.

¹¹ Рубель В.А. Вказана праця. – С. 47.

¹² Там само. – С. 52.

¹³ Радуль-Затуловский Я.Б. Вказана праця. – С. 179.

¹⁴ Рубель В.А. Вказана праця. – С. 48.

¹⁵ Николаев А.А. Очерки по истории японского народа / А.А. Николаев. – СПб. : Издание «Общественной пользы», 1905. – С. 17–19.

¹⁶ Васильев Л.С. История Востока : учеб. в 2 т. / Л.С. Васильев. – М. : Высшая школа, 1998. – Т. 1. – С. 188.

¹⁷ Николаев А.А. Вказана праця. – С. 19.

¹⁸ Воробьёв М.В. Вказана праця. – С. 187.

¹⁹ Горо Х. История японского народа / Х. Горо. – М. : Изд-во иностр. лит., 1957. – С. 37.

²⁰ Пасков С.С. Япония в раннее Средневековье (VII – XII вв.) / С.С. Пасков. – М. : Изд-во «Наука», 1987. – С. 31.

Резюме

Иванов О.Ю. Становлення централізованої державності в Японії (I–VII ст. ст.): історико-правовий аспект.

У статті розглядаються процеси, пов'язані з формуванням централізованої держави в Японії протягом I–VII ст. ст., та фактори, які впливали на їх хід. Окрему увагу приділено дослідженню впливу релігійно-філософських систем на японське державотворення.

Ключові слова: Єматай, Ямато, конфуціанство, буддизм, синтоїзм.

Резюме

Иванов А.Ю. Становление централизованной государственности в Японии (I–VII в. в.): историко-правовой аспект.

В статье рассматриваются процессы, связанные с формированием централизованного государства в Японии на протяжении I–VII в. в., и факторы, влиявшие на их ход. Особое внимание уделено исследованию влияния религиозно-философских систем на становление японского государства.

Ключевые слова: Ематай, Ямато, конфуцианство, буддизм, синтоизм.

Summary

Ivanov O. Japanese Centralized State Incipience (I–VII centuries): historical and legal aspects.

The article deals with the processes relating Japanese centralized state incipience during I–VII centuries. Range of issues influencing those processes has been examined too. The way existing religious and philosophical systems affected Japanese state formation has been profoundly analyzed.

Key words: Yamatay, Yamato, Confucianism, Buddhism, Shintoism.

Ю.В. КРИВИЦЬКИЙ

Юрій Віталійович Кривицький, кандидат юридичних наук, доцент, доцент Національної академії внутрішніх справ

ПРАВОВА РЕФОРМА: ТЕОРЕТИКО-ПРИКЛАДНІ ВИМІРИ АКТУАЛІЗАЦІЇ ПРОБЛЕМИ

*У нас реформаторів – три сотні.
Реформи де? – напередодні¹.*

Перед кожною країною час від часу постає необхідність здійснення реформ у тій чи іншій сфері суспільного життя. Крім того, обов'язковими є такі етапи розвитку суспільства, коли виникає потреба в системних реформах, спрямованих на глибоку докорінну перебудову всіх сторін соціальної життєдіяльності. Така потреба може бути зумовлена різними чинниками, такими як духовний та інтелектуальний розвиток людства, зміна природних умов, науково-технічний прогрес, вплив світових процесів і міжнародних суб'єктів, зовнішня загроза тощо. Протягом ХХ ст. саме реформи, а не природний відбір, забезпечували інституційні та структурні зміни в більшості країн світу. Вони визнані найбільш оптимальним вектором прогресивного розвитку суспільства. Навіть докорінні перетворення здійснюються за допомогою комплексу реформ у всіх основних сферах суспільної дійсності².

Нині практично перед усіма державами світу постало завдання проведення суспільних реформ, зокрема правової, з метою переходу до моделі сталого розвитку. У контексті світової реформаційної тенденції перетворення постсоціалістичного суспільства, докорінні зміни правовідносин, підвищення уваги до прав і свобод людини та громадянина, потреби зміцнення й збереження Української держави зумовили правову реформу як об'єктивну реальність. Так, правова реформа є актуальною категорією юридичної науки, що перетворюється на оціночне поняття, за допомогою якого слід вимірювати сутність і значення здійснюваних прогресивних змін у галузі правового розвитку України в цілому, об'єднувати в єдине ціле все, що реалізується в цій сфері як у центрі, так і на місцях. Наразі Україна залишається у статусі так званої перехідної держави, яка постійно проводить реформи або, що справедливіше, імітує їх здійснення та періодично змінює стратегічні орієнтири свого поступу, звертаючи на манівці, а по суті якісно й остаточно не перелаштовує зміст суспільних відносин³. З цього приводу М.І. Козюбра слушно зазначає, що, на жаль, правова реформа в Україні виявилася в останнє десятиліття значною мірою дискредитованою⁴. Іміджевих втрат зазнало поняття «реформа» в цілому у зв'язку з численними прикладами негативного впливу змін на суспільні відносини.

Тому особливого значення набуває дослідження теоретико-прикладних вимірів актуалізації проблеми правової реформи в сучасній юридичній науці, що й становить мету цієї статті. Для її успішного досягнення передбачається розв'язати такі завдання: по-перше, визначити причини та прояви важливості правової реформи для юридичної доктрини і практики праводержавотворення; по-друге, окреслити перспективні напрями осмислення методологічних, теоретичних і практичних аспектів правової реформи; по-третє, обґрунтувати положення про те, що остання є суттєвим фактором актуалізації вивчення низки інших державно-правових явищ.

Багатоаспектність природи правової реформи потребує теоретико-методологічного осмислення. Саме з цього приводу нині нагромадилися досить серйозні питання, від ефективного вирішення яких і залежить успішність здійснення правової реформи в нашій державі. Для характеристики правової реформи важливо визначити її місце в системі юридичних знань, окреслити її теоретичний образ і розкрити значення в загальному процесі пізнання державно-правових явищ і процесів. Завдання вітчизняної юридичної науки в галузі осмислення правової реформи полягає в тому, щоб узагальнити масив ґрунтовних знань, у якому мають знайти своє місце найбільш конструктивні ідеї та концепції, що пояснюють нововведення і зміни, які відбуваються в Україні. Вивчати правову реформу необхідно не лише в межах недалекого минулого та майбутнього, а й з погляду конкретно-історичного уявлення про багатоаспектні процеси, що відбуваються у правовій системі, а також з позиції того, яким чином це явище уявлялося в інших перехідні періоди розвитку державності та як воно сприймається нині. Завдяки таким зіставленням можлива переоцінка існуючих концепцій, але саме це й може допомогти з'ясувати істину. З'являється необхідність і перспектива ширшого використання при дослідженні правової реформи теоретико-методологічних розробок, створених ученими відмінних історичних епох, а також представниками різних галузей наукового знання, чисельність яких особливо збільшилася в перехідні періоди поступу державності⁵.

Правова реформа, що має кінцевою метою створення основ правової держави, покликана вирішити значне коло питань, від яких багато в чому залежатиме правове забезпечення економічного, політичного, соціального та культурного розвитку суспільства. Насамперед це проблеми забезпечення верховенства права

в усіх сферах суспільного життя, підвищення рівня правової культури населення, суттєве вдосконалення чинного законодавства, реформування судової системи, а також органів правопорядку⁶.

На думку Б.М. Топорніна, правова реформа передусім допомагає «зверити годинники», співвіднести правовий розвиток, усю юридичну практику з обраними ідеалами та принципами, реально оцінити досягнуто. Адже в кінцевому рахунку всі реформи слугують головному суспільному інтересу – благу людини, яка повинна жити в умовах гарантованих прав і свобод, високого рівня культури, науки та освіти, матеріальної забезпеченості, миру і безпеки⁷. Привертає увагу точка зору Б.В. Малишева про те, що правова реформа є одним із найефективніших та іноді чи не єдиним можливим способом забезпечення належного стану телеологічних зв'язків між актами законодавства, що надто важливо для правових систем держав перехідного типу, до яких, безумовно, належить і правова система України. При цьому словосполучення «правова реформа» вже тривалий час лідирує у рейтингу кількості згадувань у наукових і популярних юридичних виданнях. Часто його можна зустріти й у працях політологічного напрямку⁸.

На сучасному етапі розвитку соціально-гуманітарних наук реформаторство розглядається як міждисциплінарна, комплексна проблема суспільствознавства⁹, а реформа – міждисциплінарна сфера знань для таких наук, як соціальна філософія, соціологія, політологія, соціальна психологія, культурологія та інші¹⁰. У свою чергу, представники науки державного управління ведуть мову про загальну теорію реформ, що має зосередити увагу лише на суттєво важливих аспектах перетворення суспільних відносин як таких. Реформи слугують стратегічною програмою якісних змін у суспільстві та державі, що відображає ключові проблеми і намічає систему заходів для їх вирішення. У найрізноманітніших реформах спільним є два моменти: сутність реформи як специфічної форми перетворення суспільних відносин і технологія її проведення. Усе інше індивідуальне та неповторне, а тому має лише враховуватися при плануванні реформи, виборі форми прояву її змісту та організаційному наповненні технології здійснення реформи. Саме ці два аспекти (як свідчить історичний досвід) визначають результативність і невдачі: реформа є успішною, якщо перетворення (для певного суспільства) дійсно є реформою і якщо дотримується загальна для всіх реформ технологія їх реалізації. Значне різноманіття реформістських перетворень суспільства дає підстави вважати предметом загальної теорії реформ не специфіку реформ (мету, персональну ініціативу, історичний фон, зміст реформаційних дій), а їх організаційно-політичну форму, технологію здійснення, типологію та структуру. Самостійними предметами цієї теорії могли б стати також організаційно-правовий генезис реформування і «хвилі» реформування (в тому числі й на міждержавному рівні). Ці процеси до того ж взаємопов'язані вже тому, що в основу багатьох принципів реформ і нововведень покладено запозичення, що передбачає в низці випадків хвилеподібне поширення однотипових явищ у часі та просторі¹¹.

У свою чергу, у вітчизняній юридичній доктрині обґрунтовується новий комплексний науковий напрям на межі політичних та юридичних наук – теорія правових реформ – один із самостійних векторів пізнання закономірностей перетворення держави і права в перехідні періоди. Теорія правових реформ має всі ознаки самостійного комплексного наукового напрямку: предмет дослідження, методологічну базу, функції, зміст, особливості, зумовлені міждисциплінарним характером, хронологічні рамки, емпіричну основу і концептуальні засади. Заперечення правової реформи як особливого напрямку діяльності держави та інших уповноважених суб'єктів рівнозначне спростуванню ідей побудови демократичної, соціальної, правової держави, необхідності вдосконалення національної правової системи, підвищення ефективності правового регулювання, посилення охорони та захисту прав і свобод людини та громадянина, гарантій їх безпеки. Правом так чи інакше оформлюються, закріплюються всі види державних реформ, але правова реформа має свої особливості та власний зміст, вона відображає, визначає правовий розвиток країни. Оформлення правом інших видів реформ не скасовує правову реформу як самостійне юридичне явище¹².

Співвідношення реформи та права дає можливість виокремити два напрями взаємодії. Один виражається у зміні самого права – підходів до його розуміння, системи форм (джерел) права, правових інститутів і методів регулювання. Інший вектор віддзеркалює міру правового забезпечення різних суспільних реформ, тобто правового опосередкування цілей, етапів і заходів певного перетворення. Це закони та інші правові акти, правозастосування, інститути охорони та захисту прав і законних інтересів суб'єктів права.

У найбільш абстрактному плані правову реформу описують в якості особливого соціального феномена, фрагмента правової дійсності стосовно зміни публічно-правових інститутів (О.І. Ющик); складової процесу демократичної трансформації українського суспільства (В.М. Селіванов); зміни норм-цілей системоутворюючих законів (Б.В. Малишев); форми проведення модернізації правової системи держави (Т.С. Подорожня); різновиду соціальної інженерної діяльності (О.О. Пучков) тощо.

Історіографічний аналіз загальнотеоретичних і галузевих юридичних праць дає змогу стверджувати, що правова реформа є предметом безпосереднього чи опосередкованого вивчення вітчизняних і зарубіжних дослідників: О.В. Бигича, В.Д. Горобця, С.А. Калініна, В.М. Кампа, А.М. Колодія, В.В. Копейчикова, В.В. Лемака, Я.І. Ленгер, Л.А. Луць, Н.Р. Нижник, Н.М. Пархоменко, Н.В. Пильгун, П.М. Рабіновича, Р.А. Рябцева, Ф.М. Сафіна, В.О. Сердюк, О.Ф. Скакун, В.І. Шакуна та ін.

Проблематика правової реформи є загальним тематичним напрямом низки наукових теоретико-практичних конференцій, круглих столів і наукових читань різного рівня та масштабу, зокрема: «Державно-правова реформа в Україні» (м. Київ, листопад 1997 р.); «Правові реформи України: досвід, проблеми, перспективи» (м. Київ, 29 квітня 2013 р.); «Проблеми правової реформи та розбудови громадянського суспільства в Україні» (м. Львів, 17 жовтня 2014 р.); «Правові реформи в Україні: реалії сьогодення» (м. Київ, 29 жовтня

2015 р.); «Правова реформа в сучасних умовах: досягнення і перспективи» (м. Київ, 26 лютого 2016 р.); «Правова реформа: концепція, мета, впровадження» (м. Київ, 23 листопада 2017 р.) та ін. При цьому варто наголосити на тому, що безпосередньо природі правової реформи під час цих однойменних наукових заходів приділяється за окремими винятками недостатньо уваги, оскільки традиційно в ході них висвітлюються наукові доповіді та повідомлення, присвячені актуальним теоретичним і практичним питанням держави та права в цілому або крізь призму правової реформи.

Провідні наукові фахові видання з юридичних наук традиційно містять тематичні рубрики, присвячені правовій реформі, її видам, напрямам, а також іншим реформаційним процесам державно-правової дійсності в Україні. Наприклад, постійним розділом юридичного журналу «Право України» з 1994 р. є рубрика «До судово-правової реформи» (нині – «Судово-правова реформа»). У свою чергу, збірник наукових праць «Вісник Національної академії правових наук України» в різних роках і номерах включав такі рубрики: «Питання правової реформи в Україні», «Методологія дослідження правової реформи в Україні», «Реформування держави і права України», «Адміністративна реформа в Україні» та ін.

Підвищений інтерес до історико-теоретичної та методологічної динаміки технологій проведення реформ обумовлюється спробами раціонального управління соціальною динамікою. Разом із тим рівень дослідженості того чи іншого феномена, в тому числі правової реформи, потрібно визначати не лише за кількістю присвячених йому публікацій – монографічних праць, дисертацій і наукових статей, хоча і цей показник є досить важливим. Так чи інакше, увага наукової спільноти до того чи іншого державно-правового явища трансформується в певний результат через «перехід кількості в якість». Не менш важливою є здатність юридичної науки переконливо відповісти на питання стосовно природи досліджуваного явища, його місця та ролі, будови, функцій у певній системі координат¹³.

У розрізі останнього зауваження доводиться констатувати відсутність єдиного теоретико-методологічного бачення природи правової реформи, його невідповідність сучасним запитам юридичної науки і практики. Так, низка загальнотеоретичних аспектів правової реформи потребує комплексного осмислення в контексті розроблення однойменної теорії. Зокрема перспективними векторами пізнання теоретичного образу правової реформи є дослідження її сутності, змісту, ознак, філософії, ідеології, мети (цілей), принципів, видів (напрямів), функцій, суб'єкта, об'єкта, етапів, технології, ефективності реалізації, зарубіжного досвіду, співвідношення (взаємозв'язку та взаємодії) з іншими поняттями і категоріями загальної теорії держави та права, такими як «державна політика», «правова політика», «механізм правового регулювання» тощо. Однак першочергово слід подолати термінологічну невизначеність (плутанину), що має місце під час вивчення сутності та змісту правової реформи і проявляється в оперуванні вченими різними юридичними поняттями як-то: правова реформа, державно-правова реформа, правова реформа політичної системи, реформа правової системи, правна реформа, реформа у сфері права, реформа права, реформа системи права, реформа законодавства та ін. Наприклад, О.І. Ющик послідовно обґрунтовує позицію про тотожність понять «правова реформа» та «державно-правова реформа». До того ж, потрібно відмежувати правову реформу від правової трансформації та модернізації, а також віднайти відмінності між правовою реформою та внесенням змін до системи законодавства.

Водночас правову реформу та пов'язані з нею види (форми) реформаційних процесів уже традиційно використовують для підвищення значимості і своєчасності наукових студій різних державно-правових явищ, приміром, тлумачення норм права, оскільки правова реформа в Україні призвела до повномасштабної зміни всіх галузей права (І.Ю. Настасяк, Ю.М. Тодика); принципів права, адже будь-які заходи в межах правової реформи слід розпочинати з удосконалення основоположних джерел, керівних ідей права (А.М. Колодій); громадянського суспільства через те, що його важливість зумовлена сучасними процесами реформування в Україні основних сфер суспільного життя, окремих соціальних інститутів (Н.В. Філик); процесуального права, позаяк у новітньому вітчизняному суспільстві відбуваються глибокі соціально-економічні зміни, проводиться адаптація національного законодавства до законодавства Європейського Союзу, триває правова реформа (І.В. Атаманчук, О.О. Сидоренко); правозастосування, оскільки правова реформа, що проводиться в Україні, передбачає, з-поміж інших важливих напрямів, підвищення ефективності правозастосовної діяльності (Т.С. Мартьянова); джерел права, адже державотворення та правотворення в Україні кінця ХХ – початку ХХІ ст. відбувається в контексті проведення економічної, політичної, правової реформ, спрямованих на формування громадянського суспільства, підвищення ефективності державного управління, забезпечення прав і свобод людини, утвердження правопорядку (Н.М. Пархоменко) та ін.

Звідси слідує, що державно-правові явища та інші пов'язані з ними феномени суспільної дійсності розглядаються «крізь призму», «в контексті», «на фоні», «в умовах», «як складова» правової реформи, що зумовлено сутністю останньої, яка зводиться до якісних (позитивних, прогресивних) змін (перетворень) правового розвитку. Це безпосередньо впливає на потребу в постійному поверненні (циклічності) до наукових студій низки державно-правових інститутів. Причому слід не зловживати категоріальним трендом правової реформи в ході наукових пошуків, уникати негативних випадків, які дають підстави В.М. Селіванову констатувати, що раніше суспільні науки, серед них юридична, клялися у відданості марксизму-ленінізму та комунізму, а тепер – декларованим владарюючими силами реформам¹⁴.

Отже, на підставі викладеного вище можна зробити такі висновки:

1. Теоретико-прикладні параметри актуалізації проблематики правової реформи в сучасній юридичній науці охоплюють причини та прояви (індикатори) важливості правової реформи для юридичної доктрини і

практики праводержавотворення; перспективні вектори дослідження сутності та змісту правової реформи; форми впливу гносеологічного потенціалу останньої на необхідність вивчення інших державно-правових явищ. До причин нагальності тематики правової реформи належать: світова реформаційна тенденція перевлаштування основних сфер суспільної дійсності; тривалий і складний процес переходу вітчизняного суспільства від постсоціалістичного типу до моделі сталого розвитку; дискусійність низки аспектів природи правової реформи; практичні потреби, виклики новітнього етапу державно-правового розвитку в Україні. Серед проявів (індикаторів) актуальності правової реформи слід виокремити розширення бібліографічної бази наукового пошуку, використання правової реформи в якості тематичного напрямку наукових заходів, рубрик у періодичних фахових виданнях тощо.

2. Змістова різноманітність підходів до інтерпретації правової реформи зумовлює існування відмінних її дефініцій, кожна з яких є результатом опрацювання певного аспекту правової реформи й жодна з них не є перешкодою для можливості існування всіх інших. Потенційними напрямками розробки теоретичного образу правової реформи є вивчення її сутності, змісту, ознак, філософії, ідеології, цілей, принципів, видів, функцій, суб'єкта, об'єкта, етапів, технології, ефективності здійснення, зарубіжного досвіду, співвідношення з іншими поняттями і категоріями загальної теорії держави та права. Узагальнений концепт правової реформи як форми істотних, прогресивних правових змін, перевлаштування права (правової системи, системи права, системи законодавства) є ядром теорії правової реформи як комплексного наукового міждисциплінарного вектору або напрямку теорії держави та права з пізнання загальних і специфічних закономірностей і випадковостей зміни (перетворення) права в перехідний період його генезису.

3. Методологічні й пізнавальні можливості правової реформи в юридичній доктрині часто використовують для підвищення своєчасності та значимості досліджень різних державно-правових явищ (принципів права, джерел (форм) права, тлумачення норм права, процесуального права, правозастосування, громадянського суспільства тощо). Таким чином, правова реформа є важливим предметом осмислення сучасної юридичної науки, зокрема теорії держави та права, і ключовим, найбільш поширеним фактором актуалізації вивчення різних державно-правових явищ. При цьому в усіх перетвореннях права на першому місці завжди має бути людина.

¹ Рибчинський Ю.Є. Поїзд : поезії / Ю.Є. Рибчинський; передм. Л. Танюка. – К. : Укр. письменник, 2005. – 159 с. – С. 98.

² Михненко А.М. Управління якістю суспільних реформ : навч. посіб. / А.М. Михненко, Е.М. Макаренко, С.О. Кравченко. – К. : НАДУ, 2009. – 192 с. – С. 4, 101.

³ Пархоменко Н. Концептуальні засади правової реформи (окремі аспекти) / Н. Пархоменко // Правова реформа: концепція, мета, впровадження : зб. наук. праць. Матер. VIII Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Київ, 23 лист. 2017 р.) / за заг. ред. Н.М. Пархоменко, М.М. Шумила. – К. : Ніка-Центр, 2017. – С. 329–333. – С. 330.

⁴ Козюбра М.І. Праворозуміння: плюралізм підходів до можливості їх поєднання. Загальнотеоретичне правознавство, верховенство права та Україна : зб. наук. статей / М.І. Козюбра ; гол. ред. А. Мелешевич. – К. : Дух і літера, 2013. – С. 187–211. – С. 191.

⁵ Ленгер Я.І. Реформування правової системи України як засіб підвищення її ефективності : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Я.І. Ленгер. – К., 2007. – 215 с. – С. 5–6.

⁶ Горобець В.Д. Правовая реформа в Российской Федерации: состояние и перспективы : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / В.Д. Горобець. – М., 1992. – 19 с. – С. 1.

⁷ Топорнин Б.Н. Правовая реформа и развитие высшего юридического образования в России. / Б.Н. Топорнин // Государство и право. – М., 1996. – № 7. – С. 34–52. – С. 35.

⁸ Малишев Б.В. Правова система (телеологічний вимір) : моногр. / Б.В. Малишев. – К. : Дакор, 2012. – 364 с. – С. 254.

⁹ Грицкевич Т.И. Реформаторство как творчество в социуме : дисс. ... канд. филос. наук : 09.00.11 / Т.И. Грицкевич. – Новосибирск, 2001. – 182 с. – С. 9.

¹⁰ Грицкевич Т.И. Реформационный процесс как субъект-объектное взаимодействие : дисс. ... д-ра филос. наук : 09.00.11 / Т.И. Грицкевич. – Новосибирск, 2010. – 466 с. – С. 97.

¹¹ Михненко А.М. Вказана праця. – С. 13–14.

¹² Ленгер Я.І. Вказана праця. – С. 189.

¹³ Крижановський А.Ф. Правопорядок суверенної України: становлення та тенденції розвитку (загальнотеоретичне дослідження) : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.01 / А.Ф. Крижановський. – Одеса, 2009. – 469 с. – С. 137.

¹⁴ Селіванов В.М. Право і влада суверенної України: методологічні аспекти : монограф. / В.М. Селіванов. – К. : Ін Юре, 2002. – 724 с. – С. 363.

Резюме

Кривицький Ю.В. Правова реформа: теоретико-прикладні виміри актуалізації проблеми.

У статті проаналізовано теоретико-прикладні виміри актуалізації проблеми правової реформи в сучасній юридичній науці. Визначено причини та прояви важливості правової реформи для юридичної доктрини і практики праводержавотворення. Окреслено перспективні напрями осмислення методологічних, теоретичних і практичних аспектів правової реформи. Обґрунтовано положення про те, що правова реформа є суттєвим фактором актуалізації вивчення низки інших державно-правових явищ.

Ключові слова: реформа, правова реформа, актуалізація проблеми, юридична наука, напрями дослідження правової реформи.

Резюме

Кривицкий Ю. В. Правовая реформа: теоретико-прикладные измерения актуализации проблемы.

В статье проанализированы теоретико-прикладные измерения актуализации проблемы правовой реформы в современной юридической науке. Определены причины и проявления важности правовой реформы для юридической доктрины и практики государственно-правового строительства. Очерчены перспективные направления осмысления методологических, теоретических и практических аспектов правовой реформы. Обосновано положение о том, что правовая реформа является существенным фактором актуализации изучения ряда других государственно-правовых явлений.

Ключевые слова: реформа, правовая реформа, актуализация проблемы, юридическая наука, направления исследования правовой реформы.

Summary

Kryvytskyi Yu. Legal reform: theoretical and applied dimensions actualization of the problem.

The theoretical and applied dimensions of the actualization of the problem of legal reform in modern legal science is considered in the article. The reasons and manifestations of the importance of legal reform for legal doctrine and practice of state-legal construction are determined. Perspective directions of comprehension of methodological, theoretical and practical aspects of legal reform are outlined. The article argues that the legal reform is an essential factor in actualizing the study of a number of other state-legal phenomena.

Key words: reform, legal reform, updating of problems, legal science, directions of research of legal reform.

УДК 351.746.1(477)

В. Т. ОКІПНЮК

Володимир Тарасович Окіпнюк, кандидат юридичних наук, доцент, завідувач кафедри Національної академії Служби безпеки України

СЛІДЧА ДІЯЛЬНІСТЬ ОРГАНІВ ДЕРЖАВНОЇ БЕЗПЕКИ УРСР (СЕРЕДИНА 1930-Х – ПОЧАТОК 1950-Х РОКІВ): ІСТОРИКО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ

Панування в Україні у ХХ ст. радянської моделі тоталітарного владарювання мало трагічні наслідки для нашого народу. Мільйони наших співвітчизників стали жертвами політичних репресій і голодоморів, організованих сталінським режимом. Незважаючи на те, що загальна проблематика радянського тоталітаризму достатньо висвітлена в роботах істориків, політологів і юристів, вона залишається актуальною й нині. Зокрема, в історико-правових працях І.Б. Усенка, О.М. Мироненка, О.П. Бенька, І.Г. Біласа, О.М. Шармар та інших вивчались основні тенденції розвитку юридичного статусу та правозастосовної діяльності органів ДПУ-НКВС УСРР у період тоталітаризму. Водночас юридичне регулювання здійснення органами державної безпеки УРСР слідчої діяльності у цих роботах не досліджувалось.

Метою статті є юридичний аналіз нормативних актів, які регулювали здійснення слідчої діяльності органами державної безпеки УРСР на етапі зміцнення та розвитку тоталітарного режиму від середини 1930-х до початку 1950-х років.

Після прийняття 15 серпня 1935 р. наказу НКВС СРСР № 00321 «Про порушення елементарних основ слідчої роботи» було скасовано циркуляр ОДПУ № 24 «Про слідчу роботу» від 14 квітня 1934 р. та введено в дію нову інструкцію про порядок провадження слідства органами державної безпеки¹.

У цьому наказі, попри його назву, наголошувалось не стільки на справжніх недоліках і навіть вадах процесуальної діяльності органів державної безпеки, які мали місце у цей період (таких, як низька якість процесуальних документів, пов'язана з побудовою доказів на сфабрикованих оперативних матеріалах, особистою зізнанні обвинуваченого, отриманому із застосуванням психічного та фізичного впливу), скільки на відсутності цілеспрямованості слідства у «викритті» обвинуваченого, неналежному відображенні цього процесу в протоколах допитів та інших слідчих дій.

Вимоги нового наказу у сфері слідчої діяльності орієнтували працівників органів державної безпеки не на пошук істини у процесі розслідування справи, а передусім – на здобуття у встановлені законом терміни доказів проти заарештованого, під страхом бути притягнутими до відповідальності за бездіяльність та незаконне утримання під вартою громадян СРСР.

Нова інструкція про порядок ведення слідства співробітниками ГУДБ та його місцевих органів, запроваджена наказом НКВС СРСР № 00321, складалась із 9 розділів: підготовка до слідства, вивчення та оцінка речових доказів, які вилучені під час обшуку (у справах про диверсію, «терор», шпигунство, «контрреволюційні» групи), про забезпечення агентури від провалу в процесі слідства, провадження слідства, завдання

допиту, доказові дані, використання доказових даних, порядок слідства, обвинувальний висновок, результативна частина. Як бачимо, інструкція досить детально регламентувала всі стадії слідчої діяльності. Згідно з цим актом слідство, яке проводилось органами ГУДБ, вважалось, як правило, завершальним етапом агентурної розробки, хоча могло здійснюватись і щодо підготовлених або вчинених злочинів без попередньої агентурної розробки. Основним завданням слідчої роботи було надання агентурним матеріалам органів державної безпеки сили та характеру офіційних доказів, які «викривали ворога в його злочинній діяльності», а також встановлення шляхом допиту обвинуваченого даних про його «контрреволюційну» діяльність, які не були виявлені агентурною розробкою.

Втім інструкція про ведення слідства хоч і була досить детальною, але це був документ, який визначав винятково методику ведення слідчих дій і мав явно виражену обвинувальну спрямованість. Інструкція виступала для каральних органів своєрідною «методичкою» з доказування вини особи, практично не згадуючи про процесуальні гарантії обвинувачених.

Деякі практично-прикладні аспекти слідчої діяльності визначались окремими нормативними актами. Зокрема, 4 вересня 1935 р. було видано циркуляр ОСВ ГУДБ НКВС СРСР № 140 «Про порядок вилучення, зберігання та здавання партійних документів особами, притягнутими органами НКВС»². Він передбачав, що під час арешту членів і кандидатів у члени ВКП(б) і ВЛКСМ у них в обов'язковому порядку вилучались партійні та комсомольські документи, які після завершення слідства мали здаватись секретарям відповідних райкомів ВКП(б) і ВЛКСМ і в жодному разі не долучатись до матеріалів слідчих справ.

Згідно з наказом НКВС СРСР № 00404 «Про порядок конвоювання підслідних і засуджених особливо небезпечних державних злочинців» від 11 листопада 1935 р.³ перевезення вказаної категорії осіб мало відбуватись за мотивованими рапортами начальників відділів ГУДБ НКВС тільки у камерах-вагонах або в окремих арештантських вагонах. Організація перевезення регулювалась відповідною інструкцією і здійснювалась спеціальним відділенням з перевезення особливо небезпечних державних злочинців, яке було створено при секретарі наркома внутрішніх справ СРСР.

Наказ НКВС СРСР № 00245 від 20 липня 1936 р. деталізував порядок оформлення протоколів допитів обвинувачених і свідків у справах про «контрреволюційну агітацію та пропаганду». Зокрема, підтверджувалась раніше встановлена заборона на дослівне відтворення в цих документах «контрреволюційних висловлювань», які містили «наклепницькі» або «образливі» вислови, «антирадянські» анекдоти, нецензурну лайку на адресу «керівників партії та уряду». Водночас зазначалось, що в процесуальних матеріалах ці речі мали відтворюватись у вигляді загальної характеристики змісту висловлювань без їх дослівної передачі. Такі вимоги відомчого наказу заплутували і без того не бездоганну слідчу діяльність органів державної безпеки⁴.

Фактичне злиття в органах державної безпеки оперативної та слідчої діяльності виявилось також у веденні єдиних форм звітності для цих видів діяльності та офіційному запровадженні терміна «оперативно-слідча діяльність». Ці питання регулював спочатку наказ НКВС СРСР № 0087 «З оголошенням інструкції з ведення нової статистичної звітності про оперативно-слідчу роботу органів НКВС і про результати судової роботи по справах органів НКВС, які передаються в прокуратуру, суди та військові трибунали» від 21 вересня 1934 р., який було скасовано з прийняттям наказу НКВС СРСР № 0026 «З оголошенням інструкції з ведення нової статистичної звітності з оперативно-слідчої роботи органів НКВС» від 21 січня 1936 року⁵.

Згодом, із виданням наказу НКВС СРСР № 00285 «Про облік слідчих справ, обвинувачених і засланих» від 5 серпня 1936 р. було введено в дію інструкцію про постановку оперативно-статистичного обліку слідчих справ і обвинувачених в органах ГУДБ⁶. Такий облік вели архівно-облікові відділи (відділення, групи) УДБ УНКВС республік, країв і областей. У заведених слідчих справах мали бути в наявності наступні матеріали: оригінал довідки на арешт; ордер на арешт; протокол обшуку та квитанція про здавання на зберігання речей, цінностей і зброї; анкета арештованого; довідка обліково-архівного відділку про наявність або відсутність інших справ на арештованого, які ведуться або зберігаються в архіві; пакет з вилученими під час обшуку документами та листуванням. Після реєстрації справи в обліково-архівному підрозділі вона передавалась до відповідного відділу УДБ. Інструкцією вводились наглядові справи, які були по суті дублікатами слідчих справ і в яких зберігались копії всіх процесуальних документів.

Вказані вище нормативні акти мали на меті упорядкувати застосування органами державної безпеки заходів державного примусу, що були пов'язані із позбавленням волі, але вони не зменшували обсягу репресивної діяльності. Навпаки, масштабність і масовість незаконних репресій тільки зростали, досягши свого апогею в період так званої «єжовщини».

Після цього «державне репресивне свавілля» на деякий час було призупинено. Постановою ЦК ВКП(б) і РНК СРСР «Про арешти, прокурорський нагляд і ведення слідства» від 17 листопада 1938 р.⁷ партійно-державне керівництво СРСР фактично визнавало функціонування в країні від початку 1930-х рр. системи державного терору, яка реалізовувалась на практиці органами НКВС і прокуратури. Цю систему організованих і забезпечених тоталітарною державою репресивних заходів автори документа називали «великою роботою з розгрому ворогів народу та очищення СРСР». Вона виявлялась у проведенні масових арештів громадян за визначеними центральною владою «лімітами». Це супроводжувалось спрощеним порядком розслідування справ, за якого слідчий обмежувався отриманням від обвинуваченого власного зізнання без підтвердження його вини іншими документальними даними – показами свідків, актами експертиз, речовими доказами і т. д. При цьому мали місце грубі порушення кримінально-процесуального законодавства. Заарештованих осіб могли не допитувати впродовж тривалого часу – місяці й більше. Протоколи допиту або взагалі не велись,

або складались без врахування вимог КПК про дослівну фіксацію показань підслідного. До них не заносилась показання особи, які спростовували ті чи інші пункти обвинувачення. Часто протокол допиту складався тільки після зізнання особи у вчиненні злочину. З порушеннями оформлялись слідчі справи. До них часто долучались чернетки процесуальних документів, не підписані протоколи допитів, не затверджені обвинувальні висновки, з виправленнями, написані олівцем⁸.

По суті в постанові дуже детально та чітко описувалась система організованого тоталітарною владою державного свавілля у сфері застосування органами державної безпеки державного примусу та цілком правильно зазначалось, що органи прокуратури «не тільки не усували порушень революційної законності, але й фактично узаконювали ці порушення»⁹.

Однак зі всього зазначеного вище виводився парадоксальний висновок про те, що запроваджений партійно-радянською верхівкою каральний механізм, апогеєм якого стали репресії 1937–1938 рр., вважався лише «недоліками та викривленнями в роботі органів НКВС і прокуратури», організаторами яких були «вороги народу», що «пробрались» в ці органи. Таким чином, вина за політичні репресії покладалась їх організаторами, партійно-державною верхівкою СРСР, на виконавців злочинних розпоряджень і наказів – співробітників НКВС і прокуратури.

Однак надзвичайний розмах репресій все ж таки змусив партійно-радянську верхівку послабити заходи державного терору, детальніше врегулювати провадження арештів і слідства та здійснення прокурорського нагляду за процесуальною діяльністю органів державної безпеки.

Постановою від 17 листопада 1938 р. заборонялось органам НКВС і прокуратури проведення масових операцій з арештами та висланнями, крім випадків виселень з прикордонної зони, рішення про які мали прийматись із дозволу РНК СРСР і ЦК ВКП(б) за спеціальним поданням відповідного обкому, крайкому або ЦК національної компартії, погодженим з НКВС СРСР.

Були ліквідовані позасудові трійки, на які у 1937–1938 рр. припала лєвова частка незаконно репресованих осіб. Тепер справи, які розслідувались органами НКВС, мали надходити на розгляд судів або Особливої наради при НКВС СРСР.

Зверталась увага на необхідність дотримання порядку провадження арештів, передбаченого ст. 127 Конституції СРСР і попередньою постановою РНК СРСР і ЦК ВКП(б) від 17 червня 1935 року. Арешти можна було здійснювати тільки за постановою суду або з санкції прокурора. Для отримання санкції органи НКВС мали подати прокурору мотивовані постанови та всі відповідні матеріали, які обґрунтовували необхідність арешту. У свою чергу, органи прокурорського нагляду були зобов'язані перевірити надані постанови та матеріали і за необхідності вимагати від органів державної безпеки провадження додаткових слідчих дій або надання додаткових слідчих матеріалів та недопущення арештів без достатніх підстав. Встановлювалась спільна відповідальність працівників НКВС і прокуратури за здійснення безпідставних арештів.

Органи НКВС зобов'язувались під час провадження слідства дотримуватись вимог кримінально-процесуального законодавства, а саме щодо завершення розслідування у встановлені законом строки, проведення допитів заарештованих не пізніше 24 годин після їх арешту, складення протоколів допитів і вилучення документів та інших предметів під час обшуку з дотриманням норм КПК.

На органи прокуратури покладался обов'язок точно дотримуватись норм кримінально-процесуального законодавства щодо прокурорського нагляду за провадженням слідства органами державної безпеки. Було змінено порядок призначення прокурорів, які здійснювали нагляд за слідством в органах НКВС: його централізували в загальносоюзному масштабі.

Відбулось відновлення функціонування слідчих підрозділів як окремих структур у системі органів державної безпеки. У всіх оперативних підрозділах НКВС запроваджувались слідчі частини. Призначення на посаду слідчого як в центрі, так і на місцях здійснювалось в централізованому порядку згідно з наказами НКВС СРСР. З цього часу слідчі органи державної безпеки зосередились на розслідуванні кримінальних справ, а оперативно-розшукова діяльність залишилась у компетенції співробітників оперативних підрозділів. 22 грудня 1938 р. згідно з наказом НКВС СРСР № 00813 була створена Слідча частина НКВС СРСР, яка у вересні 1939 р. була розділена на слідчу частину ГУДБ і слідчу частину ГЕУ¹⁰.

У подальшому було прийнято також кілька нормативних актів, спрямованих на боротьбу з незаконними методами ведення слідства та покращення слідчої діяльності. Відповідно до наказу НКВС СРСР № 00102 від 31 січня 1939 р.¹¹ за безпідставні арешти, незаконні методи допитів залізничників, інші суттєві порушення кримінально-процесуального законодавства до судової відповідальності були притягнені керівники та особовий склад ДТВ НКВС Московсько-Київської залізниці.

Згідно зі спільним наказом НКВС СРСР і Прокурора СРСР № 00156 «Про заходи із забезпечення виконання постанови РНК СРСР і ЦК ВКП(б) від 17 листопада 1938 р. «Про арешти, прокурорський нагляд і ведення слідства»» від 20 лютого 1939 р.¹² було вказано керівникам органів НКВС на необхідність кадрового зміцнення слідчих частин та усунення недоліків у слідчій роботі, пов'язаних з недотриманням вимог КПК. Працівники прокуратури мали сприяти органам НКВС щодо своєчасного та оперативного вирішення всіх проблемних питань, які виникали у процесі проведення слідства, а також посилити прокурорський нагляд і прискорити розгляд справ, які надходили з органів НКВС. Цим нормативним актом було скасовано наказ НКВС СРСР № 00701 від 23 жовтня 1938 р. про порядок подовження строків ведення слідства. У цих питаннях органи НКВС мали керуватись винятково нормами КПК.

У рамках реалізації курсу на певну «лібералізацію» каральної політики наказом НКВС СРСР № 00836 від 22 липня 1939 р. була оголошена до виконання інструкція про порядок проведення операцій (обшуків, арештів) ГУДБ НКВС¹³. Вона складалась із 13 розділів та 58 пунктів.

Інструкція детально визначала процедуру проведення органами державної безпеки як слідчих дій – арешту підозрюваного і його майна, доставляння заарештованого до органу НКВС, його особистого обшуку і обшуку приміщень, які належали заарештованому, так і деяких оперативних заходів, наприклад, засідки. Загальні засади проведення цих процесуальних дій базувались на вимогах норм постанови РНК СРСР і ЦК ВКП(б) «Про арешти, прокурорський нагляд і ведення слідства» від 17 листопада 1938 року.

Арешт і обшук згідно з інструкцією мали відбуватись на підставі ордеру, підписаного народним комісаром внутрішніх справ СРСР або його заступником, а на місцях – народними комісарами внутрішніх справ союзних і автономних республік і їх заступниками, начальниками або заступниками начальників відповідних органів НКВС.

Ордер виписувався на підставі постанов відділів ГУДБ і Управлінь НКВС СРСР, затверджених народними комісарами або їх заступниками та начальниками УНКВС. У постанові мала бути санкція прокурора на арешт, який, як правило, супроводжувався особистим обшуком, обшуком за місцем проживання та за місцем роботи заарештованого. Окремої санкції на проведення обшуку інструкцією не передбачалося.

До середини 1946 р. інструкція 1939 р. залишалася основним підзаконним актом, який регулював діяльність органів державної безпеки НКВС-НКДБ-МДБ у сфері слідчої діяльності.

Вже у повоєнний час відповідно до наказу МДБ СРСР № 00123 від 4 квітня 1946 р. було прийнято нову інструкцію про порядок провадження операцій (обшуків, арештів) органами МДБ¹⁴. Нова інструкція за змістом принципово не відрізнялась від попередньої. Водночас у ній з'явилися і певні новації. Зокрема, було уточнено положення про не обов'язковість санкції прокурора при проведенні обшуків, що ще більше звужувало процесуальні гарантії заарештованих осіб. Крім цього, було додано норму, яка забороняла затримувати у приміщеннях, де проводиться арешт або обшук, партійну та державну номенклатуру та представників дипломатичного корпусу іноземних держав, які там перебували або прибули в момент проведення вказаних заходів. Новелою стало внесення до інструкції норм про умови та порядок застосування зброї співробітниками органів державної безпеки, які проводять арешт. Деталізувалась процедура арешту особистого майна, зокрема наголошувалось на тому, що вона здійснюється насамперед у рамках кримінального та кримінально-процесуального законодавства, а не відомих інструкцій. Було визначено зміст понять «особисте майно», «речі загальносімейного користування» та інше, що унеможливило незаконне вилучення майна родичів заарештованого.

Таким чином, основними нормативними актами, які регулювали в досліджуваній період здійснення слідчої діяльності органами державної безпеки, були: інструкція про порядок ведення слідства співробітниками ГУДБ та його місцевих органів, введена в дію наказом НКВС СРСР № 00321 «Про порушення елементарних основ слідчої роботи» від 15 серпня 1935 р., постанова ЦК ВКП(б) і РНК СРСР «Про арешти, прокурорський нагляд і ведення слідства» від 17 листопада 1938 р., наказ НКВС СРСР і Прокурора СРСР № 00156 «Про заходи із забезпечення виконання постанови РНК СРСР і ЦК ВКП(б) від 17 листопада 1938 р. «Про арешти, прокурорський нагляд і ведення слідства»» від 20 лютого 1939 р., інструкція про порядок проведення операцій (обшуків, арештів) ГУДБ НКВС, оголошена до виконання наказом НКВС СРСР № 00836 від 22 липня 1939 р. та інструкція про порядок провадження операцій (обшуків, арештів) органами МДБ, оголошена наказом МДБ СРСР № 00123 від 4 квітня 1946 року.

Внутрішньовідомчі інструкції визначали слідство завершальним етапом агентурної розробки, що свідчило про злиття в органах державної безпеки оперативної та слідчої діяльності. Тільки в 1938 р. в органах державної безпеки було створено слідчі підрозділи, у яких зосередилось розслідуванні кримінальних справ і їх діяльність була відмежована від оперативної.

Однак зазначені заходи сприяли лише частковому покращенню слідчої діяльності та введенню її в рамки вимог процесуального законодавства, але не давали змогу повністю припинити свавілля органів державної безпеки у сфері правозастосування. Політика державного терору, яку у цей період незмінно проводило партійно-державне керівництво СРСР і УРСР, після певного сповільнення темпів репресій продовжувалась і надалі.

¹ ГДА СБ України. Ф. 9. Спр. 3 (СРСР). Арк. 73–98.

² Там само. – Арк. 117–117 (зв.).

³ Там само. – Арк. 182–184.

⁴ Там само. – Спр. 7 (СРСР). Арк. 23.

⁵ Там само. – Арк. 1–4.

⁶ Там само. – Арк. 118–126.

⁷ Лубянка. Сталин и Главное управление госбезопасности НКВД. Архив Сталина. Документы высших органов партийной и государственной власти. 1937–1938 / под ред. акад. А.Н. Яковлева; сост. В.Н. Хаустов, В.П. Наумов, Н.С. Плотникова. – М., 2004. – С. 607–611.

⁸ Там само. – С. 607–608.

⁹ Там само. – С. 609.

¹⁰ Петров Н. В. Кто руководил НКВД, 1934–1941: Справочник / Н.В. Петров, К.В. Скоркин. – М., 1999. – С. 50, 52.

¹¹ ГДА СБ України. Ф. 9. Спр. 5 (СРСР). Арк. 155–155 (зв.).

¹² Там само. – Арк. 161–161 (зв.).

¹³ Там само. – Спр. 6 (СРСР). Арк. 28–35 (зв.).

¹⁴ Там само. – Спр. 17 (СРСР). Арк. 68–77.

Резюме

Окіпнюк В.Т. Слідча діяльність органів державної безпеки УРСР (середина 1930-х – початок 1950-х років): історико-правовий аналіз.

У статті проведено історико-правовий аналіз юридичних актів, які регулювали здійснення слідства органами державної безпеки УРСР у період зміцнення та розвитку радянського тоталітарного режиму. Охарактеризовано особливості слідчої діяльності в органах державної безпеки.

Ключові слова: органи державної безпеки, НКВС УРСР, НКДБ УРСР, МДБ УРСР, слідство, процесуальна діяльність, порушення прав людини.

Резюме

Окіпнюк В.Т. Следственная деятельность органов государственной безопасности УССР (середина 1930-х – начало 1950-х годов): историко-правовой анализ.

В статье проведен историко-правовой анализ юридических актов, которые регулировали осуществление следствия органами государственной безопасности УССР в период укрепления и развития советского тоталитарного режима. Охарактеризованы особенности следственной деятельности в органах государственной безопасности.

Ключевые слова: органы государственной безопасности, НКВД УССР, НКГБ УССР, МГБ УССР, следствие, процессуальная деятельность, нарушение прав человека.

Summary

Okipniuk V. Investigative activities of the state security bodies of the Ukrainian SSR (mid-1930s – early 1950's): historical and legal analysis.

The article deals with the historical and legal analysis of legal acts regulating the investigation conducted by the bodies of state security of the Ukrainian SSR during the period of strengthening and development of the Soviet totalitarian regime in Ukraine from the mid-1930s to the early 1950s. Peculiarities of the investigative activities of the bodies of state security have been characterized too.

Key words: state security bodies, the People's Commissariat of Internal Affairs of the Ukrainian SSR, the People's Commissariat of State Security of Ukrainian SSR, Ministry of the State Security of Ukrainian SSR, investigation, procedural activity, violation of human rights.

УДК 342. 55

О.О. САМОЙЛЕНКО

Олена Олександрівна Самойленко, кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник, старший науковий співробітник Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України

ПРОБЛЕМИ ПЕНІТЕНЦІАРНОЇ СИСТЕМИ НА ПРИКЛАДІ КИЇВСЬКОЇ ГУБЕРНІЇ (КІНЕЦЬ XIX – ПОЧАТОК XX СТ.)

Добре відомо, що судити про ступінь цивілізованості, гуманності та демократичності суспільства можна, зокрема, за його ставленням до засуджених. Вивчення вітчизняного досвіду, знання історії формування та еволюції пенітенціарної системи дасть можливість правильно розуміти та оцінити, а також використати цей корисний досвід у процесі реформування кримінально-виконавчої системи України.

Друга половина XIX ст. в історії Російської імперії – епоха буржуазно-демократичних реформ, глобальних соціально-економічних і політичних перетворень, які торкнулися практично всіх сфер життя держави. Серед проведених реформ у 1879 р. була проведена і тюремна реформа. Судова реформа 1864 р. докорінно змінила всю систему російського судочинства, тому уряд змушений був серйозно задуматися і над реформою місць позбавлення волі.

Так, на початку 1872 р. Олександром II була заснована спеціальна Комісія для складання проекту тюремного перетворення спочатку під керівництвом В. Соллогуба, а з 1877 р. – К. Грота. Розробники проекту передусім враховували міжнародний досвід та результати роботи міжнародних тюремних конгресів. Результатом семирічної діяльності Комісії став проект тюремного перетворення, всієї тюремної системи Росії кінця XIX – початку XX століття. Річ у тім, що до реформи в Росії було відсутнє централізоване управ-

ліній місцями ув'язнення. Внаслідок реформи 1879 р була створена єдина загальнодержавна тюремна система. Сам проект складався із 176 статей, викладених у п'яти основних розділах. У Росії був заснований провідний орган централізованого управління тюремним відомством країни – Головне тюремне управління (далі – ГТУ), яке у вигляді самостійної структурної одиниці увійшло до складу МВС. Міністр внутрішніх справ був прямим начальником тюремної варти та місцевої тюремної адміністрації, а місця ув'язнення перебували у віданні начальника Головного тюремного управління, а також губернаторів або начальників областей. На начальника Головного тюремного управління покладалося керівництво місцями ув'язнення цивільного відомства, пересиланням арештантів і виправними притулками¹.

Були створені в'язниці трьох типів: перший – великі в'язниці, так звані центри, підлеглі безпосередньо Головному тюремному управлінню. Другий – тюрми загального типу, підлеглі губернським тюремним інспекціям. Третій тип – каторжні в'язниці, а також віддалені місцевості, де мало місце масове заселення каторжників, що відбували свій термін². Поступово зм'якшувався режим ув'язнення: було скасовано обов'язкове таврування каторжників, заборонили покарання жінок-ув'язнених різками, стали утримувати окремо політичних і кримінальних в'язнів. При всіх демократичних змінах пережитки станового підходу до арештантам все ж збереглися.

Тож спробуємо дослідити, в яких умовах утримувалися ув'язнені на прикладі в'язниць Київської губернії в кінці XIX – першій чверті XX століття і в якому санітарно-медичному стані ці в'язниці знаходилися. Питання гігієни і санітарії в тюрмах були актуальні завжди. Щодо поганого санітарного стану російських в'язниць у 1872 р. писав у пресі доктор медицини М. Шмельов, який справедливо і докладно вказував різні недоліки тюремного побуту. Зокрема, він перший познайомив російських читачів із іноземною літературою з питань гігієни та санітарії у в'язниці, але його голос залишився «гласом волаючого в пустелі»³.

Київський генерал-губернатор у звіті про стан губернії за 1879 р. так описував стан тюремних приміщень, наявних на території Київської губернії: «З 12 тюремних замків, тільки три – київський, уманський, сквирський влаштовані задовільно. В інших тюремних замках число заарештованих, що містяться в них, майже вдвічі перевищує число місць, на які вони поміщені. При таких умовах мета тюремного ув'язнення, що складається у виправленні злочинців, виявляється вельми важко досяжною»⁴. Тіснота в тюрмах через їх переповнення перешкоджала правильному розподілу ув'язнених за родом злочинів і ускладнювала нагляд за ними. Що стосується санітарних питань, то й тут були значні проблеми, передусім через незадовільний стан тюремних будівель, які мали шкідливий вплив на стан здоров'я заарештованих і нерідко викликали поширення між ними епідемій. За відомостями прокурорського нагляду, в Київську губернію протягом 1879 р. прибуло до в'язниці 28 015 осіб, з них 21 543 чоловіки та 6 472 жінки⁵.

Цікавим фактом було те, що з 12 наявних у губернії тюремних замків – вісім приміщень перебували в казенних будівлях, а три – в Липовці, Бердичеві та Сквирі у найнятих у приватних осіб будинках. Причому в Сквирі приміщення для арештантів було влаштовано приватною особою, за посередництвом уряду, на умовах довгострокового найму, після закінчення якого будівля ця поверталася у власність казни. Що стосується призначення цих в'язниць, то за винятком вищевказаних трьох усі інші тюремні замки не відповідали своєму призначенню. Вони не мали необхідним чином влаштованих службових приміщень: бань, комор тощо, деякі з них були не цілком безпечні від втеч. Окрім жахливих умов утримання, часто зустрічалося жорстоке і принизливе ставлення до ув'язнених. Особливий інтерес являють собою спогади колишніх в'язнів про в'язницю. Розглянемо лист до генерал-губернатора від 31 березня 1902 р., підписаний 26 ув'язненими Київської губерньської тюрми і Київського відділення виправних арештантських рот. У ньому вони повідомляли, в яких жахливих умовах вони містилися і як над ними знущалися. Ось кілька витягів з цього листа: «... арештованого приводять вночі під вартою в поліцейську дільницю, заводять в секретну кімнату, накладають на жертву залізний обруч і гумовим батою піддають тортурам, давно зниклої інквізиції ... людина готова віддати і підтвердити все, і невинного страждальця не страшить майбутня каторга або в'язниця – аби позбутися тортур. Весь матеріал, необхідний для протоколу виходить. Не гребують побиттям і вибиванням зубів. З ув'язнених в Київській в'язниці і Київських виправних ротах, числом близько 2000 не знайдеться більше 200–300 чоловік, які відбувають покарання за дійсною виною своєю. Що ж стосується інших, то всі вони жертви кулачних протоколів»⁶. І таких випадків було чимало.

Відомий дослідник царської тюрми М.Н. Гернет, автор багатотомної «Історії царської тюрми», ще на початку XX ст. констатував, що санітарна частина в місцях позбавлення волі перебувала за весь час існування царизму в незадовільному стані, яке було пов'язане з переповненням в'язниць, поганим їх пристроєм, ненормальним і недостатнім харчуванням, з відсутністю скільки-небудь правильно організації медичної допомоги⁷. Головне тюремне управління видавало свої циркуляри із санітарної частини, але замість енергійних приписів ми зустрічаємо лише поради і побажання, які не похитнули основ Статуту про тих, що містяться під вартою видання 1832 року.

Начальник Головного тюремного управління 1885 р. здійснив ревізійну поїздку по тюрмам імперії. Він знайшов усі тюрми не тільки переповненими, а й такими, що не задовольняють найскромніші вимоги санітарії. Враження від відвідин в'язниць було одне й те саме – всюди бруд і повна відсутність скільки-небудь задовільних санітарних умов, харчування – голодне. У такому становищі перебували в'язниці великих губерньських міст, а в повітових містах стан їх був ще гіршим. Однак Головне тюремне управління замовчувало в своїх друкованих звітах ці кричущі факти. Недолік грошових коштів не дозволяв у перші 20 років існування Головного тюремного управління проводити активне тюремне будівництво. Упродовж 1879–1895 рр.

було збудовано 25 невеликих в'язниць і три великих – одна з них була побудована в Одесі. Але це мало змінювало картину загального стану місць позбавлення волі. Доказом цього є стійкість відсотка захворювань і смертності: завзято лютували в тюрмах висипний, черевний тиф, а також тиф невизначеної форми. Яскравий показник поганого тюремного харчування – цинга – була поширена в ще більшій кількості.

Під час реорганізації тюремної системи у 1890 р. створюються губернські Тюремні інспекції, що стають представниками ГТУ на місцях. Це була нова структурна ланка, що не мала аналогів у зарубіжній пенітенціарній практиці. Дві з п'яти тюремних інспекцій були створені в Києві та Харкові. Завдяки діяльності цих інспекцій виникли адміністративні органи, що взяли на себе відповідальність за організацію тюремної справи на місцях. Завдяки їх присутності місця позбавлення волі утримувалися краще, кошти, що виділялися на тюрми, витрачалися більш раціонально. Про це свідчать документи ревізійної комісії губернської тюремної інспекції, що розглядаються далі. Треба сказати про вагомий внесок у гуманізацію процесу відбування покарання засудженими благодійної організації – Товариства піклувального про тюрми, місцеві комітети і відділення якого були створені у кожній губернії імперії. Вони активно сприяли наданню матеріальної і духовної допомоги засудженим. Також подальшого розвитку набувають питання з виправлення арештантів, підготовки їх до нормального життя поза тюрмою. Для досягнення мети морального виправлення заарештованих при деяких в'язницях, де влаштовані церкви (київська, уманська, сквирська в'язниці) були штатні священники. В інших повітових в'язницях встановлені в окремих кімнатах молитовні. При Київській та Уманській в'язницях були влаштовані школи. У київській в'язниці заняття з заарештованими проводили священник і диякон, в уманській – священник за окрему винагороду. У київській тюремній школі навчалось 79, а в уманській – 25 арештантів⁸. Що стосується проведення часу арештантів, то у всіх в'язницях їм доручали внутрішні роботи з утримання в порядку будівлі, камер, двору, приготування їжі, прання білизни, лагодження арештантському одягу, пиляння дров та інше. У деяких в'язницях, де дозволяли приміщення, були заведені невеликі майстерні, переважно слюсарські, теслярські, шевські. Так, при київській в'язниці працювала велика швейна майстерня, яка приймала замовлення військового відомства з обмундирування військ, а також тут виготовлявся одяг для арештантів.

Головне тюремне управління було змушене визнати жахливим стан в'язниць навіть в кінці XIX ст., коли перед ним постало питання про підготовку місць позбавлення волі з огляду на затвердження в 1903 р. проекту нового Кримінального уложення. Після прийняття Кримінального уложення система пенітенціарних установ була спрощена. Активно використовувався досвід розвинених іноземних країн. Нормативна база була на рівні сучасних для того часу пенітенціарних вимог, але на практиці ситуація була зовсім інша. Суперечність у декларуванні і реальному житті стали гальмом у подальшому розвитку пенітенціарної системи Росії.

Останнім словом царату в області тюремного законодавства була «Загальна тюремна інструкція» від 28 грудня 1915 року. В інструкції одночасно є і дуже гучні заклики до гуманності, і повне нехтування всякої людяності. Згадка про людинолюбне ставлення до ув'язнених звучала лицемірно в умовах існування царської тюрми, де були збережені покарання різками і темний карцер.

Структура і матеріальна база місць позбавлення волі після Жовтневої революції багато в чому визначалися системою, що склалася в царській Росії. У Російській імперії на 1917 р. більшість в'язниць перебувала у віданні Головного тюремного управління Міністерства юстиції, територіальними органами якого були губернські тюремні відділення. Однак для контролю над місцевими тюрмами Головне тюремне управління потребувало допомоги губернських установ Міністерства внутрішніх справ. Після Лютневої революції 1917 р. в'язниці спорожнили: Тимчасовий уряд одним зі своїх перших актів оголосив широку амністію, але непоодинокими були випадки, коли натовп звільняв і тих, хто не підпав під амністію⁹.

Центральна Рада за час свого існування не встигла внести серйозних змін в тюремні справи Тимчасового уряду. Прийшовши до влади, гетьман П. Скоропадський хотів реформувати поряд з армією, поліцією, бюрократією і тюремний апарат. Однак реформи його були однобокими. Тому, піклуючись про працівників в'язниць, гетьман зовсім не звертав уваги на умови життя в'язнів. Тюремний режим в українських в'язницях майже не відрізнявся від царського. Його основи регулювалися ще царським законодавством кінця XIX – початку XX століття. Крім того, більшість тюремного персоналу становили колишні царські службовці, які в своїй повсякденній виховній роботі використовували старі форми і методи¹⁰.

Список місць ув'язнення за українськими губерніях до липня 1918 р. становив 110 одиниць. Окремо існували колонії і притулки для неповнолітніх* злочинців¹¹. На території Київської губернії було 14 в'язниць¹². Одна з найбільш великих – Київська губернська тюрма. У ній налічувалося 123 загальних камери на 1144 місця і 67 однаків. Для порівняння: у Васильківській в'язниці Київської губернії було загальних камер – 9, а місць у ній – 67, одиночних камер – 5, у Сквирській в'язниці, відповідно, 25, 143 і 4¹³.

Знайомлячись з архівними матеріалами з цієї теми, до нас у руки потрапила відомість про санітарно-медичний стан в'язниць Київської губернії за 1919 рік¹⁴.

В описі всіх 14 в'язниць Київської губернії особлива увага приділялась Київській губернській в'язниці. По-перше вона була найбільша, по-друге, якщо так можна назвати, вона була найбільш «цивілізована» на

* Волинський притулок, Таврійський притулок, Катеринославська колонія, Харківський притулок, Київська колонія, Притулок для хлопчиків «Харківське Товариство Патроната» над неповнолітніми, Одеський притулок, Подільська колонія, Притулок для дівчаток «Харківське Товариство Патроната», Полтавська колонія, Чернігівська колонія, Херсонський притулок.

відміну від інших повітових в'язниць. У відомості на семи аркушах дається докладний опис тюремних будівель, приміщень, аптеки, лікарні, наводиться штатний розклад медичного персоналу: старший лікар, два молодших лікарі, зубний лікар (у тюрмі навіть був свій стоматологічний кабінет), п'ять фельдшерів, один провізор. Описується, що фельдшери робили обхід у в'язниці тричі на день. Про таке медичне обслуговування в повітових в'язницях могли тільки мріяти. Так само давався докладний звіт про кількість речей на кожного ув'язненого, повідомлялося про наявність дезінфекторів, ванних кімнат, вентиляції. У в'язниці три рази на місяць була баня і зміна білизни¹⁵. Водопостачання – водопровід і каналізація, а також власна пральня були тільки у Київській губернській в'язниці¹⁶.

Набагато гірше були справи із санітарно-медичним станом у повітових в'язницях. Вони залишалися в незадовільному стані. Зупинимося на деяких з них. Наприклад, Канівська тюрма була розрахована на 60 осіб. Це була кам'яна одноповерхова будівля з двох корпусів, у якій було вісім камер. У в'язниці була власна лазня, але дезінфекційних камер не було. Жіночого відділення не було, льодовика – теж. Умивальників, кип'ятильників для води, ліжок, лавок теж не було. Середньодобова кількість арештантів – 100 чоловік (мінімальна кількість арештантів – 5, максимальна – 312)¹⁷. Лихом в'язниці були різні хвороби: короста, туберкульоз, шлунково-кишкові та венеричні захворювання. Лікарні або приміщень для амбулаторій у цій в'язниці не було, лікаря теж. Фельдшер приходив на запрошення 2–3 рази в тиждень.

Не в кращому стані була і Чигиринська в'язниця¹⁸. Розрахована вона була на 89 осіб. Для чоловіків було шість камер і три одиночки, для жінок – три камери. У звіті зазначалося, що в тюрмі є ванна кімната і лазня, проте дезінфекційні камери були відсутні. Умивальників, кип'ятильників для води, столів, лавок теж не було. Лікарня і аптека при Чигиринській в'язниці були відсутні, але діяла амбулаторія з невеликою кількістю медикаментів. З медичного персоналу – фельдшер і тимчасовий лікар.

Отже, із 14 в'язниць Київської губернії тільки три в'язниці мали свої лікарні: Київська губернська, Бердичівська, Уманська. Ще в трьох – Липовецькій, Сквирській та Черкаській були відведені для медичних цілей камери. Власна пральня була тільки в Київській губернській в'язниці. Користувалися послугами лазень тільки вісім в'язниць із чотирнадцяти. Душі були відсутні всюди. Спеціальні приміщення – бараки для заразнохворих були тільки в Київській і Бердичевській тюрмах. Як бачимо, в'язниці в санітарно-медичному відношенні перебували в жалюгідному стані. У незадовільному стані перебували і тюремні лікарні. Серед архівних матеріалів нашу увагу привернув «Протокол огляду тюремної лікарні при Лук'янівській в'язниці» від 18 квітня 1919 року¹⁹. Так, ревізійна комісія в складі голови комісії Розена і членів доктора Кагана, доктора Розова, Ентіна, Моргунова оглядала тюремну лікарню при Лук'янівській в'язниці. В ході ревізії було виявлено, що кабінет лікаря чистий і в порядку, коридори охайні. Однак наявні вентилятори в коридорах необхідно полагодити. Камери для хворих утримуються задовільно. У тюремній лікарні перебувала операційна, яка за словами перевіряючих була обладнана добре, у ній можна було робити будь-які операції, але при цьому необхідно було перефарбувати олійною фарбою всі стіни, які мали багато тріщин. Є перев'язочна. Так само зазначалося, що при лікарні є кухня, яка утримується чисто, їжа приготовлена без усяких смакових речовин, рідка, без навару, але згідно з розкладкою²⁰. Білизна в тюремній лікарні як постільна, так і носильна змінювалася раз в тиждень. Підодіяльники були відсутні взагалі. Пральня була загальна для всієї лікарні. У дворі був котел, в якому виварювалася білизна інфекційних хворих, яка після варіння надходила в загальну пральню²¹. Так само при лікарні був стоматологічний кабінет, проте приміщення його дуже тісне. Необхідне поповнення інструментів і стоматологічних матеріалів. Ревізійна комісія провела опитування хворих в'язнів і встановила хороше ставлення лікарського персоналу до ув'язнених хворим. Про небайдухе ставлення до ув'язнених і їх здоров'я свідчить доповідь медичного персоналу про наявність медикаментів в аптеках тюремного відомства. У доповіді про постачання в аптеки тюремного відомства медикаментів і перев'язувальних матеріалів повідомляється, що для губернських місць ув'язнення поставки медикаментів здійснюються Тюремною Інспекцією, а для повітових в'язниць – стараннями тюремних лікарів. Медикаменти купуються на місцевих ринках, невеликими партіями і не з перших рук. А в зв'язку з почастишанням фальсифікації препаратів – немає гарантії, що аптека отримує хоч і за високою ціною якісні препарати. Тому тюремні лікарі виступають з проханням налагодити поставку із закордону якісних і дешевих медичних препаратів²².

Підбиваючи підсумки, можна констатувати, що реформування пенітенціарної системи в Київській губернії наприкінці XIX – початку XX ст. відбувалося однобоко. Як правило, головна увага зверталася на реформування тюремного апарата, а всі гасла про гуманне ставлення до ув'язнених, про права і свободи людини залишалися лише на папері. Умови утримання ув'язнених істотно не поліпшувалися, особливо гострим залишалися питання санітарно-медичного стану в'язниць. Пенітенціарна система фінансувалася за залишковим принципом, а це призводило до незадовільних умов утримання арештантів у місцях позбавлення волі та неефективному управлінню. У період революцій в організацію тюремної системи та її правову регламентацію особливих змін внесено не було. Вона продовжувала існувати на принципах попереднього царського режиму.

¹ Устав о содержащихся под стражей // Свод законов Российской империи. Изд. 1890 г. – Т. XIV. – Ст. 14, 15.

² *Кораблин К.К.* Тюремная реформа в России во второй половине XIX – начале XX века (совершенствование системы административного управления и организации деятельности пенитенциарных учреждений в условиях социально-экономической и политической модернизации общества) / К.К. Кораблин // Юридический мир. – 2009. – № 8.

- ³ Шмелев М. Тюрмы и системы наказания в гигиеническом отношении / М. Шмелев // Знание. – 1872. – Март-апрель.
- ⁴ ЦДІАК України. Ф. № 442. Оп. № 533. Спр. 205. Арк. 10.
- ⁵ Самойленко О.О. Про окремі аспекти становлення пенітенціарної системи в Росії кінця XIX – початку XX століть / О.О. Самойленко // Міліція України. – 1999. – № 5–6. – Актуальні проблеми юриспруденції в дослідженнях вчених. – 1999. – № 1. – С. 7–10.
- ⁶ ЦДІАК України. Ф. 442. Оп. 701. Спр. 109. Арк. 4–4 (зв.).
- ⁷ Гернет М.Н. История царской тюрьмы : в 5 т. / М.Н. Гернет. – М., 1961. – Т. 3. – С. 33.
- ⁸ ЦДІАК України. Ф. № 442. Оп. № 533. Спр. № 205. Арк. 29 (зв.).
- ⁹ Гернет М.Н. История царской тюрьмы: в 5 т. / М.Н. Гернет. – М., 1961. – Т. 4. – С. 45; Климьшкін П.К. Амнистии / П.К. Климьшкін // Каторга и ссылка. – 1921. – С. 8–20; Сандомирський Г. На последней ступени / Г. Сандомирський // Там же. – С. 41–44; Детков М.Г. Содержание пенитенциарной политики Российского государства и ее реализация в системе исполнения уголовного наказания в виде лишения свободы в период 1917–1930 годов / М.Г. Детков. – М., 1992. – С. 8.
- ¹⁰ Тимошук О.В. Охоронний апарат Української держави (квітень-грудень 1918 р.) / О.В. Тимошук. – Х., 2000. – С. 371.
- ¹¹ ЦДАВО України. Ф. 3257. Оп. 1. Спр. 5. Арк. 6 (зв.).
- ¹² Там само. Арк. 4.
- ¹³ Там само. Арк. 4–4 (зв.).
- ¹⁴ ЦДАВО України. Ф 1067. Оп. 2. Спр. 1. Арк. 13.
- ¹⁵ Там само. Арк. 13–16.
- ¹⁶ Там само. Арк. 26 (зв.).
- ¹⁷ Там само. Арк. 33.
- ¹⁸ Там само. Арк. 34.
- ¹⁹ Там само. Арк. 53–54 (зв.).
- ²⁰ Там само. Арк. 53.
- ²¹ Там само. Арк. 54 (зв.).
- ²² Там само. Арк. 5 (зв.).

Резюме

Самойленко О.О. Проблеми пенітенціарної системи на прикладі Київської губернії (кінець XIX – початок XX ст.).

У роботі висвітлюється процес розвитку і правове регулювання пенітенціарної системи Російської імперії кінця XIX – першої чверті XX ст. на прикладі Київської губернії. Досліджується реальний санітарно-медичний стан в'язниць і незадовільні умови утримання ув'язнених, які були далекі від прогресивних нормативних приписів. Протиріччя в декларуванні та реальному житті стали гальмом у подальшому розвитку пенітенціарної системи Росії.

Ключові слова: Тюремна реформа, Головне тюремне управління, гуманність, в'язниці, гігієна і санітарія в тюрмі, недостатнє харчування, організація медичної допомоги.

Резюме

Самойленко Е.А. Проблемы пенитенциарной системы Российской империи на примере Киевской губернии (конец XIX – начало XX вв.).

В работе освещается процесс развития и правовое регулирование пенитенциарной системы Российской империи конца XIX – первой четверти XX в. на примере Киевской губернии. Исследуются реальное санитарно-медицинское состояние тюрем и неудовлетворительные условия содержания заключенных, далекие от прогрессивных нормативных предписаний. Противоречия в декларировании и реальной жизни стали тормозом в дальнейшем развитии пенитенциарной системы России.

Ключевые слова: Тюремная реформа, Главное тюремное управление, гуманность, тюрьмы, гигиена и санитария в тюрьме, недостаточное питание, организация медицинской помощи.

Summary

Samoilenko O. Problems of the penitentiary system on the example of Kyiv province in the late XIX – early XX century.

The work highlights the process of development and legal regulation of the penitentiary system of the Russian Empire at the end of the 19th - the first quarter of the 20th century on the example of the Kiev province. The real sanitary-medical condition of prisons and unsatisfactory conditions of detention of prisoners, which were far from progressive normative prescriptions, are investigated. Contradiction in declaring and in the real life has become a drag in the further development of the penitentiary system of Russia.

Key words: prison reform, main prison administration, humanity, prisons, hygiene and sanitation in prison, inadequate feeding, organization of medical care.

О.В. ТОКАРЧУК

Ольга Володимирівна Токарчук, кандидат юридичних наук, доцент, доцент Національного педагогічного університету імені М.П. Драгоманова

ПЕРЕЯСЛАВСЬКИЙ ДОГОВІР 1654 Р. В ОЦІНЦІ ВЧЕНИХ ДІАСПОРИ У 20–40-ВІ РР. ХХ СТ.

У сучасний період значно посилилась увага науковців до творчого доробку українців у еміграції, це стало одним із аспектів інтересу до діяльності вчених-правників діаспори. Слід доповнити процес ґрунтовного переосмислення концепцій і тлумачень вказаної проблеми як загалом, так і окремих її елементів зокрема. Плідна наукова діяльність українців у Празі, таких як С. Дністрянський, О. Ейхельман, Р. Лашенко, С. Шелухін, А. Яковлів та ін. потребує застосування нових підходів, згідно з якими діяльність вчених діаспори повинна розглядатися як закономірний наслідок тих державно-правових реалій, у яких вони перебували.

Провідною ідеєю державницького руху в еміграції стала ідея створення власних держав, оскільки саме з їх утворенням пов'язувались надії на подолання як соціально-економічного, так і національного гноблення.

Методологічною основою даної статті стали праці Б. Андрусишина, І. Бойка, А. Брехуненка, В. Гончаренка, М. Грушевського, В. Єрмоласва, А. Іванової, В. Литвина, В. Потульницького, С. Сворака, І. Скуратович, В. Смоля, Р. Стефанчука, І. Усенка та інших, які сприяють осмисленню державних, політичних, правових процесів і мають важливе значення для подальшого їх аналізу.

Метою статті є визначення внеску представників української еміграції міжвоєнного періоду у розвиток історико-правової науки, дослідження державно-правового значення договору 1654 р., тлумачення його змісту правниками і політиками в еміграції.

В основу договірних відносин між Україною і Московією лягли Переяславські статті, затверджені в Москві, так звані «мартовські статті»¹. Заглиблюючись детально в їх зміст, український правник Р. Лашенко заперечував будь-яку залежність гетьмана від московського царя. Україна та Росія були абсолютно незалежними й рівноправними сторонами; гетьман поставав як незалежний від Москви очільник самостійної держави. У поданні, направленому московському царю, Б. Хмельницький наполягав, щоб українські привілеї «права і вольності» були затверджені у хартіях з печатками. Вчений підкреслював, що навряд чи васал, залежний від свого сюзерена, ризикнув би звернутися з такою вимогою.

Р. Лашенко зазначав, що Україна не була завойована Московією. Відносини України й Росії, згідно з умовами договору, спиралися на вільну угоду; така підстава заперечує інкорпорацію, природа якої полягає в примусі, насильстві сильнішого над слабшим. Україна на підставі Переяславського договору залишала за собою власний державний устрій, свої закони («права і вольності»), що не надавалися Україні Московією, а були своїми, остання лише зобов'язувалася ні в чому їх не порушувати².

Україна мала свою територію, законодавство, незалежний від Москви державний устрій, окреме від московського уряду, надзвичайно важливе, з погляду Р. Лашенка, право відносин з іноземними державами (міжнародні функції), що дає підстави вважати: Україна не була приєднана до Москви як автономна провінція³.

У контексті висловленого В. Липинським трактування Переяславського договору переконливою є та частина, яка чітко вказувала на повну державну незалежність України. Мислитель підкреслював, що після укладення Переяславського договору «були українською дипломатією висловлені ті провідні ідеї української закордонної політики, що пізніше лягли в основу балтійсько-чорноморської коаліції 1656 р.»⁴.

За словами В. Липинського, після Переяславського договору запорізьке військо стало державотворчою верствою – «аристократичним станом, цілою нацією українською з посеред себе виділеним, на яким організація цієї нації, її держава і сила спірається»⁵.

На думку О. Ейхельмана, в 1654 р. Україна вступила в міжнародно-правовий союз з московським царем для оборони від зовнішніх ворогів як суверенна держава, зберігаючи при цьому власну державну самостійність⁶.

Зовнішні відносини з іншими державами українська сторона зобов'язувалася, як союзник московського царя, узгоджувати з останнім. О. Ейхельман називає взаємовідносини України з Росією того часу «договором союзу і гарантії», відкидаючи інші версії юридичного визначення Переяславського договору, такі як особиста і реальна унії, міжнародно-правовий протекторат та ін. Він доводить, що відносини України з московським царем були персональним зв'язком, і з падінням царської династії 1917 р. цей персональний зв'язок сам собою перервався⁷.

З боку України питання про право іноземних відносин було поставлено так, що обмеження його торкалися лише відносин із ворожими обом державам країнами та були обопільні, як при союзних договорах, писав А. Яковлів. Одностороннє обмеження відносин з іноземними державами суперечило дійсному наміру

Б. Хмельницького. Аналізуючи текст указу царя, правник звертається до ст. 14 договору та ст. 5 в редакції 27 березня, де цар обмежив контролем Москви пасивне право України приймати та відпускати послів, а також обмежив активне право щодо Польщі й Туреччини. Але й зазначений обмежуючий царський указ усе-таки визнав право України, як окремої держави, на відносини з іноземними державами, хоча й під певним контролем Москви. Таким чином, А. Яковлів дійшов висновку, що взаємовідносини між Україною й Москвою набули характерних ознак протегованої держави до її протектора⁸.

В. Липинський вказував, що Переяславський договір став мілітарним союзом, спрямованим проти Польщі та Кримського ханства, забезпечений формою протекторату. Політична мета сторін договору була цілком різною, тому одразу для сторін не визначеною. Різниця політичних цілей проявлялася формально у перемовинах, у всіх актах і на практиці⁹.

Р. Лащенко знаходить певну логіку в «ідеї протекторату» В. Липинського, проте зосереджує увагу на відсутності зв'язку між «ідеєю протекторату» та ідеєю про рівність двох сторін у договорі. «Гетьман, – писав В. Липинський, – вважаючи себе головою держави, хоче присягати на додержання союзу цареві-протекторові тільки сам один, без старшин і без війська... Гетьман хоче, щоб йому як цареві рівному – послі московські на додержання союзу «за Государя» присягу учинили... Гетьман хоче платити цареві дань безпосередньо сам, сам її через своїх урядовців збираючи та круглою сумою один раз на рік»¹⁰. Ключову ідею договору визначив А. Яковлів: встановлення таких міждержавних відносин України й Москви, при яких Україні забезпечується державна самостійність як зовнішня, так і внутрішня на умовах певного контролю міжнародних відносин з боку московського царя та виплати цареві, як протекторові, данини за військову оборону проти зовнішніх ворогів¹¹. Однак Р. Лащенко наголошував, що ідея протекторату як васальної залежності є запереченням ідеї рівності, оскільки беручи зобов'язання щодо захисту й оборони, держава, що захищає, природно вимагає для себе право контролю, зокрема над міжнародними відносинами сторони, яку захищають. Протекторат неминує передбачає підлеглість, тому «держава охороняюча становиться разом з тим і пануючою, а яку охороняють – залежною». Ідея протекторату тісно пов'язується з ідеєю обмеження суверенної влади тієї держави, котра опиняється під протекцією іншої¹².

С. Дністрянський вважав, що український народ об'єднав під проводом Б. Хмельницького всі українські елементи в єдину державну організацію і проводив після Переяславського договору визвольну боротьбу в умовах гетьманщини. Разом із тим козацька держава постала як результат протидії економічному визиску і експлуатації, що не дозволило вченому зарахувати український народ княжого або козацької доби до свідомого суспільного зв'язку^{13,14}. «Тоді, однак, коли це діялося не було ще цього психічного чинника, який по модерним поняттям вяже народ або націю в особній спільний зв'язок – був український народ, як факт, але не як свідомий суспільний зв'язок у противності до держави. Народ (або нація) став свідомим суспільним зв'язком щойно, процесом історії останніх століть як протест проти територіальної самовлади держави»^{15,16}.

Визнання гетьманом морального авторитету царя полягало в координації зовнішньої політики гетьмана з інтересами свого союзника царя. На підставі одного з пунктів Переяславського договору гетьман не мав права без згоди царя вступати у відносини з турецьким султаном і польським королем, а «послів, що приходили з недобрим ділом для государя, мусів затримувати і писати про них цареві»¹⁷. Р. Лащенко не вбачав тут обмеження суверенітету, оскільки загалом право дипломатичних відносин гетьмана з турецьким султаном і з Польщею залишалось непохитним.

Уклавши договір з московським царем, Б. Хмельницький не розірвав договірних відносин з Кримом і Туреччиною, вступав у відносини з іншими державами, стверджував А. Яковлів. Так, у 1655 р. він провів переговори про союз зі Швецією проти Польщі з послом шведської королеви Данилом Калугером¹⁸.

Гетьман, як носій верховної влади незалежної держави, до самої смерті вільно користувався правом відносин з іноземними державами. Проаналізувавши дипломатичні документи, А. Яковлів пише, що Б. Хмельницький перебував у дипломатичних відносинах із курфюрстом Бранденбурзьким, Фрідріхом-Вільгельмом, із Швецією, Угорщиною, Туреччиною, Молдавією, Волощиною, Кримом, Польщею, причому перемовини вів самостійно, не повідомляючи царя¹⁹.

Сусідні країни оцінювали Україну періоду Б. Хмельницького як самостійну державу. Гетьман провадив «розгалужену міжнародну діяльність, мав дипломатичні зносини з різними державами, листувався з ними, укладав договори, обмінювався посольствами. Монархи та князі зверталися до гетьмана, називаючи його «приятелем», «другом», «братом» – так було прийнято в стосунках між главами держав». Таким чином, іноземні монархи, незважаючи на договір 1654 р., трактували Україну як окрему від Москви державу, а гетьмана – як самостійного правителя. Значення цього договору вони оцінювали тільки як протекцію в тодішньому розумінні, часто номінальну, і договір не стояв на перешкоді їх дипломатичних відносин з Україною на високому державному рівні²⁰.

А. Яковлів констатував, що в політичних актах ХVII ст. юридичні стосунки між державами уявлялись як стосунки між особами монархів чи іншими носіями державної влади, а не як стосунки між державами. З договору 1654 р. юридичні стосунки пов'язують не запорізьке військо та Москву, як окремі держави, а гетьмана Б. Хмельницького, що персоніфікує Україну та царя Олексія Михайловича, що персоніфікує Московську державу²¹.

Звинуваючи московський уряд у державно-правовому підкоренні України, яка в другій половині ХVIII ст. була перетворена з рівного союзника, самостійної політичної одиниці на ряд окремих російських губерній, О. Ейхельман висловлював думку, що цей односторонній акт за всіма канонами державно-правової

термінології став державним переворотом, тобто протиправним актом. Незважаючи на русифікацію, переслідування української культури і національної самобутності українського народу, останній свято зберігав свої національні традиції та свою національну ідеологію, не менше ніж поляки, грузини, вірмени, фіни²².

Щодо порядку статей та їх логічного зв'язку, то варто вказати, що, на погляд правника А. Яковліва, статті розміщено не в логічній послідовності й без зв'язку; статті загального характеру вміщено між статтями, що торкаються окремих спеціальних предметів, а статті, які торкаються цілої держави, вміщено між статтями, що трактують окремі стани населення, про їх окремі «права й вольности». Внаслідок цього основна ідея, якою керувалися гетьман і старшина та яку вони ставили основу проекту договору з Москвою, замасковувалася питаннями, менш важливими, котрі було підкреслено й висунуто на перший план²³.

Ідея *зовнішньої незалежності*, висловлена в наступних статтях договору: «ст. 6 – право вільного вибору гетьмана як голови держави й уряду; ст. 14 – право закордонних відносин України з іноземними державами з обов'язком повідомляти царя-протектора про справи, які будуть йому ворожі; в ст.ст. 15, 16 – про виплату цареві данини (трибуту), так як прийнято на інших територіях, «як збирав турецький султан із Угорської, Мунтянської та Волоської земель», певною одноразовою сумою – «ціною відомою», або ж шляхом збирання «доходів» через міських урядників; ст.ст. 13, 17 – непорушність прав і привілеїв всього населення України без різниці приналежності щодо певного стану та про підтвердження цього царськими грамотами; ці статті, – підкреслював А. Яковлів – неточно сформульовані, але зміст їх такий, як зазначено. Сюди ж можна додати з певним застереженням і ст. 21 – грошову оплату командному складу козацького війська – полковникам, сотникам, осаулам і козакам»²⁴.

Дослідники вищезначеної проблеми в сучасний період схиляються до думки, що не існувало жодного Переяславського договору 1654 року. Відбулася у 1654 р. лише нечисленна Переяславська рада декларативного характеру. Це була однобічна присяга гетьмана, частини старшини, козацтва та міщан. Український уряд у Переяславі не отримав офіційного документального акта, який би визначив умови об'єднання двох держав. Українські вчені зауважують, що Б. Хмельницький зі старшиною проявив наполегливу ініціативу в укладанні міждержавного договору з Москвою, оскільки хотіли узаконити суверенітет Української гетьманської держави, примусити царський уряд взяти на себе зобов'язання, які б гарантували незалежність України і здійснення рівноправного воєнного союзу з Москвою²⁵.

В. Липинський писав, що «акт Переяславської Умови, як символ відділення України від Польщі, її державного унезалежнення, став можливим тільки тоді, коли нова державна організація осілого Війська Запорозького була вже Гетьманом на Україні наладжена... І в дозрілій уже до самостійности життя по переяславській Україні її внутрішні міжкласові відносини прибрали виразні, новою українською державною організацією окреслені форми»²⁶. Переяславський договір укладався в момент, коли Україна вже перейняла й закріпила у своїх державних формах уклад західного, хліборобського, осілого життя, витворені у попередні століття під впливом західної європейської цивілізації. Договір, захищаючи Україну перед натиском Польщі, на думку В. Липинського, одночасно відривав її від Заходу і ставила в залежність від Сходу. Потрібно було забезпечити тодішню європейську українську цивілізацію «Малої Русі» від знищення, яке загрожувало їй з боку тодішньої азійської московської цивілізації «Руси Великої», а разом з тим скріпити союзом з Москвою спротив України проти ополчення, яке вела за собою європейська Україна. Саме в цьому В. Липинський вбачав головне завдання творців української держави – «велике історичне завдання, без здійснення якого саме існування нації української було неможливе»²⁷.

З огляду на важливе державно-правове значення договору 1654 р., встановлення його точного, правдивого тексту, тлумачення змісту та юридична оцінка були предметом досліджень багатьох істориків, правників і політиків, як російських, так і українських. Історики права в еміграції, аналізуючи умови Переяславського договору, не дійшли одностайності щодо юридичних підвалів угоди, але в своїх оцінках залишалися на позиціях не підтримки підходів, згідно з якими українсько-російський договір 1654 р. оцінювався як «возз'єднання» або «інкорпорація» двох країн; у їхньому баченні українська держава продовжувала існувати як самостійна одиниця.

¹ *Лашенко Р.* Переяславський договір 1654 р. між Україною і царем Московським. Окремий відбиток з ювілейного збірника в честь професора С. Дністрянського / Р. Лашенко. – Прага: Наклад українського Вільного Університету в Празі. Державна друкарня в Празі, 1923. – 28 с.

² Там само.

³ Там само.

⁴ В'ячеслав Липинський та його доба: Книга третя / уряд.: Т. Осташко, Ю. Терещенко. – К.: Темпора, 2013. – 796 с.

⁵ *Липинський В.* Україна на переломі 1657–1659. замітки до історії українського державного будівництва в XVII-ім столітті / В. Липинський. – Нью-Йорк: Видавнича корпорація «Булава», Відень, 1920. – 304 с.

⁶ *Потульницький В.* Історія української політології (Концепції державності в українській зарубіжній історико-політичній науці) / В. Потульницький. – К.: Либідь, 1992. – 232 с.

⁷ Там само.

⁸ *Яковлів А.* Договір Гетьмана Богдана Хмельницького з Московським царем Олексієм Михайловичем 1654 р. / А. Яковлів: історико-правнича студія з нагоди 300-річчя договору (1654–1954). – Нью-Йорк: Видавнича спілка Ю. Тищенко & А. Білоус, 1954. – 126 с.

⁹ В'ячеслав Липинський та його доба: Книга третя / уряд.: Т. Осташко, Ю. Терещенко. – К.: Темпора, 2013. – 796 с.

- ¹⁰ Лащенко Р. Вказана праця.
- ¹¹ Яковлів А. Вказана праця.
- ¹² Лащенко Р. Вказана праця.
- ¹³ В'ячеслав Липинський та його доба: Книга третя / упоряд.: Т. Осташко, Ю. Терещенко. – К.: Темпора, 2013. – 796 с.
- ¹⁴ Дністрянський С. Загальна наука права і політики / Станіслав Дністрянський. – Прага: наклад українського університету в Празі, 1923. – Т. I. – 400 с.
- ¹⁵ В'ячеслав Липинський та його доба: Книга третя / упоряд.: Т. Осташко, Ю. Терещенко. – К.: Темпора, 2013. – 796 с.
- ¹⁶ Потульницький В. Вказана праця.
- ¹⁷ Лащенко Р. Вказана праця.
- ¹⁸ Яковлів А. Вказана праця.
- ¹⁹ Там само.
- ²⁰ Апанович О. Українсько-російський договір 1654 року. Міфи і реальність / О. Апанович. – К.: Варта, 1994. – 96 с. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://chtyvo.org.ua/authors/Apanovych/Ukrainsko_rosiiskyi_dohovir_1645_roku/
- ²¹ Яковлів А. Вказана праця.
- ²² В'ячеслав Липинський та його доба: Книга третя / упоряд.: Т. Осташко, Ю. Терещенко. – К.: Темпора, 2013. – 796 с.
- ²³ Яковлів А. Вказана праця.
- ²⁴ Там само.
- ²⁵ Дністрянський С. Вказана праця.
- ²⁶ В'ячеслав Липинський та його доба: Книга друга / упоряд.: Т. Осташко, Ю. Терещенко. – К.: Темпора, 2010. – 624 с.
- ²⁷ В'ячеслав Липинський та його доба: Книга друга / упорядники: Т. Осташко, Ю. Терещенко. – К.: Темпора, 2010. – 624 с.

Резюме

Токарчук О.В. Переяславський договір 1654 р. в оцінці вчених діаспори у 20–40 рр. ХХ ст.

У статті подано оцінку Переяславського договору 1654 р., тлумачення його змісту правниками і політиками в еміграції між двома світовими війнами. На основі праць українських мислителів з'ясовано історико-правові підстави української державності. Визначено, що Україна мала незалежний від Москви державний устрій, окреме право відносин з іноземними державами.

Ключові слова: Переяславський договір 1654 р., Б. Хмельницький, козацька держава, український народ, державний устрій, міжнародні відносини.

Резюме

Токарчук О.В. Переяславский договор 1654 г. в оценке ученых диаспоры в 20–40 гг. ХХ в.

В статье приведена оценка Переяславского договора 1654 г., толкование его содержания юристами и политиками в эмиграции между двумя мировыми войнами. На основе трудов украинских мыслителей выяснены историко-правовые основания украинской государственности. Определено, что Украина имела независимый от Москвы государственный строй, отдельное право международных отношений с иностранными государствами.

Ключевые слова: Переяславский договор 1654 г., Б. Хмельницкий, казацкое государство, украинский народ, государственное устройство, международные отношения.

Summary

Tokarchuk O. Pereyaslavsky contract of 1654 in assessment of scientists of diaspora in 20–40 of the XX century.

In article assessment of the Pereyaslavsky contract of 1654, interpretation of its contents by lawyers and politicians is given in emigration between two world wars. On the basis of works of the Ukrainian thinker's historical legal grounds of the Ukrainian statehood are found out. It is defined that Ukraine had the political system, independent of Moscow, the separate right of the international relations with foreign states.

Key words: Pereyaslavsky contract of 1654, B. Khmelnytsky, Cossack state, Ukrainian people, state system, international relations.

Ю.В. ЦВЕТКОВА

Юліанна Володимирівна Цветкова, кандидат юридичних наук, доцент, доцент Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ВІД АУГСБУРГУ ДО АУГСБУРГУ: ЗАГАЛЬНОІМПЕРСЬКІ НОРМАТИВНО-ПРАВОВІ АКТИ, ЩО РЕГУЛЮВАЛИ СВОБОДУ ПРОТЕСТАНТСЬКОГО ВІРОСПОВІДАННЯ В СЕРЕДИНІ XVI СТ.

Аугсбурзький мирний договір 1555 р. більшістю науковців вважається основоположним правовим актом, що зафіксував свободу вибору віросповідання на територіях суб'єктів Священної Римської імперії німецької нації¹ (далі – СРІНН). Однак насправді цей договір є фінальним правовим актом у сфері свободи віросповідання, що завершив тридцятиліття військової боротьби Шмалькальденської Ліги на німецьких землях та правотворчої діяльності її прихильників і опонентів на імперських райхстагах та в кабінетних переговорах. Попередні локальні та загальноімперські правові акти з цього питання були досить різноманітними й містили в собі численні правові експерименти щодо вирішення проблеми співіснування декількох християнських гілок на теренах імперії. Дослідження цих правових актів дає можливість побачити цей тернистий шлях з його як вдалим, так і невдалим кроками.

Правового становища протестантизму в цей період у своїх працях торкаються такі відомі науковці, як Ф. фон Бецольд, В. Дятлов, А. Епштейн, Ю. Івонін, С. Каріков, Г. Лівшиц, Ю. Некрасов, Н. Подольак, М. Смірін, Дж. Уайлі. Разом із тим більшість цих досліджень є історичними та описують суспільно-політичні, військові чи доктринально-філософські аспекти. Правова база загальноімперського законодавчого рівня, її змістовна і законодавчо-технічна характеристика, ефективність та успішність застосування цих правових норм на місцях здебільшого залишаються поза їхньою увагою або ж їх описують фрагментарно.

Метою цього дослідження є встановлення особливостей нормативно-правового регулювання свободи протестантського віросповідання на землях СРІНН з 1530 по 1555 р. на рівні загальноімперських правових актів.

Процес утвердження протестантизму на теренах СРІНН можна чітко поділити на два етапи. Першим етапом був період з 1521 р. по 1529 р., коли ідеї Лютера обережно висловлювалися на імперських райхстагах та поступово поширювалися серед різних прошарків населення, прокатолицька партія на чолі з імператором та папою широким сподівалася використати їх і, на їхню думку, питання стояло тільки в тому, як зробити це максимально безболісно для авторитету імператора. Зважені формулювання імперських едиктів цього періоду, їх мовчазне невиконання на охоплених реформаційними ідеями територіях та готовність лютеранської партії князів на компроміси, дискусії та переговори дають усі підстави називати цей період мирним або дипломатичним.

Другим етапом став період з Аугсбурзького райхстагу 1530 р. до підписання Аугсбурзького мирного договору 1555 року. Цей період характеризується зовсім іншими соціально-правовими обставинами. Одностронній Шпайерський протест лютеранських князів і імперських міст та приєднання до реформаційних ідей нових територій засвідчив, що лютеранство використати неможливо без радикальних репресивних заходів із боку імператора та прихильників католицизму. У свою чергу, лютеранські князі усвідомили не тільки усі переваги нової релігійної течії, а й власні потужності щодо обстоювання своїх позицій. Утворення Шмалькальденської Ліги остаточно розподілило СРІНН на два табори та призвело до воєнних дій. Правові імперські акти цього періоду прямо пов'язані з військовими процесами та відбивають у нормах успіхи й невдачі обох партій на полі бою та у військових переговорах. Порівняно з попереднім періодом цей етап характеризується радикальністю поглядів, військовими подіями та поступовим слабшанням становища католицької партії.

Першим величезним кроком у спробах досягнення згоди та суспільного спокою СРІНН на цьому етапі став Аугсбурзький райхстаг 1530 р., на якому імператор продемонстрував непослідовність у своїх кроках та відсутність власної чіткої позиції з лютеранського питання. Спочатку він пішов на значні поступки лютеранським князям, погодившись вислухати основні принципи лютеранського вчення. Правове значення цієї дії є значно більшим, ніж здається з першого погляду. Таким чином лютеранські князі намагалися додати легітимності своєму статусу та положенням свого вчення. Легітимізація тут відбувалася через принцип «мовчазної згоди» та ідеї, що «дозволено все, що не заборонено законом» запозичені ще з римського права та покладені в основу правових принципів СРІНН як спадкоємиці Римської імперії, а, відповідно і її правової спадщини. Вислухавши на офіційному загальноімперському заході, яким був Аугсбурзький рейхстаг, сформульовані Меланхтоном та Лютером ідеї нової конфесії та не виступивши проти них в офіційному запереченні, Карл V таким чином дозволяв її існування у своїй державі. Імператор розумів значення цього процесу, саме

тому намагався його уникнути, пропонуючи прочитати текст не на офіційному засіданні, а в каплиці, проти чого виступали лютеранські князі². Слід зазначити, що при погодженні Карл заявив, що йде на цей крок не через те, що він визнав правоту Лютера, а через те, що хоче миру та злагоди у державі: «...Покладемо кінець незгоді, – сказав він. – Відкинемо антипатію, будемо битися під керівництвом одного лідера, якого ми усі визнаємо – Ісуса Христа, і нехай це приведе нас до ... спільного союзу...»³. Ідея Меланхтона про верховенство в церкві князя – світського правителя, а не папи, що була висловлена в тексті «Аугсбурзького сповідання»⁴, судячи з усього, мала, на думку лютеран, сподобатися імператору відкриттям перспектив встати на чолі церкви, які вже побачили для себе інші європейські правителі, такі як шведський король та пруссько-тевтонський герцог. Однак ці держави були унітарними і в них верховний правитель не мав достойних конкурентів у адміністративній системі. СРІНН же була федерацією, і Карл V скоріше оцінив ці ідеї як перспективи для подальшого розпорошення своєї центральної влади та ще глибшої федералізації імперії через набуття місцевими князями додатково до вже наявних у них повноважень ще й релігійного впливу.

Незважаючи на це вимушене пом'якшення позиції імператора в Аугсбурзі порівняно з попередніми райхстагами все ж таки відбулося, що можна пояснити трьома чинниками. По-перше, напруженням стосунків з папою Климентом VII, війна з яким тільки-но закінчилася перемогою Карла та підписанням оборонного союзу, але самі військові дії, розграбування об'єднаними імперсько-французькими військами Риму та полон папи⁵ продемонстрували обом сторонам ненадійність союзу та накопичили взаємні претензії та незадоволення. По-друге, протестантизм швидко поширювався не тільки німецькими землями, а й за кордоном: себе та свої землі протестантськими оголосив Альбрехт Гогенцолерн у 1525 р., в 1527 р. його визнано своєю державною релігією королівство Швеція⁶. Отже, ставитися до нього як до внутрішньогерманської ереси вже було складно. По-третє, на порядку денному райхстагу була турецька загроза, що не вщухала на сході, для опору якій були потрібні об'єднані війська максимальної кількості німецьких князівств, кошти німецьких міст та відсутність громадянської війни всередині держави.

Після урочистої декламації «Аугсбурзького віросповідання» подальша діяльність райхстагу звелася до обговорення присутніми кардиналами та протестантськими діячами догматичних питань основ лютеранського віросповідання, що пролунали у проголошеному тексті. Але реальних наслідків це обговорення принести не могло, оскільки обидві сторони все одно апелювали до майбутнього Вселенського собору як до єдиного компетентного у вирішенні догматичних питань органу церкви.

Однак при спробі зробити єдиний проект рішення райхстагу католицька більшість наполягала на своїй версії, а лютерани заявили черговий протест та залишили засідання⁷.

По завершенні райхстагу 19 листопада Карл V видав особистий едикт – рецес, в якому заборонив протестантським князям друкувати та поширювати лютеранську літературу на їхніх землях, наказав підтримувати мир та єдність імперії (п. 2 рецесу), не чинити опір їхнім підданам-католикам у здійсненні релігійних дій (п. 3 рецесу), повернути церкві майно (п. 6 рецесу), анулювати усі цивільно-правові угоди, що були з ним вчинені (п. 53), не призначати самостійно священників. Імператор зобов'язувався протягом шести місяців домовитися з папою про організацію собору (п. 5 рецесу). Усі зазначені вказівки мали бути чинними до рішення Вселенського собору (п. 55 рецесу)⁸. Не зважаючи на дуже різкий та категоричний тон рецесу, на практиці він мав рекомендаційний характер та продовжував традиції правових актів попереднього, мирного періоду, адже ані організувати зустріч князів з папою, ані реально не допустити поширення лютеранства на землях протестантських князів Карл V не міг. Навіть сама ідея випуску такого рецесу як одноосібного рішення імператора, не підкріпленого проведенням собору, суперечила доктрині існування СРІНН як децентралізованої федерації. Протестантські князі навіть не зробили формальних дій, що зображували б його виконання, як це було з Вормським едиктом 1521 року. Навпаки, вони пожвавили організацію свого союзу, Шмалькальденської Ліги та оголосили імператору війну.

Результати з'явилися практично одразу: з одного боку, Карл не стільки був релігійним зелотом, скільки прагнув зберегти імперію, з іншого боку, М. Лютер категорично наполягав на мирному шляху вирішення ситуації⁹. Вже в 1532 р. приймається Акт Нюрнберзького релігійного миру, за яким князям, які підписали «Аугсбурзьке віросповідання», було дозволено вільне сповідання віри на їхніх територіях до остаточного рішення Вселенського собору. Виходячи з формулювання цієї правової норми, Нюрнберзький акт не поширювався на кальвіністів (адже вони на Аугсбурзькому райхстазі підписали власний текст сповідання – Тетраполітану) та на інші території, що прийняли чи хотіли прийняти лютеранство після 1530 року. Однак навіть тут лютеранські князі вимагали більшого, а імператор йшов на поступки. Таким чином, під покровительством Шмалькальденської Ліги прийняла нову конфесію ціла низка інших земель, серед яких були Анхальт, Померанія, Франкфурт-на-Майні, Ганновер, Вюртемберг, Брауншвейг, Гамбург¹⁰.

Одним із яскравих свідчень м'якої політики Карла щодо протестантської партії на цьому етапі є рішення Шпайерського райхстагу 1542 та 1544 р., за якими через зовнішньополітичне напруження Карл остаточно здав свої позиції – він погодився на усі вимоги протестантських князів в обмін на їхню військову допомогу в зовнішніх війнах¹¹. Також була досягнута згода щодо того, щоб протестантські князі обиралися до складу судової палати, а усі попередні рішення палати з їх обвинувачення було зупинено. Ю.С. Івонін практично прямо заявляє, що на Шпайерському райхстазі протестантські князі поставили питання своєї свободи віросповідання та права на свої володіння як *conditio sine qua non* фінансової та військової допомоги імператору¹². По суті, право на свободу лютеранського віросповідання було куплено ними так само, як перед цим протягом декількох століть купляли собі хартії на самоврядування деякі імперські міста чи міста з відповідними при-

вілеями. Однак цей величезний нормативно-правовий успіх закріплення свободи віросповідання на німецьких землях був короточасним.

Прийняття наступного нормативно-правового акта, поширеного в СРІНН та присвяченого свободі лютеранського віросповідання, передувала громадянська війна Карла V із протестантською Шмалькальденською Лігою. Велика перемога Карла при Мюльберге у 1547 р. дала йому можливість проголосити Аугсбурзький інтерим 1548 року. Виходячи із військово-політичної ситуації, цей акт був просякнутий католицькими ідеями, але, і це найважливіше, само існування протестантизму, його сповідання та поширення вже не заперечувалося. Інтерим визнавав законною секуляризацію церковних земель, шлюби священників та утравістичне причастя (ст. 26 інтериму). Проте вимагалось підпорядкування лютеран папі, визнання ними католицької доктрини та таїн (ст. 9–11 інтериму)¹³. Зміст інтериму викликав незадоволення обох сторін: протестанти вважали його таким, що порушував попередні акти райхстагів, а тому свавільним, а католики – зрадницьким. У багатьох землях, наприклад в Саксонії, він взагалі не вступив в дію. Там же, де його запровадили, він зустрів значний опір насамперед з боку лютеранського духовенства, які були піддані репресіям, масово потрапляли до в'язниць або були змушені емігрувати¹⁴.

Прийнятий ще через рік Лейпцизький інтерим 1548 р., хоч і був підписаний деякими протестантськими князями, був ще більш прокатолицький, адже примушував лютеран визнавати практику католицької церкви та заперечував антихристиянський характер папства¹⁵, на чому свого часу категорично наполягав Лютер.

Прийняття інтеримів та розгром Шмалькальденської Ліги не тільки не зупинили протестантизм, а й закріпили його на окремих територіях та заглибили відцентрові тенденції СРІНН. Наслідком цих процесів стало утворення Кенігсберзького оборонного союзу 1550 р. та ціла низка протестантських князівських повстань¹⁶, які завершилися підписанням у 1552 р. договору в Пассау, за умовами якого інтерими скасовувалися, проголошувалася амністія усім заколотникам і учасникам Шмалькальденської Ліги та заявлялася свобода лютеранського віросповідання на окремих територіях¹⁷.

Текст договору в Пассау через три роки був трансформований у загальновідомий Аугсбурзький мирний договір 1555 року.

Отже, підсумовуючи усе вищезазначене, можна зробити наступні висновки:

Незважаючи на періодичні ускладнення відносин між імператором Карлом V Габсбургом та протестантськими князями загальний вектор правового імперського регулювання свободи протестантського віросповідання був спрямований на лібералізацію останнього. Правові акти, що приймаються на райхстагах в часи, несприятливі для імператора, постійно фіксують здобутки протестантських князів, їхні свободи та недоторканність їхніх володінь. Але навіть ті акти, які приймаються на хвилях перемог та вигідного становища імператора є сприятливими для протестантів порівняно із попереднім етапом поширення протестантизму: так вже не заперечується само існування нової конфесії, території її поширення не оголошуються єретичними. Навіть найжорсткіші акти щодо протестантів у більшості залишають недовготривалими у своїй дії та не поширюються на значній кількості протестантських земель. Паралельно з процесом закріплення концепції права на свободу віросповідання в німецьких землях поширюються відцентрові тенденції та збільшуються вплив і правомочності князів у їх володіннях.

¹ Рубель В.А. Аугсбурзький релігійний мир 1555 / В.А. Рубель // Українська дипломатична енциклопедія: у 2 т. / редкол.: Л.В. Губерський (голова) та ін. – К: Знання України, 2004. – Т. 1. – 760 с.

² Арх. Августин (Никитин) Шмалькальден в истории Реформации // Христианские чтения. – 2013. – № 3. – С. 58–85. – С. 65.

³ Whyllie James A. The History of Protestantism. – V. 1. – Book 9. – London, Paris, NY: Cassell & Company Ltd., 1899. – 624 p. – P. 578.

⁴ Лившиц Г.М. Реформационное движение в Чехии и Германии / Г.М. Лившиц. – Минск: Вышэйшая школа, 1978. – 271 с. – С. 198.

⁵ Бецольд, фон Ф. История Реформации в Германии / Бецольд, фон Ф. – СПб.: Изд. Пантелеева, 1900. – Т. 2. – 390 с. – С. 32–33, 45.

⁶ Бобилева С.Й. История Німеччини з давніх часів до 1945 р. / С.Й. Бобилева. – Дніпропетровськ: РВВ ДНУ, 2003. – 525 с. – С. 110.

⁷ Whyllie James A. The History of Protestantism v.1 book 9. – P. 617.

⁸ Рецес 1530 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://germanhistorydocs.ghi-dc.org/docpage.cfm?docpage_id=5362

⁹ Luther M. Letters of Spiritual Counsel. Translated and edited by T.G. Tappert – Regent College Publishing, 2003. – 367 p. – P. 161.

¹⁰ Арх. Августин (Никитин) Шмалькальден в истории Реформации // Христианские чтения. – 2013. – № 3. – С. 58–85. – С. 62.

¹¹ Евдокимова А.А. Имперские амбиции Карла V Габсбурга (1519–1556) / А.А. Евдокимова // Вестник Башкирского университета. Древний мир и Средние века. – 2005. – № 1. – С. 24–27. – С. 26.

¹² Ивонин Ю.Е. Шпейерский рейхстаг 1544 г.: путь к Аугсбургскому религиозному миру? / Ю.Е. Ивонин // Электронный научно-образовательный журнал История. – 2014. – № 6 (29). – С. 17.

¹³ Аугсбурзький інтерим 1548 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://www.ccel.org/s/schaff/encyc/encyc06/hlm/iii.ix.htm>

¹⁴ McCain, Paul Timothy; Robert Cleveland Baker; Gene Edward Veith; Edward Andrew Engelbrecht. Concordia: The Lutheran Confessions. A Reader's Edition of the Book of Concord. – Concordia Publishing House, 2005. – P. 476.

¹⁵ Лейпцизький інтерим 1548 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://www.ccel.org/s/schaff/encyc/encyc06/hm/iii.ix.htm>

¹⁶ Кариков С.А. «Княжеская война» и Пассауский договор 1552 г.: от вооруженного противостояния к политическому компромиссу / С. А. Кариков // Laurea II. Чтения памяти профессора В.И. Кадеева. – Х.: ООО «НТМТ», 2017. – С. 132–135.

¹⁷ Frost R. The Treaty of Passau (1552). Introduction and edition // Journal of Ecclesiastical History. – 2002. – Vol. 53. – No. 1. – P. 172.

Резюме

Цветкова Ю.В. Від Аугсбургу до Аугсбургу: загальноімперські нормативно-правові акти, що регулювали свободу протестантського віросповідання в середині XVI ст.

У статті аналізуються правові акти райхстагів Священної Римської імперії та особисті правові акти імператора Карла V Габсбурга, що врегульовували особливості протестантського віросповідання з 1530 по 1555 роки. Пропонується порівняльно-правовий аналіз політичних, суспільних та військових обставин їхнього прийняття та впливу цих обставин на їхній зміст і виконання. Робиться висновок, що в цей період загальний вектор правового імперського регулювання свободи протестантського віросповідання був спрямований на лібералізацію останнього. Правові акти, що приймаються в часи, несприятливі для імператора, постійно фіксують здобутки, свободи та недоторканність володінь протестантських князів. Акти, які приймаються на хвилях перемог та вигідного становища імператора, є сприятливими для протестантів порівняно із попереднім етапом поширення протестантизму, адже не заперечується само існування нової конфесії, території її поширення не оголошуються єретичними.

Ключові слова: свобода протестантського віросповідання, Аугсбурзький райхстаг 1530 р., рецес Карла V 1530 р., Нюрнберзький релігійний мир 1532 р., Шпайерські райхстаги 1542 та 1544 р., Аугсбурзький інтерим 1548 р., Пассауський договір 1552 р.

Резюме

Цветкова Ю.В. От Аугсбурга до Аугсбурга: общеимперские нормативно-правовые акты, регулирующие свободу протестантского вероисповедания в середине XVI ст.

В статье анализируются правовые акты рейхстагов Священной Римской империи и личные правовые акты императора Карла V Габсбурга, которые регулировали особенности протестантского вероисповедания с 1530 по 1555 годы. Предлагается сравнительно-правовой анализ политических, общественных и военных обстоятельств их принятия и влияния этих обстоятельств на их содержание и исполнение. Делаются выводы, что в этот период общий вектор правового имперского регулирования свободы протестантского вероисповедания был направлен на либерализацию последнего. Правовые акты, которые принимались в периоды, неблагоприятные для императора, постоянно фиксируют достижения, свободы и неприкосновенность владений протестантских князей. Акты, принимавшиеся на волне побед и выгодного положения императора, все равно более благоприятные для протестантов сравнительно с предыдущим этапом распространения протестантизма, так как не отрицается само существование новой конфессии, а территории ее распространения не объявляются еретическими.

Ключевые слова: свобода протестантского вероисповедания, Аугсбургский райхстаг 1530 г., рецесс Карла V 1530 г., Нюрнбергский религиозный мир 1532 г., Шпайерские райхстаги 1542 и 1544 г., Аугсбургский интерим 1548 г., Пассауский договор 1552 г.

Summary

Tsvietkova Y. From Augsburg to Augsburg: imperial legal acts regulated freedom of the Protestant' faith in the middle of the XVI cent.

The article analyses the legal acts of the Holy Roman Empire reichstags and personal of Charles the V Habsburg devoted to the freedom of Protestant faith from 1530 till 1555. Comparative-legal analysis of the political, social and military conflicts circumstances and its influence on the substance and application of these acts are provided.

Conclusion is that liberalization of the freedom of faith was the main vector of legal imperial regulation.

The legal acts promulgated in the periods disadvantageous to the Emperor constantly fix the Protestant princes' benefits, liberties and integrities of their possessions. On the other hand the legal acts promulgated after the Emperor's victories and in the advantageous situations are also beneficial for Protestants compared to the previous period. Existence of their religion is not denied and the territory of its spreading is not declared heretical.

Key words: freedom of Protestant faith, Diet of Augsburg 1530, Charles V Habsburg recess 1530, Religious Peace Treaty of Nuremberg 1532, Diets of Speyer 1542 and 1544, interim of Augsburg 1548, Treaty of Passau 1552.

М.С. ВАСІН

Максим Сергійович Васін, аспірант Львівського університету бізнесу та права, виконавчий директор Інституту релігійної свободи

ПРАВОВІ АСПЕКТИ ВЗАЄМОДІЇ ДЕРЖАВИ І РЕЛІГІЙНИХ ОРГАНІЗАЦІЙ У СФЕРІ РОЗВИТКУ ПЕНІТЕНЦІАРНОГО КАПЕЛАНСТВА

Пенітенціарне капеланство (душпастирство) має багатолітню історію на теренах України, яка сягає набагато більш віддаленого часу, ніж проголошення незалежності нашої держави. Однак саме ця історична подія стала точкою відліку сучасного етапу розвитку взаємодії держави і релігійних організацій у цій сфері, формування законодавчої основи для діяльності пенітенціарних капеланів та сприйняття їх як важливих суб'єктів процесу надання психологічної допомоги ув'язненим і засудженим, їхнього виправлення та ресоціалізації, а також душпастирської опіки персоналу пенітенціарних установ.

Українські вчені у своїх дослідженнях приділяли чимало уваги питанням сутності та суспільної користі пенітенціарного капеланства й доцільності удосконалення правового регулювання цього інституту права. Серед останніх наукових розробок вартують уваги публікації С.І. Здіорука, Н.С. Калашник, М.В. Палія, К.Ю. Пантелея, Ю.Є. Решетнікова, П.О. Терлецького. Водночас наукового осмислення потребують нові законодавчі зміни у сфері правового регулювання діяльності пенітенціарних капеланів та взаємодії держави і релігійних організацій, які доцільно критично проаналізувати, порівнюючи з міжнародними стандартами в цій сфері, задля вироблення пропозицій щодо подальшого удосконалення комплексу законодавчих актів з проблематики душпастирської опіки та задоволення релігійних потреб ув'язнених і засуджених, а також персоналу пенітенціарних установ.

Метою цієї статті є аналіз останніх змін у законодавстві України в сфері діяльності пенітенціарних капеланів, взаємодії держави і релігійних організацій у справі забезпечення релігійних потреб та свободи віросповідання ув'язнених і засуджених, а також персоналу пенітенціарних установ. Висувається гіпотеза про те, що чинне законодавство України не повною мірою відображає міжнародні стандарти в сфері забезпечення релігійних потреб осіб, які утримуються або працюють у пенітенціарних установах, та потребує подальшого удосконалення з метою створення належної правової основи для розвитку пенітенціарного капеланства, передумовою якого є налагодження постійної взаємодії держави і релігійних організацій.

Капеланська діяльність релігійних організацій установах пенітенціарної системи передусім регламентується нормами ч. 4 ст. 21 Закону України «Про свободу совісті та релігійні організації», які передбачають можливість проведення богослужінь та релігійних обрядів у місцях попереднього ув'язнення і відбування покарання на прохання громадян, які перебувають у них, або за ініціативою релігійних організацій. При цьому адміністрація зазначених установ повинна сприяти цьому, брати участь у визначенні часу та інших умов проведення богослужінь, обрядів або церемоній¹. Однак подальший розвиток правового регулювання капеланської діяльності важливий з огляду на те, що цей Закон містить лише базові правові рамки взаємовідносин між державою і релігійними організаціями в сфері військового, пенітенціарного і медичного душпастирського служіння (капеланства), яке звершують священнослужителі релігійних організацій. Водночас цей комплекс суспільних правовідносин є значно складнішим і потребує більшої правової визначеності з метою уникнення як порушення конституційного права на свободу світогляду та віросповідання, так і зловживання ним.

Варто підкреслити, що свобода світогляду та віросповідання особи передбачає, що до неї не можуть бути застосовані жодні заходи примусу до участі в богослужіннях, релігійних обрядах, церемоніях чи навчанні релігії. Ці застереження закріплені як на рівні міжнародних документів, зокрема у ч. 2 ст. 18 Міжнародного пакту ООН про громадянські і політичні права, так і в більш розширеному викладі у законодавстві України.

Аналіз змін до Кримінально-виконавчого кодексу України (далі – Кодекс), внесених протягом останніх років, свідчить про те, що роль взаємодії органів державної влади з релігійними організаціями у справі виправлення та ресоціалізації засуджених дедалі більше зростає, передусім за допомогою душпастирської опіки та задоволення їхніх релігійних потреб. Зокрема, можна відзначити три головні законодавчі новації в цій сфері:

1) право релігійних організацій надавати допомогу органам та установам виконання покарань у виправленні засуджених і проведенні соціально-виховної роботи (ст. 25 Кодексу);

2) включення релігійних організацій до системи соціально-виховної роботи із засудженими (ст. 123 Кодексу);

3) можливість залучення релігійних організацій до проведення індивідуально-профілактичної роботи органів Національної поліції із засудженими, звільненими від відбування покарання з випробуванням (ст. 163 Кодексу)².

Закон України від 14 травня 2015 р. № 419-VIII вперше запровадив поняття «душпастирська опіка» та «священнослужитель (капелан)», а також розширив права осіб, взятих під варту³. Згідно з доповненнями до ст. 9 Закону України «Про попереднє ув'язнення» взяті під варту особи отримали «право на душпастирську опіку, що здійснюється священнослужителями (капеланами)». Також до ст. 12 Закону було внесено ще низку доповнень, які суттєво розширили права арештованих осіб у сфері свободи віросповідання, зокрема кількість побачень з капеланом не обмежується та повинна забезпечуватися їх конфіденційність⁴.

Ці зміни приводять законодавство України у відповідність до міжнародних стандартів, зокрема імплементують базові положення Європейських пенітенціарних правил, прийнятих на рівні Ради Європи. При цьому однією з найбільш прогресивних і необхідних новацій є законодавчий захист таємниці сповіді, яка відтепер є недоторканою і охороняється законом. При цьому Закон України «Про попереднє ув'язнення» забороняє оприлюднювати, фіксувати технічними засобами та відтворювати будь-яку інформацію, отриману зі сповіді, та використовувати її як доказ під час досудового розслідування, досудового слідства чи кримінального провадження (ч. 7 ст. 12)⁵.

Поряд із тим зміни до Закону України «Про попереднє ув'язнення» містять окремі положення, які регламентують сферу взаємодії релігійних організацій та установ пенітенціарної системи. Зокрема, положення ч. 6 ст. 12 Закону визначають, що до побачень з взятими під варту особами допускаються капелани, які уповноважені зареєстрованими релігійними організаціями – на підставі звернення релігійної організації до адміністрації.

Крім того, у Кримінально-виконавчому кодексі України з'явилася нова ст. 128-1, присвячена питанням організації душпастирської опіки засуджених, згідно з якою передбачається створення при центральному органі виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері виконання кримінальних покарань, постійно діючого дорадчого органу, до складу якого включаються представники заінтересованих релігійних центрів і управлінь. На цій підставі для координації заходів душпастирської опіки засуджених у вересні 2015 р. при Державній пенітенціарній службі України була створена Душпастирська рада з представників різних релігійних об'єднань, а після ліквідації ДПтСУ вже Мін'юст у липні 2017 р. створив Душпастирську раду з питань релігійної опіки у пенітенціарній системі України⁶.

Важливо, що законодавець також зазначив про необхідність забезпечення душпастирської опіки персоналу Державної кримінально-виконавчої служби України (далі – ДКВС). Відповідно до нового п. 8 ст. 23 Закону України «Про Державну кримінально-виконавчу службу України» керівний склад органів та установ ДКВС повинен надавати сприяння проведенню капеланами заходів душпастирської опіки з персоналом⁷.

При цьому доцільним є подальше правове врегулювання цієї взаємодії на рівні підзаконних актів, які повинні усунути простір для зловживань у сфері допуску капеланів до осіб, взятих під варту, та засуджених до обмеження волі. Таким документом могло би стати Положення про здійснення душпастирської опіки в органах та установах Державної кримінально-виконавчої служби України, яке мало б затвердити наказом Міністерство юстиції України як головний орган у системі центральних органів виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізує державну політику у сфері виконання кримінальних покарань та пробації. Подібним чином регламентована капеланська діяльність у Латвії, де постановою Кабінету Міністрів Латвійської Республіки № 134 від 15 лютого 2011 р. затверджено нові «Правила служби капеланів» з чітким визначенням форм і принципів взаємодії органів влади з релігійними організаціями⁸.

Актуальність подальшого законодавчого забезпечення капеланської діяльності обумовлюється тим, що на даний момент існують суттєві прогалини у правовому регулюванні доступу капеланів до ув'язнених і засуджених, принципів діяльності пенітенціарних капеланів та їхньої навчальної підготовки, практичних механізмів взаємодії між структурами ДКВС та релігійними організаціями різних конфесій. Зокрема, порядок задоволення релігійних потреб ув'язнених і засуджених, діяльність капеланів у слідчих ізоляторах (далі – СІЗО) регулюються «Правилами внутрішнього розпорядку слідчих ізоляторів Державної кримінально-виконавчої служби України», затверджених Мін'юстом у березні 2013 р., які передбачають залучення релігійних організацій до програм надання соціально-психологічної та педагогічної допомоги ув'язненим і засудженим (п. 1.3 розділу VIII Правил)⁹. Водночас цьому нормативно-правовому акту бракує системності та комплексності, адже часте використання відсилочних норм до різних законів значно ускладнює практичне застосування цих Правил персоналом слідчих ізоляторів, які змушені самостійно зіставляти норми різних законодавчих актів і на їхній підставі на власне розуміння визначати порядок забезпечення релігійних потреб ув'язнених і засуджених та діяльності пенітенціарних капеланів.

Також адміністрація СІЗО на підставі цього документа повинна сприяти реалізації релігійних потреб ув'язнених і засуджених (п. 5.1 розділу VIII Правил) та запрошенню осіб, які мають право проводити богослужіння і відправляти релігійні обряди, визначає місце, час та умови їх проведення (п. 5.3 розділу VIII Правил). Слід звернути увагу на те, що відповідно до ч. 4 ст. 21 Закону України «Про свободу совісті та релігійні організації» релігійні обряди у СІЗО, як і в установах покарань, проводяться не лише на прохання ув'язнених і засуджених, а також і за ініціативою самих релігійних організацій. Ця норма відіграє важливу роль не лише у забезпеченні конституційного права на свободу віросповідання, а й дозволяє розвивати взаємодію між релігійними організаціями та керівництвом СІЗО у справі надання соціально-психологічної допомоги та виправлення ув'язнених і засуджених.

Водночас нові «Правила внутрішнього розпорядку установ виконання покарань», затвержені Мін'юстом у серпні 2018 р., у значно меншому обсязі врегульовують питання забезпечення релігійних потреб засуджених і душпастирської діяльності пенітенціарних капеланів, чому присвячено лише один п. 8 розділу XX Правил. Цей документ, окрім кількох відсилочних норм, містить лише дві новації щодо душпастирської діяльності капеланів в установах виконання покарань, які не дозволяють пропаганду будь-яких релігійних учень серед засуджених за відсутності їх бажання та згоди, а також можливості почергового використання приміщень для віруючих різними конфесіями у разі відсутності окремих приміщень¹⁰.

Положення щодо пропаганди релігійних вчень, на нашу думку, сформульовані недостатньо коректно, адже душпастирська діяльність капелана не може бути відокремлена від проповіді відповідного релігійного вчення та заснованих на ньому релігійних обрядів. Натомість у даному випадку доцільно порушити питання про заборону місіонерської діяльності за відсутності бажання та згоди засуджених, як це практикується в інших демократичних країнах (як приклад, Польща, Австрія, Нідерланди), що полягає у неприпустимості використання побачень із ув'язненими та засудженими з метою навернення їх у свою віру чи до своєї конфесії проти їхнього бажання. Саме тому доцільним є закріпити на законодавчому рівні принципи душпастирської діяльності, яких повинні дотримуватися всі пенітенціарні капелани незалежно від їхньої конфесійної належності. Водночас залишається багато інших практичних питань функціонування пенітенціарних капеланів в установах виконання покарань, які потребують правової регламентації, – аналогічно до того, як вище було запропоновано стосовно душпастирської діяльності в слідчих ізоляторах.

Натомість до позитивних новацій цих нових Правил можна віднести окремий детальний порядок доступу до установ виконання покарань представників релігійних організацій, умовою якого є отримання ними відповідного дозволу (пп. 8–10 розділу XXXIV). Надання дозволу представникам релігійних організацій на відвідування установи виконання покарань та взаємодію з ними здійснює Адміністрація ДКВС, керівництво міжрегіонального управління або установи виконання покарань на підставі заяви, яка подається не пізніше ніж за п'ять робочих днів до запланованого відвідування. Така заява розглядається протягом трьох робочих днів, після чого Адміністрація ДКВС (міжрегіональне управління) надає дозвіл на відвідування установи виконання покарань, про що повідомляє релігійну організацію. Підставою для відмови є лише відсутність у заяві інформації або копій документів, зазначених у п. 8 розділу XXXIV Правил, про що релігійна організація у триденний строк з дати реєстрації заяви повідомляється письмово. Також у випадках порушення вимог встановленого режиму за рішенням адміністрації установи виконання покарань відвідування може бути припинено на будь-якій його стадії (п. 12). При цьому представники релігійних організацій, які на постійній основі беруть участь у виправленні і ресоціалізації засуджених, проведенні соціально-виховної роботи, можуть відвідувати установи виконання покарань за спрощеною процедурою, яка полягає у видачі замість дозволу перепустки на певний період (місяць, квартал) та складання на цей період графіку візитів, який затверджує начальник установи виконання покарань¹¹.

Така чітка правова регламентація порядку доступу капеланів до установ виконання покарань є значним поступом для розвитку душпастирської опіки в установах пенітенціарної системи та взаємодії їхнього керівництва з релігійними організаціями. Подібним чином доцільно врегулювати і доступ пенітенціарних капеланів до слідчих ізоляторів, щоб уникнути свавілля в цій сфері, дискримінації релігійних організацій залежності від конфесійної належності та корупційних чинників. Крім цього, відсутнє правове регулювання тих взаємовідносин між керівництвом слідчих ізоляторів і установ виконання покарань, які виникають у випадках необхідності запрошення капелана на прохання ув'язнених чи засуджених, а також у сфері душпастирської опіки персоналу цих установ пенітенціарної системи. Закордонний досвід у цій сфері, зокрема Австрії, Нідерландів, Великобританії, Естонії, Латвії¹², пропонує вирішувати питання задоволення релігійних потреб осіб, що перебувають в установах пенітенціарної системи, та їхнього персоналу шляхом включення капеланів до складу штатних працівників цих установ та укладанням з ними трудових угод. Як приклад, у Польщі така угода визначає зокрема «поле діяльності капелана, правила його заміни іншою духовною особою, об'єм і правила залучення капеланом інших осіб для допомоги у наданні релігійних послуг, правила співробітництва з директором закладу та ситуації, в яких угода розривається»¹³.

У нинішніх реаліях Української держави така модель взаємовідносин ДКВС та релігійних організацій можлива у віддаленій перспективі, проте першочерговими, на нашу думку, вбачаються питання правової регламентації загальних принципів капеланської діяльності в установах пенітенціарної системи, її навчально-методичного забезпечення та розробки відповідної уніфікованої навчальної програми для пенітенціарних капеланів різних конфесій, універсальних вимог до рівня професійної підготовки пенітенціарних капеланів, порядок відбору капеланів у разі включення відповідної посади до штату установ пенітенціарної системи, налагодження ефективної та системної взаємодії релігійних організацій з керівництвом Міністерства юстиції та ДКВС на партнерських засадах, насамперед у форматі Душпастирської ради з питань релігійної опіки у пенітенціарній системі України. Подібну проблематику виділяє також Н.С. Калашник, підтримуючи тезу про необхідність подальшого розвитку взаємодії між установами пенітенціарної системи та релігійними організаціями¹⁴.

Підсумовуючи, можна зробити висновок, що законодавство України у сфері пенітенціарного капеланства знаходиться у стані формування, що пов'язано з дедалі більшим розвитком капеланського служіння релігійних організацій в установах пенітенціарної системи та поступовим впровадженням у цій сфері коопераційної моделі державно-церковних відносин. Водночас досі залишається чимало практичних проблем,

які потребують правового регулювання, з метою більш ефективного забезпечення реалізації конституційного права на свободу світогляду та віросповідання осіб, які утримуються або несуть службу в слідчих ізоляторах та установах виконання покарань. Положення про здійснення душпастирської опіки в органах та установах Державної кримінально-виконавчої служби України, проект якого вже напрацювала Душпастирська рада при ДПтСУ ще у 2016 р., потребує винесення на остаточне громадське обговорення з метою подальшого затвердження Мін'юстом. Запропоновані законодавчі зміни у цьому відомчому акті головним чином повинні сприяти тому, щоб були забезпечені права затриманих на доступ до капелана під час утримання у слідчому ізоляторі, а виправна і соціально-виховна функції установ відбування покарань у поєднанні з потенціалом релігійних організацій щодо зцілення людської душі були спроможними до відновлення ціннісних орієнтирів засуджених, їхнього духовного переродження, ресоціалізації та адаптації в суспільстві після звільнення на волю.

¹ Закон України «Про свободу совісті та релігійні організації» від 23.04.1991 року № 987-XII // «Відомості Верховної Ради України». – 1991. – № 25.

² Кримінально-виконавчий кодекс України від 11 липня 2003 р. № 1129-IV // «Голос України» від 29 серпня 2003 р. – № 161.

³ Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо регулювання діяльності священнослужителів (капеланів) в органах та установах, що належать до сфери управління Державної пенітенціарної служби України» від 14 травня 2015 р. № 419-VIII // «Голос України» від 10 червня 2015 р. – № 101.

⁴ Закон України «Про попереднє ув'язнення» від 30 червня 1993 р. № 3352-XII // «Відомості Верховної Ради України» від 31.08.1993 р. – 1993. – № 35. – Стаття 360.

⁵ Там само.

⁶ Наказ Міністерства юстиції України «Про затвердження Положення про Душпастирську раду з питань релігійної опіки у пенітенціарній системі України» від 05.07.2017 року № 2170/5 [Електронний ресурс]. – 2017. – Режим доступу до ресурсу: <https://goo.gl/MWSvzh>

⁷ Закон України «Про Державну кримінально-виконавчу службу України» від 23 червня 2005 року № 2713-IV // «Голос України» від 26.07.2005 р. – 2005. – № 135.

⁸ Решетніков Ю.С. Актуальні питання впровадження інституту тюремного капеланства в Україні // «Ефективність державного управління». Збірник наукових праць. – 2013. – Вип. 37. – С. 23.

⁹ Наказ Міністерства юстиції України «Про затвердження Правил внутрішнього розпорядку слідчих ізоляторів Державної кримінально-виконавчої служби України» від 18.03.2013 року № 460/5 // «Офіційний вісник України» від 09.04.2013 р. – 2013. – № 25. – С. 463. – Стаття 853.

¹⁰ Про затвердження Правил внутрішнього розпорядку установ виконання покарань: наказ Міністерства юстиції України 28 серпня 2018 р. № 2823/5 // Офіційний вісник України. – 2018. – № 70. – С. 285.

¹¹ Там само.

¹² Решетніков Ю.С. Вказана праця. – С. 22–24.

¹³ Гжегож Д. Правила виконання релігійного служіння в місцях позбавлення волі в європейському законодавстві на прикладі Польщі / Гжегож Драус, Ніколаєв Єжего // Сучасність і перспективи пенітенціарної душпастирської опіки : матеріали міжнар. наук.-практ. конф. – К.: Ін-т крим.-викон. служби, 2016. – С. 40.

¹⁴ Калашник Н.С. Механізми взаємодії інституцій душпастирської опіки з органами та установами виконання покарань / Н.С. Калашник // Сучасність і перспективи пенітенціарної душпастирської опіки : матеріали міжнар. наук.-практ. конф. – К.: Ін-т крим.-викон. служби, 2016. – С. 50–53.

Резюме

Васін М.С. Правові аспекти взаємодії держави і релігійних організацій у сфері розвитку пенітенціарного капеланства.

У статті наводиться аналіз останніх змін у законодавстві України в сфері діяльності пенітенціарних капеланів, взаємодії держави і релігійних організацій у справі забезпечення релігійних потреб та свободи віросповідання ув'язнених і засуджених, а також персоналу пенітенціарних установ. Висувається гіпотеза про те, що чинне законодавство України не повною мірою відображає міжнародні стандарти в сфері забезпечення релігійних потреб осіб, які утримуються або працюють у пенітенціарних установах. Автор доводить актуальність і необхідність подальшого удосконалення правової основи для розвитку пенітенціарного капеланства, передумовою якого є налагодження постійної взаємодії держави і релігійних організацій.

Ключові слова: свобода віросповідання, душпастирство, капелан, пенітенціарне капеланство, державно-конфесійна взаємодія, державно-церковні відносини.

Резюме

Васин М.С. Правовые аспекты взаимодействия государства и религиозных организаций в сфере развития пенитенциарного капелланства.

В статье приводится анализ последних изменений в законодательстве Украины в сфере деятельности пенитенциарных капелланов, взаимодействия государства и религиозных организаций в деле обеспечения религиозных потребностей и свободы вероисповедания заключенных и осужденных, а также персонала пенитенциарных учреждений. Выдвигается гипотеза о том, что действующее законодательство Украины не в полной мере отражает международные стандарты в области обеспечения религиозных потребностей лиц, содержащихся или работающих в пенитенциарных учреждениях. Автор обосновывает актуальность и необходимость дальнейшего совершенствования правовой основы для развития пенитенциарного капелланства, предпосылкой которого является налаживание постоянного взаимодействия государства и религиозных организаций.

Ключевые слова: свобода вероисповедания, капеллан, пастырская опека, пенитенциарное капелланство, государственно-конфессиональное взаимодействие, государственно-церковные отношения.

Summary

Vasin M. Legal aspects of cooperation between the state and religious organizations in the development of penitentiary chaplaincy.

The article provides an analysis of recent changes in the legislation of Ukraine in the field of penitentiary chaplaincy, the interaction of the state and religious organizations in ensuring religious needs and religious freedom of detained persons and prisoners, as well as prison personnel. The author substantiates that the current legislation of Ukraine does not fully reflect international standards in the field of ensuring the religious needs of persons holding or working in penitentiary institutions. Based on this it is actual and necessary to improve the legal framework for further development of penitentiary chaplaincy, the premise of which is the establishment of constant cooperation between the state authorities and religious organizations.

Key words: religious freedom, chaplaincy, penitentiary chaplaincy, prison chaplain, Church and State cooperation, Church and State relations.

УДК 349.6

А.Л. ГОЛОВКО

Аліна Леонідівна Головка, аспірант Національної академії внутрішніх справ

ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНА КОНСТРУКЦІЯ МЕХАНІЗМУ ЗДІЙСНЕННЯ ОХОРОНИ НАВКОЛИШНЬОГО ПРИРОДНОГО СЕРЕДОВИЩА В УКРАЇНІ

XXI ст. породило екологічні проблеми, які стосуються не лише окремих держав чи регіонів, а й людства у цілому. Людська цивілізація упродовж усієї своєї історії безвідповідально використовувала природні ресурси, що негативно впливає на сучасний стан довкілля. Хаотичне користування компонентами природного середовища значною мірою позначилося на якості життя людей, що призвело до колосального забруднення навколишнього середовища.

Навколишнє природне середовище утворюється як результат активної взаємодії суспільства і природи. Воно являє собою якісно нове оточення, «олюднену природу», де елементи природного середовища органічно поєднуються з наслідками діяльності, зазнаючи іноді біологічних чи фізико-хімічних змін, що впливають на обмін речовин у природі та між природою й людиною¹.

Гармонізація відносин людини й природи зумовлює визначення її одним із завдань правової, демократичної та соціальної держави. Природоохоронна діяльність дає можливість зберегти, відтворити, забезпечити екологічний баланс у навколишньому середовищі, створити умови для існування та розвитку самої людини й суспільства. Рациональне використання і відтворення природних ресурсів стає однією з найбільш глобальних проблем людства. Реалії сьогодення свідчать, що одним із чинників, який впливає на розвиток сучасного громадянського суспільства та процес формування розвиненої правової держави є забезпечення належного стану охорони навколишнього природного середовища.

У ст. 16 Конституції України зазначено, що забезпечення екологічної безпеки і підтримання екологічної рівноваги на території України, подолання наслідків Чорнобильської катастрофи – катастрофи планетарного масштабу, збереження генофонду Українського народу є обов'язком держави². Україна, як і кожна правова держава, здійснює заходи, призначені для досягнення стану захищеності потреб особистостей, суспільства й держави в екологічній сфері через відповідний механізм здійснення природоохоронної діяльності. Адаптація національного законодавства України про охорону навколишнього природного середовища до законодавства Європейського Союзу та створення ефективної системи суб'єктів управління природоохоронною сферою передбачає створення дієвого механізму здійснення природоохоронної діяльності в нашій державі. Метою цього механізму є безперервне забезпечення екологічних прав і свобод людини та громадянина, а також підтримання екологічної рівноваги на території України.

Свого часу питання щодо механізму здійснення охорони навколишнього природного середовища в Україні досліджувалися у працях В.І. Андрейцева, А.Г. Бобкової, А.П. Гетьмана, А.В. Грищенко, І.Д. Казанчука, Н.Р. Кобецької, Н.Р. Малишевої, К.А. Рябець, Ю.С. Шемшученка, В.М. Шульги та низки інших учених. Але, не зважаючи на наявність значної кількості досліджень щодо проблематики дієвості механізму здійснення природоохоронної діяльності в Україні, загальною їх рисою є певна фрагментарність та суперечливість. Тому вважаємо доцільним розглянути визначену проблематику на новому теоретико-методологічному рівні із врахуванням досягнень сучасної юридичної науки та практики.

Метою статті є здійснити загальнотеоретичну характеристику поняття, суті та змісту механізму здійснення охорони навколишнього природного середовища, визначити його місце й роль у правовій системі

України щодо забезпечення екологічних прав і свобод людини та громадянина. Збереження природних багатств держави є важливою проблемою, від вирішення якої залежить доля теперішніх і майбутніх поколінь. Таким чином, постає питання про необхідність вироблення та запровадження іншого, принципово нового ставлення держави до охорони навколишнього природного середовища крізь призму здійснення природоохоронної діяльності в Україні.

Потрібно зазначити, що необхідність охорони навколишнього природного середовища, яка перетворилася на глобальну проблему, пов'язану зі зростанням антропогенного впливу, створює умови для виокремлення особливостей природоохоронної діяльності. По-перше, ця діяльність спрямована на забезпечення нормального обміну речовин між людиною і тими елементами природи, що становлять життєву основу людства і на яких більш за все відбиваються негативні наслідки людської діяльності (повітря, вода, земля). По-друге, ця діяльність скерована на обмеження дії шкідливого впливу з боку створеного людиною навколишнього середовища шляхом оздоровлення місця її проживання та побуту, нейтралізації забрудненого природного середовища (шкідливі викиди промислових підприємств, транспорту) і зовнішнього оточення в цілому (шуми, вібрація) та поліпшення територіальної сфери, у межах якої тривають життя і праця населення (планування й забудова населених пунктів, раціональне розташування підприємств, місць відпочинку, організація зелених зон тощо). По-третє, метою цієї діяльності є створення належних умов для життя і розвитку людини, а також захист її від шкідливих або просто небажаних стихійних сил природи (повені, землетруси, сухоты тощо)³.

Таким чином, під природоохоронною діяльністю необхідно розуміти правову форму реалізації прав і свобод людини та громадянина у сфері екологічних правовідносин, яка відображає дію певного механізму, спрямовану на охорону довкілля й забезпечення екологічної безпеки.

Для загального осмислення та характеристики понять «охорона навколишнього природного середовища», «природоохоронна діяльність», «екологічна безпека» тощо необхідно звернутися до загальнотеоретичної конструкції механізму здійснення охорони навколишнього природного середовища, що допоможе провести порівняльну характеристику цих термінів, виявити риси схожості, тотожності або відмінності.

Відповідно до сучасних уявлень, що існують в юридичній літературі, охорону навколишнього середовища можливо забезпечити шляхом прийняття комплексу організаційних, правових та економічних заходів, спрямованих на зниження рівня шкідливого впливу антропогенної діяльності на екологічні взаємозв'язки, відновлення пошкоджених об'єктів довкілля, природних ресурсів, забезпечення їх раціонального використання. Комплекс таких заходів розглядається як організаційно-правовий механізм охорони навколишнього середовища. Він складається з двох системоутворюючих елементів – інституційного, тобто системи державних та громадських інституцій, що здійснюють управління у сфері охорони довкілля, і функціонального, тобто багатоманітності форм такого управління (проведення експертизи, контролю, нормування і стандартизації, ведення кадастрів, облік природних ресурсів, моніторинг тощо).

Метою цього механізму є безперервне забезпечення й підтримка функціонування екологічної системи, яка повинна відповідати об'єктивним законам навколишнього природного середовища, бути стійкою і саморегульованою, поступально розвиватися, ґрунтуватися на екологічних імперативах⁴.

Правовий механізм охорони навколишнього середовища – це механізм організації й системи діяльності органів державної виконавчої влади та органів місцевого самоврядування у сфері публічних екологічних відносин, що виникають у зв'язку з охороною довкілля і забезпеченням екологічної безпеки. Такий механізм забезпечує заходи щодо скорочення з подальшою повною ліквідацією потрапляння в навколишнє природне середовище небезпечних для життя і здоров'я речовин; створення екологічно обґрунтованого розміщення та подальшого розвитку продуктивних сил в окремих регіонах і державі в цілому; формування системи спостереження за показниками здоров'я населення з урахуванням стану навколишнього середовища; створення й розвиток на території держави мережі природно-заповідного фонду з метою збереження еталонів якості навколишнього природного середовища, захисту й охорони історичних і культурних природних цінностей; досягнення раціонального природокористування за допомогою землеустрою, лісовпорядкування, паспортизації водних об'єктів, устрою територій заповідного, оздоровчого, історико-культурного й рекреаційного призначення⁵.

Таким чином, для досягнення переліченого потрібен якісно новий рівень здійснення природоохоронної діяльності, що забезпечить формування високої суспільної свідомості та «екологічної» культури населення, поєднаних із раціональним використанням природно-ресурсного потенціалу держави.

Правовий механізм охорони навколишнього середовища в юридичній науковій літературі розглядається як: управління природокористуванням та охороною навколишнього природного середовища (екологічне управління)⁶; державне управління в галузі охорони навколишнього природного середовища⁷; управління й контроль у сфері природокористування й охорони довкілля⁸; державне управління у сфері природокористування, охорони навколишнього природного середовища і забезпечення екологічної безпеки⁹; система функціонування управління у царині екології, яка складається із правових (екологічне право і законодавство), інституційних (система державних органів управління) та функціональних (система заходів управління) засобів¹⁰. Отже, у всіх цих визначеннях спільним є те, що охорона навколишнього природного середовища здійснюється через аспект державного управління екологічними відносинами.

В юридичній літературі, що стосується проблем охорони довкілля і правового регулювання екологічних відносин, пропонуються різні визначення поняття «правовий механізм охорони довкілля». Однак при всьому

різноманітні вони характеризуються певними загальними рисами. По-перше, це діяльність органів державної виконавчої влади й органів місцевого самоврядування; по-друге, це діяльність у сфері публічних екологічних відносин, що виникають у зв'язку з охороною навколишнього природного середовища, забезпеченням екологічної безпеки, відтворенням природних ресурсів, по-третє, ця діяльність має чітко окреслену управлінську (адміністративно-правову) спрямованість.

На нашу думку, з метою ефективного регулювання цих відносин у науковий обіг необхідно ввести поняття «механізм здійснення природоохоронної діяльності». Адже природоохоронна діяльність є одним із проявів соціальної діяльності людини, основною метою якої є усунення можливих екологічно негативних наслідків активності суспільства чи запобігання їм. Природоохоронна діяльність пов'язана із забезпеченням екологічних потреб суспільства. Необхідність задоволення цих потреб породжує створення нового різновиду соціальної діяльності, яка, будучи екологічним способом виживання цивілізації, повинна задовольнити вже наявні екопотреби¹¹. Таким чином, поняття «механізм здійснення природоохоронної діяльності», на нашу думку, є значно ширшим за формою та змістом, ніж охорона навколишнього природного середовища.

Під механізмом здійснення охорони навколишнього природного середовища необхідно розуміти сукупність суб'єктів природоохорони, які на професійній основі та відповідно до чинного законодавства уповноважені здійснювати із застосуванням правових засобів та способів природоохоронну діяльність, спрямовану на охорону довкілля й забезпечення екологічної безпеки.

Таке визначення дає можливість найбільш повно розкрити соціально-правову сутність і призначення природоохоронної діяльності як складного, багатоаспектного й водночас цілісного явища правової дійсності, яке посідає особливе місце у правовій системі та виконує в ній функції щодо забезпечення екологічних прав людини.

На нашу думку, у механізмі здійснення охорони навколишнього природного середовища можна виділити правову (нормативну), інституційну (організаційну) та функціональну складові цього механізму. Причому, враховуючи те, що нормативно-правові акти визначають ті чи інші аспекти діяльності суб'єктів природоохоронної діяльності, при визначенні місця зазначених елементів у вказаному механізмі особливу увагу слід приділити саме нормативно-правовій складовій.

Нормативний компонент механізму здійснення охорони навколишнього природного середовища – це система правових принципів та норм, що регулюють відносини у сфері охорони, використання і відтворення природних ресурсів, забезпечення екологічної безпеки.

Під принципами здійснення природоохоронної діяльності необхідно розуміти об'єктивно властиві ідеї для цієї діяльності, безперечні вимоги, що ставляться до спеціально уповноважених органів та організацій, які виражають найважливіші закономірності у сфері охорони довкілля та відрізняються універсальністю, імперативністю і стабільністю (гарантування екологічно безпечного середовища для життя й здоров'я людей; запобіжний характер заходів щодо охорони навколишнього природного середовища тощо).

Призначення принципів здійснення природоохоронної діяльності обумовлене тим, що вони: 1) закріплюють основи здійснення природоохоронної діяльності в суспільстві; 2) спрямовують розвиток і функціонування екологічної системи; 3) впливають на формування екологічних відносин через механізм правового регулювання; 4) формують екологічну культуру суспільства та впливають на процес формування екологічних знань; 5) виступають важливим критерієм законності дій суб'єктів природоохоронної діяльності.

Нормативно-правові акти України, що регулюють відносини у сфері охорони, використання і відтворення природних ресурсів, забезпечення екологічної безпеки, можна поділити за юридичною силою, предметом правового регулювання, структурою, формою тощо. Зокрема, за юридичною силою в системі нормативно-правових актів України виділяють такі:

а) Конституція України як основний закон держави. Вона закріплює основи суспільного ладу, загальні засади державної політики, в тому числі у сфері екології. Вагоме значення для нормативно-правового регулювання екологічних відносин займають ст. ст. 13, 14, 16, 50, 66 Конституції України;

б) Закони України. Особливістю екологічного законодавства України є високий ступінь їх кодифікації. Основну масу в системі екологічних законів становлять поресурсові кодекси – Земельний кодекс України, Водний кодекс України, Лісовий кодекс України, Кодекс України про надра, а також Закони України: «Про охорону навколишнього природного середовища»; «Про природно-заповідний фонд України»; «Про екологічну експертизу»; «Про зону надзвичайної екологічної ситуації»; «Про Червону книгу України»; «Про охорону атмосферного повітря»; «Про тваринний світ»; «Про рослинний світ», «Про карантин рослин», «Про мисливське господарство та полювання», «Про ветеринарну медицину» тощо.

Необхідно зазначити, що Закон України «Про охорону навколишнього природного середовища», прийнятий 25 червня 1991 р., є основним галузевим нормативно-правовим актом екологічного законодавства. У ньому знайшла втілення ідея комплексного підходу до регулювання природоохоронних відносин і саме з його прийняттям був започаткований новий етап становлення екологічного права України. Цей нормативно-правовий акт закріплює головні принципи положення в галузі використання і охорони природних об'єктів та навколишнього природного середовища в цілому;

в) підзаконні нормативно-правові акти: 1) постанови Верховної Ради України; 2) укази і розпорядження Президента України; 3) постанови та розпорядження Кабінету Міністрів України; 4) інструкції, накази міністерств, державних комітетів та інших органів центральної виконавчої влади; 5) рішення і розпорядження органів місцевого самоврядування і місцевих органів виконавчої влади.

Особливе місце серед норм національного законодавства займають міжнародно-правові акти, зокрема, міжнародні договори за участю України. Відповідно до Конституції України та Закону України «Про міжнародні договори України», укладені і ратифіковані міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України. Серед них, наприклад, Конвенція ООН «Про охорону біологічного різноманіття», прийнята у 1992 р. в Ріо-де-Жанейро і ратифікована Україною 29 листопада 1994 р., Конвенція про водно-болотні угіддя, що підписана у 1971 р. в Рамсарі (Іран) і ратифікована 29 жовтня 1996 року¹².

Необхідно зазначити, що законодавство України у сфері природоохоронної діяльності умовно можна поділити на дві групи. До першої групи, на нашу думку, слід віднести нормативно-правові акти, що визначають засади здійснення природоохоронної діяльності, до другої – нормативно-правові акти, що встановлюють систему природоохоронних органів та організацій і визначають їх правовий статус.

До інституційного (організаційного) елементу механізму здійснення охорони навколишнього природного середовища відносяться суб'єкти природоохорони, тобто органи та організації, які на професійній основі та відповідно до чинного законодавства уповноважені здійснювати із застосуванням правових засобів та способів природоохоронну діяльність, спрямовану на охорону довкілля й забезпечення екологічної безпеки.

До системи суб'єктів, які здійснюють природоохоронну діяльність, належать:

1. Органи загальнодержавного рівня регулювання природоохоронних відносин, під якими варто розуміти уповноважені законодавчими актами органи державної влади, до повноважень яких серед інших належать і повноваження у сфері екологічної безпеки та охорони навколишнього природного середовища. Відповідно до покладених на них завдань вони здійснюють комплексний державний контроль у зазначеній галузі, до них зараховані такі: Верховна Рада України, Президент України, Рада національної безпеки і оборони України, Кабінет Міністрів України, центральні органи виконавчої влади.

Серед центральних органів виконавчої влади зі спеціальними природоохоронними повноваженнями провідна роль належить Міністерству екології та природних ресурсів України, що є головним органом у системі центральних органів виконавчої влади, який забезпечує формування й реалізує державну політику у сфері охорони навколишнього середовища та екологічної безпеки¹³.

2. Органи територіального рівня регулювання природоохоронних відносин: органи місцевого самоврядування і місцеві державні адміністрації як органи виконавчої влади на місцях; територіальні спеціально уповноважені органи управління, які мають широкі повноваження в природоохоронній сфері¹⁴.

Отже, з метою ефективного здійснення природоохоронної діяльності в Україні необхідно, щоб усі суб'єкти природоохорони здійснювали узгоджені заходи у межах законодавства нашої держави щодо охорони, використання і відтворення природних ресурсів, забезпечення екологічної безпеки.

Функціональним елементом механізму здійснення охорони навколишнього природного середовища є природоохоронна діяльність. Ця діяльність є різновидом соціальної діяльності, яка пов'язана із розпорядженням в інтересах суспільства природними ресурсами й забезпечує екологічну безпеку, сталий економічний і соціальний розвиток держави, раціональне природокористування та охорону природних об'єктів від протиправних посягань.

Таким чином, природоохоронна діяльність реалізується через механізм здійснення охорони навколишнього природного середовища, який складається із правових (нормативних), інституційних (організаційних) та функціональних складових. Цілком очевидно, що значимість природоохоронної діяльності для сучасного суспільства не викликає заперечення. Через природоохоронну діяльність розкриваються сутність та призначення сучасної держави, яка повинна забезпечити раціональне використання природних ресурсів, охорону навколишнього середовища й екологічну безпеку.

¹ Экологическое право Украины : учебн. пособие / В.К. Попов. – Х. : Консум, 1995. – С. 56.

² Конституція України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=254%EA%2F96%E2%F0#Find>

³ Екологічне право України : навч. посіб. / В.К. Попов, А.П. Гетьман. – Х. : Право, 2001. – С. 89.

⁴ Боголюбов С.А. Актуальные проблемы экологического права : моногр. / С.А. Боголюбов. – М. : Юрайт, 2014. – С. 251.

⁵ Гетьман А.П. Організаційно-правовий механізм охорони навколишнього природного середовища / А.П. Гетьман // Проблеми законності. – Х., 2014. – № 125. – С. 119–128.

⁶ Екологічне право : підруч. / А.П. Гетьман. – Х. : Право, 2013. – С. 37–38.

⁷ Екологічне право України. Академічний курс : підруч. / Ю.С. Шемшученка. – К. : Юрид. думка, 2008. – С. 116–117.

⁸ Екологічне право України : підруч. / І.І. Каракаш. – Одеса : Фенікс, 2012. – С. 182.

⁹ Балюк Г.І. Екологічне право України : навч. посіб. / Г.І. Балюк. – К. : Юрінком Інтер, 2006. – С. 34.

¹⁰ Екологічне право України : навч. посіб. / Л.О. Бондар, В.В. Курзова. – К. : Бурун Книга, 2008. – С. 42–43.

¹¹ Урсул А.Д. Перспективы экоразвития : моногр. / А.Д. Урсул. – М. : Наука, 1990. – С. 29.

¹² Екологічне право : навч. посіб. / Т.П. Устименко. – К. : Алерта, 2016. – С. 16–17.

¹³ Про затвердження Положення про Міністерство екології та природних ресурсів України : постанова Кабінету Міністрів від 21 січня 2015 р. // Офіційний вісник України. – 2015. – № 10. – С. 266.

¹⁴ Казанчук І.Д. Адміністративно-правова система суб'єктів охорони навколишнього природного середовища та забезпечення екологічної безпеки в Україні / І.Д. Казанчук // Право і суспільство. – 2016. – № 5. – С. 98–99.

Резюме

Головко А.Л. Загальнотеоретична конструкція механізму здійснення охорони навколишнього природного середовища в Україні.

У статті досліджено та охарактеризовано соціально-юридичну сутність механізму здійснення охорони навколишнього природного середовища в Україні. Проаналізовано структуру цього механізму та його складові елементи, в якості яких розглядається правова (нормативна), інституційна (організаційна) та функціональна підсистеми.

Ключові слова: екологічні права і свободи людини та громадянина, охорона довкілля, механізм охорони навколишнього природного середовища, природоохоронна діяльність.

Резюме

Головко А.Л. Общетеоретическая конструкция механизма осуществления охраны окружающей природной среды в Украине.

В статье исследованы и охарактеризованы социально-юридическая сущность механизма осуществления охраны окружающей природной среды в Украине. Проанализированы структура этого механизма и его составляющие элементы, в качестве которых рассматривается правовая (нормативная), институциональная (организационная) и функциональная подсистемы.

Ключевые слова: экологические права и свободы человека и гражданина, охрана окружающей среды, механизм охраны окружающей среды, природоохранная деятельность.

Summary

Holovko A. General theoretical construction of the mechanism for the implementation of environmental protection in Ukraine.

The article explores and describes the socio-legal essence of the mechanism of environmental protection in Ukraine. The structure of this mechanism and its constituent elements, in the quality of which is considered legal (normative), institutional (organizational) and functional subsystems are analyzed.

Key words: environmental rights and freedoms of man and citizen, environmental protection, mechanism of environmental protection, environmental protection activities.

УДК 342.56:347.971] (477)

Д.О. ДУБІНКО

Дмитро Олегович Дубінко, здобувач Національного педагогічного університету імені М.П. Драгоманова

ПОДОЛАННЯ ПРАКТИКИ ВТРУЧАННЯ В ПРОЦЕС ФУНКЦІОНУВАННЯ СУДОВОЇ ВЛАДИ

Саме визнання принципу верховенства права в Україні, на думку С. Шевчука, є одним із найскладніших завдань, а належному розумінню цього принципу заважає важка спадщина радянської правової системи, в основу якої було покладено принцип верховенства закону, правовий формалізм та позитивізм, який, по суті, прикривав свавілля державної влади щодо своїх громадян¹. Функціонування судової влади й досі часто відбувається за старими зразками командно-адміністративної системи: спроби встановити контроль за суддями, «телефонне право», тиск на суддів з боку органів державної влади, суспільства, корупційний вплив. На незалежність судової влади негативно впливають і проблеми фінансування судів, завантаженість суддів, що доволі часто заважає прийняттю ними справедливого та обгрунтованого рішення².

Проблему забезпечення незалежності суду досліджували В.В. Андріюк, М.В. Вайнагій, О.П. Дем'янчук, О.О. Долженков, А.А. Зуйковська, Ю.Ю. Калиновський, Н.М. Пархоменко, С.В. Прилуцький, Ю.С. Шемшученко та інші.

Метою статті є загальна характеристика негативних чинників, що впливають на незалежність суду як органу правосуддя в державі.

Завданням є дослідити способи подолання втручання в діяльність судової влади.

У своїх наукових працях О.О. Долженков стверджує, що попередня радянська традиція номенклатурно-бюрократичного управління державою накладає відбиток і на реальне формування демократичної судової системи в Україні. Однією з найгостріших проблем для української судової системи є різного роду втручання у здійснення правосуддя або вплив на суд чи суддів³.

У цілому «телефонне право» продовжує відтворюватися й у вітчизняних демократичних реаліях. Особливо яскраво такі негативні антиправові звички проявлялися у перші роки незалежності України. З цього приводу А.А. Зуйковська зазначає, що оскільки інституційно український громадянин повинен був діяти від-

повідно до прийнятих демократичних норм, хоча у реальному житті користувався адаптованими до хаотичних умов дійсності 90-х років радянськими цінностями (за відсутності будь-яких інших), серед яких: «порушуй правила», практика хабарництва, кумівство, телефонне право тощо, то знання норм своїх дій (які не спрацьовували за таких умов) було гіпотетичним⁴.

Як правило, вплив політики на право пояснюється так званою «політичною доцільністю», яка часто густо є лише виправданням протиправних дій певних суб'єктів влади. З цього приводу Ю. Шемшученко зазначає, що міркування політичної доцільності не є підставою для прийняття закону з порушенням відповідної процедури, не дотримуючись вимог чинної Конституцією України⁵. У свою чергу, О. Кукуруз підкреслює, що мотивація діяльності політиків за допомогою поняття «політична доцільність» може мати як позитивні, так і негативні наслідки. Часто за допомогою цього поняття політика підпорядковує собі право⁶.

На переконання фахівців, за негативним сценарієм застосування принципу «політичної доцільності» може мати домінуючу суб'єктивну складову, а трактування певних соціально-політичних та економічних подій відповідати інтересам лише частини політичного класу й суспільства. Водночас прийняття політико-правового рішення за принципом «політичної доцільності» у позитивному варіанті має бути результатом широкого суспільно-політичного консенсусу, який був напрацьований у результаті консультацій між політичними силами, діалогом з громадянським суспільством тощо. Разом із тим будь-яке політично обгрунтоване рішення потребує правового оформлення та не повинно суперечити чинній Конституції⁷.

Розмірковуючи над темою взаємодії політики та права, дослідник Н. Ланге стверджує, що Україна – не правова держава, тому що вона не надає правового захисту громадянам. Українська держава не хоче обмежуватися лише тим, щоб гарантувати громадянам політичну свободу та безперешкодну підприємницьку діяльність. Діяльність представників держави у багатьох випадках не є ані прозорою, ані обгрунтованою. Застосування права є свавільним та суперечливим. Розподіл влади, а також обмеження персональної та інституційної влади функціонує, в кращому випадку, дуже обмежено. Нормальне поведіння українського політика з законами полягає в їхньому перекручуванні, експлуатації та пошуку дірок, які можна було б використати з вигодою для себе. Ніхто не намагається розуміти та застосовувати закони відповідно до існуючих норм і цінностей⁸.

Отже, судова система країни має бути максимально захищена від політичного впливу, що є запорукою здійснення справедливого судового рішення та підтримки правопорядку у суспільстві. Разом із тим у кризові для держави періоди судова влада має брати на себе відповідальність, приймаючи виважені, доленосні рішення.

У свій час, усвідомлюючи необхідність подолання вищерозглянутих недоліків та створення законодавчого підґрунтя для їх викорінення у судовій системі, автори Конституції України 1996 р. у ст. 127 зафіксували положення про те, що суддя не може належати до політичних партій, профспілок, брати участь у будь-якій політичній діяльності, мати представницький мандат, обіймати будь-які інші оплачувані посади, виконувати іншу оплачувану роботу, крім наукової, викладацької чи творчої.

Позаяк діяльність судової системи не може бути відірваною від загального контексту здійснення правової політики у державі, реалізації стратегії розвитку судових та правоохоронних органів.

На наш погляд, принципова та виважена правова політика допоможе подолати негативні прояви впливу політичної сфери на судову систему. На думку М. Недюхи, основою формування та реалізації правової політики є низка принципів як відправних положень правової дії, а саме: верховенство права; законність; демократизм; орієнтація на гуманістичні та моральні цінності; соціально-політична обумовленість; узгодженість інтересів людини, суспільства та держави; врахування національних інтересів щодо вирішення питань імплементації міжнародних стандартів правового регулювання; наукова обгрунтованість; цілеспрямованість та чітке визначення пріоритетів; еволюційний характер формування правової політики; орієнтація на досягнення кінцевих результатів; поєднання механізмів управління та самоорганізації, державного регулювання та самоврядування; плановірність та поетапність, сталість та прогнозованість; відкритість процесу формування та реалізації⁹.

Разом із тим судова влада є складовою загального механізму здійснення державної влади, що обумовлює її постійну взаємодію з іншими гілками влади. Важливо, у якій спосіб відбувається така взаємодія: законний чи волюнтаристсько-суб'єктивістський.

З цього приводу С. Прилуцький зауважує, що політичний аспект судової влади досить чітко виявляється тоді, коли суд має справу зі спірними питаннями, що виникають у сфері публічного, особливо конституційного і адміністративного права. Пояснюється це насамперед тим, що дані галузі права через свій предмет і метод, будучи безпосередньо пов'язаними з механізмом здійснення державної влади і управління, а точніше – з механізмом реалізації законодавчої і виконавчої влади, є найбільш політичними порівняно з іншими галузями і публічного, і особливо приватного права. Саме у цих галузях права, де, за висловом англійського дослідника Д. Вудхауза, часто важко провести чітку межу «між політичним питанням, яке належить до відання уряду, і юридичним, яке має вирішуватися судом, виявляється політико-правова активність судових органів; і саме тут через складність відмежування «політичного» від «юридичного» і навпаки нерідко виникає «безпрецедентна конфронтація між судами та іншими державними органами». На переконання С. Прилуцького, хоча виразником і носієм політичної складової судової влади є судова система в цілому, проте реалізується вона різними судовими органами далеко не рівною мірою, а досить диференційовано¹⁰.

Можна зробити висновок про те, що об'єктивно взаємодія політичних суб'єктів та судової гілки влади буде відбуватися постійно. Головне, щоб політична кон'юнктура, суб'єктивні інтереси політиків не впливали на здійснення судочинства.

Як відомо, в Україні триває судова реформа, одним із завдань якої є подолання різноманітних негативних впливів (в тому числі й політичних) на діяльність судової системи.

Фахівці стверджують, що наступним кроком у процесі реформування судової системи передбачено внесення змін до Конституції України з метою досягнення середньострокових і довгострокових цілей у процесі реформування сектору правосуддя. Такі конституційні зміни включають:

– створення єдиного органу, на який покладатиметься функція захисту незалежності суддів та підготовки суддівського корпусу з дотриманням принципу поділу влади. Визначаються основи юридичного статусу, порядок формування та діяльності, а також повноваження Вищої ради правосуддя, яка є незалежним від політичного впливу органом, що відповідає за суддівську кар'єру, вживає заходів щодо забезпечення незалежності суддів тощо. Більшість її членів мають становити судді, яких обирає сам суддівський корпус. Призначення на посаду судді здійснюватиметься Президентом України за поданням Вищої ради правосуддя, що забезпечить виключно церемоніальну роль глави держави у цьому процесі. Повноваження щодо звільнення суддів та їх переведення з одного суду до іншого передаються Вищій раді правосуддя;

– підвищення формальних вимог до кандидатів на посаду судді. Запропоновано зміни щодо основ конституційно-правового статусу судді, зокрема: підвищено вікові та професійні цензи до кандидатів на посаду судді, запроваджено конкурсний принцип призначення судді на посаду, уточнено і посилено гарантії незалежності та недоторканності суддів;

– оптимізація ієрархії судів загальної юрисдикції в Україні передбачає, що суд утворюється, реорганізовується і ліквідується законом. Зміни до Конституції визначають, що найвищим судом у системі судоустрою є Верховний Суд. Ураховуючи рекомендації Венеціанської комісії, регламентовано, що відповідно до закону можуть діяти вищі спеціалізовані суди. Таким чином, закладено можливість поступового переходу до триланкової судової системи в перспективі, коли з'являться достатні підстави для цього. Обов'язковою умовою такого переходу є суттєве підвищення якості судочинства в судах першої та апеляційної інстанцій і відповідне зменшення кількості касаційних скарг (без механічного обмеження права особи на касаційне оскарження судового рішення), що дасть змогу уникнути зупинення або перешкод у функціонуванні касаційної інстанції через перенавантаження. Також встановлено, що з метою захисту прав, свобод та інтересів особи у сфері публічно-правових відносин діють адміністративні суди. Ця норма визначає функцію адміністративних судів здійснювати захист прав, свобод та інтересів особи у разі порушення таких прав, свобод чи інтересів органами, що виконують публічні функції¹¹.

На наш погляд, запропоновані конституційні зміни містять низку положень щодо запобігання негативного впливу політики на суддів, посилення їхньої незалежності від інших гілок влади. Можна констатувати, що на сучасному етапі розбудови правової держави в Україні реформування судової системи стає наріжним каменем, успіх здійснення якої буде мати позитивний ефект у різних сферах суспільного життя – економічній, правовій, політичній, духовній.

¹ Шевчук С.В. Стаття 8 Конституції України / С.В. Шевчук // Наукові записки НаУКМА. – 2011. – Т. 116: Юридичні науки. – С. 15–18.

² Андріюк В.В. Функціонування судової влади в контексті принципу верховенства права: постановка проблеми / В.В. Андріюк // Актуальні проблеми вдосконалення чинного законодавства України. – 2014. – Вип. 36. – С. 3–17. – Режим доступу: http://nbuv.gov.ua/UJRN/apvchzu_2014_36_3

³ Долженков О.О. Судова гілка влади в Україні та Білорусі у процесі становлення та реформування / О.О. Долженков // Гуманітарний вісник Запорізької державної академії. – 2005. – Вип. 21. – С. 149–156. – Режим доступу: http://nbuv.gov.ua/UJRN/znpvgvzdia_2005_21_17

⁴ Зуйковська А.А. Політичні цінності й практика сучасного українського суспільства / А.А. Зуйковська // Вісник Харківського національного університету імені В.Н. Каразіна. – 2012. – № 1013. – С. 118–123. – (Серія «Питання політології»).

⁵ Шемшученко Ю.С. Що є право? Антологія української юридичної думки: в 10 т. / Ю.С. Шемшученко; редкол.: Ю.С. Шемшученко (голова) та ін. – К.: Видавничий дім «Юридична книга», 2005. – С. 30–46.

⁶ Кукуруз О. Реалізація політики і права політико-управлінською елітою України / О. Кукуруз // *Studia politologica Ucraino-Polona*. – 2012. – Вип. 2. – С. 35–41.

⁷ Калиновський Ю.Ю. Вплив «політичної доцільності» на буття правових норм та цінностей у сучасному вітчизняному державотворенні / Ю.Ю. Калиновський, Є.М. Мануйлов // Вісник Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого» / редкол.: А.П. Гетьман та ін. – Х.: Право, 2018. – Т. 1. – № 36. – С. 20–33. – (Серія «Філософія»).

⁸ Ланге Н. Україна не є правовою державою / Н. Ланге: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://www.pravda.com.ua/articles/2007/12/5/3331870/>

⁹ Недюха М. Правова політика України: новітні виміри / М. Недюха // Вісник Академії управління МВС. – 2010. – № 4 (16). – С. 38–45.

¹⁰ Прилуцький С.В. Політика судової влади та судова політика: теоретико-правові проблеми співвідношення / С.В. Прилуцький // Вісник Академії адвокатури України. – 2015. – Т. 12. – № 2. – С. 17–25.

¹¹ Кулик С.В. Конституційна реформа в сфері правосуддя: сучасний стан та перспективи / С.В. Кулик // Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія: Право. – 2016. – Вип. 37 (1). – С. 68–71. – Режим доступу: http://nbuv.gov.ua/UJRN/nvuzhpr_2016_37%281%29_17

Резюме

Дубинко Д.О. Подолання практики втручання в процес функціонування судової влади.

Аналізується практика втручання у діяльність судової влади (так зване «телефонне право»), що практикувалось в колишньому СРСР. На жаль, подібне існує і в сучасній Україні. Автор стверджує, що «телефонне право» є грубим порушенням принципу верховенства права. Пріоритет партійних настанов, особистих зв'язків, впливу політики та статусних повноважень на здійснення справедливого судочинства є неприпустимою практикою у судовій системі демократичної, правової держави. Подолання цих протиправних практик – важливе завдання української дійсності.

Ключові слова: судова система, судова влада, судочинство, судова реформа.

Резюме

Дубинко Д.О. Преодоление практики вмешательства в процесс функционирования судебной власти

Анализируется практика вмешательства в деятельность судебной власти (так называемое «телефонное право»), что практиковалось в СССР. К сожалению, подобное существует и в современной Украине. Автор утверждает, что «телефонное право» является грубым нарушением принципа верховенства права. Пріоритет партийных установок, личных связей, влияния политики и статусных полномочий на осуществление справедливого судопроизводства являются недопустимой практикой в судебной системе демократического, правового государства. Преодоление этих противоправных практик – важная задача украинской действительности.

Ключевые слова: судебная система, судебная власть, судопроизводство, судебная реформа.

Summary

Dubinko D. Overcoming practice intervention in the functioning process the judiciary.

The practice of interference with the activity of the judiciary (the so-called «telephone law»), which was practiced in the former USSR, is analyzed; unfortunately, this also exists in modern Ukraine; the author argues that «telephone law» is a gross violation of the rule of law principle. The priority of party guidance, personal ties, the influence of politics and the status of the administration of fair trial is unacceptable in the judicial system of a democratic, rule-of-law state. Overcoming these unlawful practices is an important task of Ukrainian reality.

Key words: Judiciary, Judiciary, Judicial Process, Judicial Reform.

УДК 340.132

Б.Б. ЛЕВЕНЕЦЬ

Борис Борисович Левенець, аспірант Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України

ТИПОВА МОДЕЛЬ СУДОВОГО ПРАВЗАСТОСУВАННЯ

Поглиблення правових досліджень та різноманітність теоретико-методологічних підходів дослідження проблематики захисту прав людини пов'язане з переосмисленням процедур судового захисту, що зумовлює проведення судової реформи. Як зазначає М. Савенко, судова реформа – це тривалий і складний процес, у якому мають брати участь науковці, практики та широка громадськість. Судова реформа повинна проводитися з урахуванням національних традицій, рівня загальної, політичної, правової культури, рівня довіри до суддів. Не можна механічно копіювати судову систему іншої країни, де вона ефективно функціонує, а тим більше об'єднувати в одну судові системи чи елементи різних країн¹. Ефективна діяльність судової гілки влади неможлива без збалансованої системи законодавства, без його вчасного удосконалення й оновлення під впливом соціально-економічних змін та інтеграційних процесів у країні.

Судове правозастосування, як правова форма здійснення функцій держави, виступає в ролі арбітра у правовому житті суспільства, ускладненому дестабілізаційними факторами, та важливим інструментом соціального розвитку, виявляється тією формою державної діяльності, яка дає змогу не тільки дати правову оцінку правовідносинам, а й направити у прогресивне русло їх подальший розвиток².

У контексті проведення судової реформи особливої актуальності набуло питання про вибір оптимальної моделі судового правозастосування та спрямування судової системи на однакове застосування правових норм, що є однією з основних складових дотримання принципу верховенства права. Адже саме від цього залежить ефективність судового правозастосування, мінімізація судових помилок та зловживань з боку всіх учасників процесу судочинства.

Проблематика моделей судового правозастосування та їх загальна характеристика була предметом дослідження багатьох фахівців у сфері права, а саме: Є. Бобрешова, В. Власова, М. Гнатюк, Я. Качора, В. Курносової, Р. Рафікова, Я. Романюка, О. Сторожева та ін.

Однак питання про сутність типової моделі судового правозастосування є дискусійним у юридичній науці, що зумовило необхідність проведення даного теоретичного дослідження.

Метою статті є визначення поняття та змісту типової моделі судового правозастосування.

Наразі у юридичній науці домінує думка про існування двох моделей судового правозастосування: перша модель – типова або класична, а друга – нетипова або некласична.

Є. Бобрешов типову модель судового правозастосування визначає як ідеальну та виділяє наступні її стадії: 1) встановлення фактичних обставин у справі; 2) встановлення юридичної основи справи; 3) ухвалення рішення та його документальне оформлення³.

Підставою для початку процесу застосування правових норм є настання передбачених ними фактичних обставин. Тому перша стадія судового правозастосування полягає у встановленні юридичних фактів і юридичних складів. Це можуть бути «головні факти» і факти, що підтверджують головні, але обов'язково лише ті, і в тому обсязі, які потрібні для повноцінного вирішення юридичної справи. У ряді випадків коло обставин, що підлягають встановленню, визначено в законодавстві (наприклад, при розгляді справи у суді). Часто збір доказів і попереднє встановлення фактів здійснюють одні особи (органи), а рішення у справі виносить суд. Але суд у цьому випадку зобов'язаний переконатися в тому, що встановлених фактів достатньо і вони є обґрунтованими. На цій стадії виділяють такі підстадії: встановлення юридичних фактів і юридичного (фактичного) складу; встановлення фактичних обставин справи за допомогою юридичних доказів; встановлення фактичних обставин справи через доведення. Метою першої стадії правозастосовного процесу є встановлення об'єктивної істини⁴.

На стадії встановлення юридичної основи справи встановлюється, обирається нормативна основа судового рішення. По-перше, відшукуються норми, що належать до даних фактів, встановлюється автентичність норми та її чинність за допомогою офіційних джерел права. По-друге, норма піддається тлумаченню, тобто встановлюється її дійсний зміст за допомогою офіційного тлумачення, яке, у разі наявності, підлягає врахуванню. По-третє, вирішуються питання, пов'язані дією норми права у часі, просторі та за колом осіб.

Встановлення юридичної основи справи є юридичною кваліфікацією фактичних обставин справи, яка полягає в правовій оцінці всієї сукупності обставин справи через співвідношення даного випадку з певними юридичними нормами. Іншими словами, це оцінка фактів на підставі норм права. Вона полягає у зіставленні ознак реального факту з ознаками факту юридичного, окресленого нормою права, і встановлення їх відповідності або невідповідності. Всі зазначені дії є головними вимогами до застосування норм права і служать одній меті – правильній кваліфікації фактів, а відтак – зміцненню законності та правопорядку.

Стадія ухвалення рішення у складі ідеальної моделі судового правозастосування є завершальною, на якій безпосередньо приймається рішення у справі, яке повинно впливати з його фактичних та нормативних основ, та відбувається його документальне оформлення, яке полягає у набутті прийнятим рішенням документальної форми у вигляді судового правозастосовного акта (рішення, ухвали, постанови, вироку)⁵.

Отже, як зазначає Є. Бобрешов, т. зв. «ідеальна» модель судового правозастосування охоплює найбільш загальні стадії судочинства. Разом із тим автор пропонує виділяти ускладнену модель судового правозастосування. Загалом погоджуючись із можливістю такого поділу, слід звернути увагу на необхідність формулювання його критерію, з огляду на необхідність доопрацювання назв цих моделей, оскільки можлива підміна понять. З позицій філософії, філософії права та загальної теорії права поряд з ідеальним може бути неідеальне, а поряд із складним – просте.

Враховуючи зазначене, ми поділяємо думку Р. Рафікова, який залежно від структури судового правозастосування виділяє дві принципово різні його моделі – типову й нетипову. Вчений також вважає, що типова модель судового правозастосування зводиться до: встановлення фактичних обставин справи (фактів), що відповідають вимогам належності, повноти та доведеності; встановлення нормативної основи судового рішення; винесення судового рішення⁶.

Такої ж позиції дотримується польський учений Я. Качор. На його думку, судове правозастосування – це така модель процесу застосування права, яка відображає діяльність судового органу як низку стадій і процедур, спрямованих на прийняття остаточного рішення, а саме: 1) встановлення права (яка норма є чинною та чи достатньо фактів для початку розгляду справи (рішення про перевірку); 2) встановлення фактів (підтвердження фактів справи та їх перенесення на мову права); 3) зіставлення факту, який вважається підтвердженим, з нормою права (встановлення відповідності чи невідповідності факту складовим елементам норми права); 4) обов'язкове визначення правових наслідків факту, визнаного доведеним, на підставі застосовуваної правової норми та обґрунтування рішення на підставі всіх раніше використаних міркувань⁷.

Крім того, у польській доктрині виділяють п'ять стадій типової судової моделі правозастосування, зокрема: 1) встановлення можливості правового регулювання конкретних відносин правом, чинності норми, необхідності її тлумачення; 2) підтвердження факту, який доведено на підставі доказів та прийнятої теорії доказів. Виділено дві моделі ставлення судді до доказів (I – він є арбітром у справі та оцінює докази, представлени сторонами; II – може брати участь у процесі збору доказів); 3) зіставлення встановленого факту з нормою права; 4) встановлення правових наслідків факту, його доведення; 5) обґрунтування та ухвалення судового рішення⁸.

Таким чином, типова модель судового правозастосування у польській правовій доктрині складається з конкретних стадій, які є загальними для судового процесу та яких повинен дотримуватися суддя при розгляді справи та прийнятті рішення. Проте наявність типової моделі правозастосування, чітка відповідність дій

судді зазначеним стадіям не виключає можливості виникнення у процесі судочинства таких ситуацій, котрі, не виходячи за межі загального розуміння змісту стадій судового правозастосування, відрізняються й не можуть бути інтегровані в загальний процес. Такі ситуації відносять до нетипових, а модель судового правозастосування називають нетиповою.

Варто звернути увагу на те, що у вітчизняній та зарубіжній правовій науці існують різні підходи до розуміння типової моделі судового правозастосування. Це пов'язано з тим, що правова система кожної держави має свою специфіку, структуру, мету, формується у конкретний історичний період, характеризується визначеними національними особливостями, складається в суспільствах з різними звичаями, віруваннями, має особливий характер та різні види джерел права⁹. Тож для правової системи однієї держави типовою може бути така модель судового правозастосування, яка для іншої буде вважатися нетиповою.

Зокрема, можна виділити такі типи систем судового правозастосування, що склалися в сучасному світі: континентальна, загального права та ісламська.

1. Континентальна (романо-германська) модель поширена у континентальній Європі та у країнах, право яких формувалося під впливом романо-германських правових традицій і рецепційоване з римського права. Для континентальної моделі судового правозастосування характерним є принцип верховенства закону та підпорядкованість йому судової практики, абстрактність правових норм і наявність розвиненої теорії права. У континентальній правовій системі суддя виконує активну роль під час судового розгляду справи, а процесуальні можливості сторін дещо обмежені (це, зокрема, стосується тих учасників процесу, інтереси яких представляють адвокати). Суддя не реалізовує правотворчої функції (за винятком суддів вищих інстанцій) та не має права законодавчої ініціативи. Правозастосування в континентальній моделі базується на принципі дедукції (від загального до конкретного), що зобов'язує суд підібрати норму права для вирішення конкретної справи та слідувати їй приписам¹⁰.

2. Система загального права (англо-американська модель). Дана система зародилася в Англії та була сприйнята колишніми англійськими колоніями. Наразі в адаптованому до національно-правових умов вигляді діє в США (за винятком штату Луїзіана), Канаді (за винятком провінції Квебек), Австралії, Новій Зеландії, Ірландії, Індії, в країнах Карибського басейну, а також ряді країн Азії та Африки. Римське право не здійснило істотного впливу на формування права в цих регіонах. Англійське право формувалося під впливом практики королівських судів, для якого характерним є: поділ права на загальне та право справедливості; відсутність кодифікації; важлива роль судового прецеденту, як основного джерела права; казуїстичність норм права; практична спрямованість юридичної науки. У межах даної системи склався змагальний процес, який характеризується пасивною роллю судді, активністю сторін, можливістю контролювати процедуру збирання, подання та дослідження доказів. Англо-американська модель судового правозастосування відрізняється від континентальної виділенням стадій правозастосування та їх змістом. У системі загального права правові норми переважно формуються судами при винесенні рішень, які згодом стають прецедентами. Разом із тим не кожне судове рішення в системі загального права стає прецедентом. Основний принцип при здійсненні судового правозастосування в системі загального права полягає в тому, що аналогічні справи вирішуються однаково. При розгляді справи суд повинен з'ясувати, чи не була аналогічна справа розглянута раніше. А в разі підтвердження зобов'язаний слідувати даному рішенню¹¹.

3. Ісламська модель. Наразі у світі існує багато країн, які сповідують іслам як державну релігію (найбільш яскравий приклад – Саудівська Аравія). Ісламська модель судового правозастосування характеризується тісним зв'язком права та релігії, підпорядкуванням закону (в тому числі конституцій) релігійним догмам ісламу, своєрідністю джерел (серед яких особливе місце займає Коран), архаїчністю правових норм. Для ісламської судової системи властивий дуалізм: існування спеціальних мусульманських (шаріатських) судів (діяльність яких суворо регламентована необхідністю розгляду окремих категорій справ за участю мусульман) та світських судів. Судове правозастосування, у більшості, пов'язане з суб'єктивною думкою судді, який розглядає всі категорії справ. Слід зазначити, що судове правозастосування в країнах ісламської правової системи починається з попереднього розслідування обставин справи суддею, оскільки інституту прокуратури там не існує. Разом із тим це не виключає поліцейського дізнання, яке проводиться спеціальними органами (такими як шурта – поліція громадської безпеки та мухтасіб – релігійна поліція), які знаходяться під повним контролем суду. Винесене судом правозастосовне рішення є остаточним і не може бути оскаржене чи переглянуте, оскільки шаріатом не передбачено створення апеляційних судів. Однак суддя може визнати винесене ним судове рішення як за власною ініціативою, так і за ініціативою сторін недійсним, якщо воно суперечить Корану чи Суні. Сьогодні в деяких країнах (зокрема, в Туреччині, Єгипті, Алжирі) мусульманські суди ліквідовані та замінені світськими судами¹².

Таким чином, у межах певної правової системи сформувалася відповідна та властива саме їй модель судового правозастосування, яка не вкладається в загальноприйняті стадії типової моделі. У зв'язку з існуванням значних відмінностей у процесі судочинства в різних правових системах вважаємо, що, не зважаючи на глобалізаційні світові процеси, зближення правових систем, навряд чи можна виділяти універсальну чи типову модель судочинства для усіх правових систем.

Вважаємо, що було б доцільно говорити про типову модель судового правозастосування в межах конкретної правової системи або й держави. Типова модель судового правозастосування – це така модель, що існує в межах окремої правової системи та відображає діяльність судового органу як ряд стадій і процедур, спрямованих на прийняття правозастосовного акта.

Претензія «типової» або «ідеальної» моделі судового правозастосування на універсальність чи загальність є, на наш погляд, неприйнятною з огляду на існування різних підходів, етапів чи стадій судочинства в сучасних правових системах.

¹ Савенко М.Д. Судова реформа в Україні: конституційний аспект / М.Д. Савенко // Наукові записки НаУКМА. Юридичні науки. – 2015. – Т. 168. – С. 10.

² Мельничук С.М. Поняття судового правозастосування як правової форми здійснення функцій держави / С.М. Мельничук // Право і Безпека. – 2015. – № 3 (58). – С. 42.

³ Бобрешов Є.Г. Судове правозастосування в Україні: проблеми теорії і практики: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Є.Г. Бобрешов; Одес. нац. ун-т ім. І.І. Мечникова. – Одеса, 2010. – С. 94.

⁴ Ляшенко Р.Д. Презумпції у праві: питання теорії та практики: дис. ... канд. юр. наук: 12.00.01 / Р.Д. Ляшенко. – К., 2011. – С. 135.

⁵ Бобрешов Є.Г. Вказана праця. – С. 98–99.

⁶ Рафіков Р.Р. Судебное правоприменение: теоретико-правовой анализ: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Р.Р. Рафіков; ГОУ ВПО «Нижегородский государственный университет им. Н.И. Лобачевского». – Нижний Новгород, 2006. – С. 16.

⁷ Kaczor J. Podstawy stosowania i wykładni prawa w administracji: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://slideplayer.pl/slide/11844336/>

⁸ Stosowanie prawa. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://magisterskie24.pl/pr/082/stosowanie%20prawa%20ul.doc>

⁹ Правові системи сучасності. Глобалізація. Демократизм. Розвиток / В.С. Журавський, О.В. Зайчук, О.Л. Копиленко, Н.М. Онщенко; за заг. ред. В.С. Журавського. – К.: Юрінком Інтер, 2003. – С. 63–64.

¹⁰ Курносова В.В. Судебная правоприменительная деятельность: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / В.В. Курносова. – Казань, 2018. – С. 72–73.

¹¹ Там само. – С. 73–74.

¹² Там само. – С. 74–75.

Резюме

Левенець Б.Б. Типова модель судового правозастосування.

Стаття присвячена аналізу наукових підходів до розуміння сутності типової моделі судового правозастосування. Зроблено висновок про дискусійність виділення універсальної чи типової моделі судочинства для усіх правових систем. Обґрунтовано існування типової моделі судового правозастосування лише в межах конкретної правової системи.

Ключові слова: модель судового правозастосування, типова модель, нетипова модель, правові системи, судочинство.

Резюме

Левенець Б.Б. Типичная модель судебного правоприменения.

Статья посвящена анализу научных подходов к пониманию сущности типичной модели судебного правоприменения. Сделан вывод о дискуссионности выделения универсальной или типичной модели судопроизводства для всех правовых систем. Обосновано существование типичной модели судебного правоприменения только в пределах конкретной правовой системы.

Ключевые слова: модель судебного правоприменения, типичная модель, нетипичная модель, правовые системы, судопроизводство.

Summary

Levenets B. The typical model of judicial enforcement.

This article is devoted to the analysis of the scientific approach to understanding the substance of a model of judicial enforcement. It is concluded that there is a deliberation on the identification an universal or typical model of judicial enforcement for all legal systems. The existence of a typical model of judicial enforcement only within the limits of a particular legal system has been substantiated.

Key words: model of judicial enforcement, typical model, atypical model, legal systems, judicial proceedings.

Я.В. ФЛЯЖНІКОВА

*Ярослава Василівна Фляжнікова, аспірант
Національного університету «Одеська юридична
академія»*

ІСТОРИЧНІ ВИТОКИ ЕТИЧНИХ ПРАВИЛ У ПРОФЕСІЇ АДВОКАТА

Вимоги професійної етики адвоката є особливим видом соціальних етико-правових норм, що відображають традиції адвокатської професії, які спрямовані на врегулювання поведінки представників цієї професії за допомогою встановлення морально-етичних дозволів, заборон та обов'язків. Акцентуація здійснення історичного огляду професійних етичних засад діяльності адвоката є необхідною умовою для з'ясування як позитивного, так і негативного досвіду, який може стати корисним для реформації чинного законодавства та подальших досліджень науковців.

Дослідженням етичних правил у професії адвоката в різні періоди часу займалися такі науковці, як: К. Арсенєв, Є. Васьковський, І. Гессен, Г. Джаншієв, А. Коні, А. Бойков, Д. Ватман, В. Вегер, А. Ципкін, Н. Кан, Е. Коган та ін.; М. Барщевський, Т. Варфоломеєва, І. Гловацький, Т. Зінатулліна, М. Некрасова, М. Михеєнко, Г. Мірзоева, О. Святоцький, Б. Тищик та ін.; Д. Азарова, Н. Бакаянова, Б. Василик, Т. Вільчик, Е. Димова, В. Дікусар, М. Женіна, Т. Коваленко, Ю. Кручиніна, М. Никифорак, В. Степанова, А. Філатова, Д. Фіолевський, С. Фурса та ін. Однак, враховуючи те, що етичні норми у нинішньому суспільстві розглядаються як пріоритетні, проблема формування правил адвокатської етики залишається малодослідженою.

Метою статті є дослідження історичних передумов виникнення та формування етичних правил у професії адвоката, визначення основних етапів їх розвитку й становлення.

Численні дослідження свідчать, що моральність органічно пов'язана зі світоглядними цінностями та виступає загальною й історично першою духовною орієнтацією людини в соціумі. Несвідомість, ірраціональність є непереможним моментом моральності. У силу цього моральність можна розцінювати як першочергову умову формування і навіть органічну ціннісну складову права у всіх його проявах.

Право і моральність розрізняються з філософської та історичної точок зору. Моральність давніша за своїм походженням, а право з'явилося лише на певному етапі суспільного розвитку, пов'язаного з виникненням державності. Право є інститутом держави, моральність же виступає у вигляді однієї з форм суспільної свідомості і, відповідно, співвідношення між правом і моральністю в філософському аспекті таке ж, як між державою і суспільством.

Згідно з визначеннями С. Ожегова, «право – це сукупність встановлених і охоронюваних державною владою норм і правил, що регулюють відносини людей в суспільстві, а також наука, що вивчає ці норми»; «Моральність – це правила, що визначають поведінку, духовні та душевні якості, необхідні людині в суспільстві»¹.

Вперше термін «етика» був вжитий Аристотелем для позначення особливої галузі прикладної філософії, філософії не абстрактної та умоглядної, а спрямованої на практичне застосування напрацьованих положень. Етика, на думку Аристотеля, відповідає на запитання «Що ми повинні робити?»² по відношенню до інших людей і до самого себе.

Зародившись у Стародавній Греції, етика як вчення про моральність отримала розвиток в Стародавньому Римі. Щоправда, для позначення даної галузі практичної діяльності Цицерон вживав інше слово – *moralis*, перекладаючи так грецьке слово «етичний»³. Відтак, мораль і етика – це синоніми.

Завдяки спільним зусиллям людей народжуються спільні уявлення про належну, гідну поведінку, про справедливість, про свободу і борг, про чесноти та вади, про щастя і сенс життя, тобто про гранично цінне взагалі.

Незважаючи на те, що ці уявлення не зупиняються в розвитку, не фіксуються раз і назавжди, вони мають високий ступінь стійкості. Усі уявлення про належну поведінку більш-менш тривалий час існують у культурній історії людства тільки в тому випадку, якщо вони отримують підтвердження в практиці виживання різних соціальних груп. Це однаковою мірою стосується і адвокатського співтовариства. Тим більше складно було б уявити, що представники такої прагматичної і навіть утилітарної професії, як юриспруденція, погодилися б слідувати правилам, які не можуть бути реалізовані в життя з огляду на їх недоцільність, непродуманість, неадекватність або непрактичність. Кожна норма, в тому числі й норма моралі, створюється для певної мети.

Однак, досліджуючи перші витoki правил адвокатської етики, довелося виявити довготривалу історичну відсутність адвокатської спільноти, а отже, і етичних правил адвокатської професії.

Правила адвокатської етики не виникають навіть із появою виключно правового суспільного інституту – суду, вони формуються поступово разом із розвитком держави. Коли звичаєве право, яке внаслідок три-

вало го часу сформувалося у людській свідомості, замінюється писаним законом, починає не вистачати розуміння правових норм усіма і кожним.

Коли «знань по належне» в певній сфері людської діяльності, зокрема й адвокатської, накопичується достатньо, моральні уявлення складаються в морально-етичні кодекси (від лат. «codex» – книга), або правила, тобто в якусь впорядковану систему, що допомагає людині краще орієнтуватися в тій чи іншій сфері життя. Поява подібних кодексів або правил – результат тривалого процесу. Не виняток з цього і Правила адвокатської етики (далі – ПАЕ).

Ще за часів Стародавнього Риму існували певні правила, за якими не дозволялося їх переступати тим, хто займався захистом і наданням правової допомоги, зауважує Т. Варфоломеева. Встановлений багатьма століттями тому порядок поведінки адвоката й досі з багатьох питань не втратив своєї актуальності, наприклад, про неприпустимість нехтування інтересами особи, якій адвокат надає правові поради, про заборону використання адвокатом на свою користь відомостей, з якими ознайомився під час надання правової допомоги, недозволеність розкриття довіреної йому таємниці. Збереглися й особливі вимоги до особи, яка займається наданням правової допомоги⁴.

Зазвичай, на той час під терміном «адвокат» розуміли рідних або друзів позивача, які супроводжували його до суду, давали поради і як однодумці виражали підтримку й співчуття. З часом назву «адвокат» було поширено на осіб, які допомагали позивачеві вести процес, збирали документи, підшукували засоби захисту та повідомляли про їхню наявність патронаві. Іноді адвокатами звалися навіть свідки. Енциклопедичний словник наводить уривок з римського літопису: хто захищає будь-кого в суді, той (якщо він оратор) називається патроном; адвокатом – якщо допомагає юридичними порадами або своєю присутністю виражає дружню підтримку; повіреним – якщо веде справу, та когнітором, якщо бере на себе справу присутнього і захищає немовби своєю⁵.

Суттєвим є те, що потреба у формуванні культури захисника була зумовлена ускладненням суспільних відносин та появою необхідності в особах, які б володіли достатнім рівнем знань з питань застосування правових норм. Пересічні громадяни, які не мали спеціальної підготовки, не могли через брак таких знань самостійно захищати свої інтереси в суді, їм була необхідна допомога людини, добре ознайомленої з нормами матеріального права та формами процесу. Саме ці спеціалісти-правознавці внаслідок своїх знань, умінь, навичок та поваги до тогочасних приписів стали називатися адвокатами.

У феодальну епоху професійний розподіл праці досягає помітного розвитку, про що свідчить поява численних морально-професійних кодексів, статутів, заповідей чернецьких та лицарських орденів, купецьких гільдій, суддів тощо. Спочатку ці кодекси виражали прагнення представників панівного класу закріпити за собою привілеї займатися розумовою працею, а згодом ця тенденція почала виявлятися і серед людей так званих вільних, творчих професій (художників, письменників). У період Середньовіччя виросла ціла піраміда суворо регламентованих моральних стосунків, кастово-корпоративних розмежувань, які обросли застарілими правилами⁶.

Проблема співвідношення права і моральності в середньовічний період культурно-історичного розвитку розглядалася переважно з філософсько-теологічних позицій. У XI–XII ст. церква захопилася крайнощами: намагалася одночасно узаконювати мораль і моралізувати закони; вона взяла на себе функцію здійснення правосуддя над гріхами і сприяла приведенню світських законів у відповідність до моральних принципів. Що з цього вийшло – ми знаємо.

Цікавим є факт приділення чималої уваги питанням професійної адвокатської етики у так званих Литовських статутах, які діяли в Україні як складовій частині Великого Князівства Литовського у XVI столітті.

Перше законодавче закріплення участі адвоката – «прокуратора» в судовому процесі відбулося в Статуті Великого князівства Литовського 1529 року. Пізніше Статут 1566 р. не тільки конкретизував його положення, а й сформулював адвокатську етику, передбачивши кримінальну відповідальність за порушення адвокатом своїх обов'язків, за нанесення «шкоди» своєму підзахисному, а також визначаючи обов'язок суду призначити адвоката тому, хто «очевисто у права стоїчи не мог бо не умел мовити, ибо речи своее справовати». У Статуті 1588 р. була закріплена норма, відповідно до якої вдовам, сиротам і убогим людям надавалося право безкоштовної юридичної допомоги⁷.

Разом із тим до знаменитої судової реформи 1864 р. адвокатська діяльність законодавчо врегульованою не була, не було закріплено вимог до осіб, які могли здійснювати адвокатську діяльність. Відповідно, не були передбачені організаційні основи цієї діяльності та сформовані органи, які здійснювали б контроль і нагляд за діяльністю представників і захисників, внаслідок чого не могли бути сформовані й етичні правила адвокатської професії і т. д. Наслідком такої законодавчої прогалини «була нікчемність прав повірених» і практично повна відсутність будь-яких етичних принципів і правил адвокатської діяльності, які не тільки не були закріплені нормами закону або етичного кодексу, а й не дотримувалися в силу усталених звичаїв.

Унаслідок результатів судової реформи 1864 р. адвокатура Росії зуміла підняти себе і юридично, і навіть політично – на надзвичайну для самодержавної країни висоту. За свідченням А.Ф. Коні, довелося розробляти одночасно «прийоми адвокатської техніки та ПАЕ»⁸. Ради піддавали присяжних повірених стягненням за аморальні вчинки незалежно від того, чиї інтереси ними порушувалися, хоча сам порядок порушення дисциплінарних справ щодо адвокатів Судовими статутами передбачений не був.

На теренах тогочасної Європи адвокатська корпорація раніше за інших відчула необхідність систематизації професійних норм діяльності⁹. Перший досвід систематизації накопичених знань у галузі юридичної

етики було одержано в XIX ст. метром французької адвокатури Франсуа-Етьєном Молло. Його праця «Правила адвокатської професії у Франції» побачила світ у далекому 1842 році. Проблема адвокатської етики також була присвячена робота відомого французького оратора – адвоката Жуля Фавра «Адвокатські ідеали».

Сформульовані ще у XIX ст. відомим французьким адвокатом Ф. Молло правила адвокатської професії у Франції стали настільною книгою адвокатів і не втратили й до сьогодні своєї актуальності. Із урахуванням великого практичного досвіду самого Ф. Молло у них були інтерпретовані думки найвідоміших у світі юристів, закладена мудрість багатьох поколінь адвокатів. Беручи до уваги досвід Цицерона, Демосфена, Квінтіліана – найвідомішого у Давньому Римі судового оратора, а також інших адвокатів різних епох та своїх знаних колег, Ф. Молло вважав поміркованість, безкорисливість, чесність основними принципами, на яких ґрунтується честь адвокатури, а незалежність – і правом, і обов'язком адвоката.

Присяжна адвокатура, запозичивши і адаптувавши французький досвід, також встала на шлях систематизації та наукової розробки положень адвокатської етики. Підтвердженням тому можуть бути роботи Г. Джаншієва «Ведення неправих справ (Етюд з адвокатської етики)» (1886 р.), Є.В. Васковського «Основні питання адвокатської етики» (1895 р.), М.Д. Кельмановича «Адвокатська етика і різні юридичні замітки приватного повіреного» (1906 р.), А.Н. Маркова «Правила адвокатської професії в Росії» (1913 р.) і багатьох інших. Питаннями професійної юридичної етики зацікавився і А.Ф. Коні восени 1901 р., який читав курс кримінального судочинства в Олександрівському лицейі. Вступною лекцією даного курсу стали широко відомі «Моральні начала в кримінальному процесі», опубліковані в Журналі Міністерства юстиції.

Варто наголосити, що роботи авторів другої половини XIX – початку XX ст. є не лише цікавими науковими дослідженнями, а й важливими історичними джерелами. Їх автори, будучи сучасниками становлення нової для того часу судової системи, брали активну участь у підготовці й реалізації Статутів, були особисто знайомі з найвідомішими юристами і чиновниками, вирішували найважливіші справи.

Цю правову традицію було перервано у 1917 р. у зв'язку з виникненням судової системи радянського типу. Оскільки вітчизняна правова спадщина відкидалась, радянська історіографія, що відображала досліджувану проблематику, до кінця 60-х рр. мала фрагментарний характер. Дослідники радянського періоду осмислювали та подавали інформацію, враховуючи політичні події, що відбувалися в суспільстві в рамках офіційно прийнятої у суспільстві ідеології, критикуючи при цьому інститут адвокатури.

У галузі вдосконалення норм професійної етики перше дослідження після падіння самодержавства з'явилося тільки в 1925 р., коли в непростий для категорій «право» і «закон» час в московському видавництві «Правовий захист» була видана доповідь адвоката В. Вегера загальним зборам московської адвокатури на тему «Дисципліна і етика захисника»¹⁰. Це була невелика за обсягом (усього 64 с.) праця про розвиток норм професійної етики адвоката в умовах радянської держави і права.

У радянський період одним із найбільш непримиримих супротивників юридичної етики був А.Я. Вишинський. Ідейне «обґрунтування» непотрібності та неспроможності дослідження етичних особливостей юридичної професії полягало в тому, що «етика в радянському суспільстві єдина, це – «соціалістична етика»¹¹. Однак проф. Н.Н. Полянський цілком обґрунтовано вважав судження про те, що «адвокати грають у суді роль уповноважених суспільства подібно тому, як прокурори являють собою уповноважених держави»¹² помилковим і відхиляв його.

По суті, професійна свідомість будь-якої людини, а відтак і адвоката, формується разом із розвитком та вдосконаленням певних професій. На сьогоднішній день сформовані кодекси та етичні правила не тільки адвоката, а й суддів, прокурорів, державних службовців та інших не менш важливих професій.

До прикладу, професійна етика бізнесменів американського великого бізнесу є визначальним чинником не тільки їх ставлення до своєї праці (відданість «босу», «фірмі»), а й особистих якостей морального складу¹³.

Доба незалежності характеризується появою ПАЕ, які принесли нові течії та погляди, притаманні часу та надали адвокатам поштовх до нового життя. Перша редакція ПАЕ була прийнята ВККА при Кабінеті Міністрів України 1 жовтня 1999 р., наступна – затверджена Установчим З'їздом адвокатів України 17 листопада 2012 року. У наш час діють ПАЕ, затверджені звітно-виборним з'їздом адвокатів України 9 червня 2017 року.

Власне, у становленні історіографії адвокатури в Україні загалом та історіографії адвокатської етики зокрема можна виокремити три основні етапи: 1) історико-правові дослідження кінця XIX – початку XX ст.; 2) історико-правові дослідження адвокатури середини XX ст.; 3) історико-правові дослідження адвокатури кінця XX – початку XXI століття. Для перших двох етапів характерним є вплив слабкої диференціації української історіографії та її здобутків того часу у відповідних напрямках чи методологічних школах. Відповідно, на цьому етапі основним завданням дослідників було накопичення історичного матеріалу та його опис. На третьому етапі історія адвокатури виокремлюється як велика та самостійна наукова проблема історії держави та права України¹⁴. Разом із розвитком адвокатури розвивались і погляди на етичну складову адвоката та його діяльності.

Отже, на підставі вищевикладеного варто зазначити, що найширший пласт матеріалу, який підлягав осмисленню й аналізу у ході дослідження історіографії етичних правил у професії адвоката, виявлено у роботі дореволюційних авторів. Такі роботи були представлені як фундаментальними дослідженнями, так і статтями вчених у періодичній пресі. До того ж, слід зазначити, що невід'ємною особливістю історіографії адвокатської етики є її циклічний характер, коли наукові дослідження пов'язуються не стільки з хронологічними епохами (давньою історією, середньовіччям, новим і новітнім періодами) чи етапами розвитку державності, скільки з етапами розвитку самої адвокатури. Відтак, кожен період має свої особливості, необхідні для

сприйняття й осмислення не тільки будь-якою людиною, а й адвокатом зокрема. І тільки внаслідок довгочасних епохальних перетворень моральні норми набули глобального значення.

¹ *Ожегов С.И.* Толковый словарь Ожегова онлайн : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://slovarozhegova.ru/word.php?wordid=23251>

² Краткая философская энциклопедия. – М., 1994. – С. 543.

³ Философия: учебник / под ред. А.Ф. Зотова, В.В. Миронова, А.В. Разина. – 6-е изд., перераб. и доп. – М.: Академический проспект, 2009. – С. 548–549.

⁴ *Варфоломеева Т.В.* Впровадження міжнародних правил адвокатської етики в Україні / Т.В. Варфоломеева // Вісник Академії адвокатури України. – 2009. – Число 1. – С. 7–20 : [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/vauu_2009_1_1.pdf

⁵ *Кульчицький О.* Походження та історичний шлях світової адвокатури. Адвокатура та судові оратори Стародавньої Греції та Риму. Друковані пам'ятки видатних адвокатів цих країн щодо адвокатської професії та ораторського мистецтва / О. Кульчицький – 21 грудня, 2011 року : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://advokatonline.org.ua/1-pohodzhennya-ta-istorych-puj-shlyah-svitovoji-advokatury-advokatura-ta-sudovi-oratory-starodavnoji-hretsiji-ta-rymu-drukovanii-pamyatky-vydatnyh-advokativ-tsyh-krajin-schodo-advokatskoji-profesiji/>

⁶ *Бралатан В.П.* Професійна етика: Навчальний посібник / В.П. Бралатан. – К.: Центр учбової літератури, 2011. – 251 с.

⁷ *Довнар Т.И.* «Судов и справ своих отступили и выреклись...» / Т.И. Довнар // Судовой вестник, 1992. – № 2. – С. 56.

⁸ *Кони А.Ф.* Собр. соч.: в 8 т. / А.Ф. Кони. – М., 1968. – Т. 5. – С. 144.

⁹ *Ключникова Я.А.* Профессиональная юридическая этика: теоретический аспект. Мораль и догма юриста: профессиональная юридическая этика / А.Я. Ключникова // Сборник научных статей. – М.: Эксмо, 2008. – С. 149.

¹⁰ *Шайхуллин М.С.* К вопросу о формировании традиций профессиональной этики адвоката / М.С. Шайхуллин // Евразийская адвокатура. – 2014. – № 1 (8). – С. 53–62. – С. 53.

¹¹ *Юридична деонтологія : підручник / В.Д. Ткаченко, С.П. Погребняк, Д.В. Лук'янов та ін. ; за ред. В.Д. Ткаченка. – Х. : Одісеї, 2006. – С. 25.*

¹² *Полянский Н.Н.* Правда и ложь в уголовной защите / Н.Н. Полянский. – М., 1927.

¹³ *Гребеньков Г.В.* Юридична етика: навч. посіб. / Г.В. Гребеньков, Д.П. Фіолевський. – К: Алерта, 2004 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://info-library.com/content/9057_Uridichna_etika_v_Ukraini_radyanskogo_periody.html

¹⁴ *Зашкільняк Л.О.* Українська історіографія на зламі XX і XXI століть: здобутки і проблеми: колективна монографія / Л.О. Зашкільняк. – Л. : Львів. націон. ун-т ім. Івана Франка, 2004. – 406 с. – С. 6.

Резюме

Фляжнікова Я.В. Історичні витoki етичних правил у професії адвоката.

У статті здійснено історичний огляд правил адвокатської етики. Встановлено, що поява кодексів або правил етичної поведінки, в тому числі й у професії адвоката – результат тривалого процесу. Автором визначена періодизація історичних етапів виникнення і становлення етичних правил в професії адвоката, а також сформовані положення, спрямовані на їх розвиток та подальше вдосконалення.

Ключові слова: історичні витoki, адвокатура, мораль, право, етичні правила.

Резюме

Фляжнікова Я.В. Исторические истоки этических правил в профессии адвоката.

В статье осуществлен исторический обзор правил адвокатской этики. Установлено, что появление кодексов или правил этического поведения, в том числе и в профессии адвоката – результат длительного процесса. Автором определена периодизация исторических этапов возникновения и становления этических правил в профессии адвоката, а также сформированы положения, направленные на их развитие и дальнейшее совершенствование.

Ключевые слова: исторические истоки, адвокатура, мораль, право, этические правила.

Summary

Fliazhnikova Y. Historical sources of ethical rules in the profession of lawyer.

The article gives a historical overview of the rules of advocacy ethics. It has been found that the emergence of codes or rules of ethical conduct, including in the profession of lawyer, is the result of a long process. The author determines the periodization of the historical stages of the appearance and formation of ethical rules in the profession of lawyer, as well as the established provisions aimed at their development and further improvement.

Key words: historical sources, law, morals, law, ethical rules.

УДК 342.5

П.А. РУДИК

Петро Андрійович Рудик, доктор історичних наук, професор, професор Національного університету харчових технологій

ПРО СТАНДАРТИ ДОБОРУ КАНДИДАТІВ НА ПОСАДУ СУДДІ В ОСНОВНИХ МІЖНАРОДНИХ І ЄВРОПЕЙСЬКИХ ДОКУМЕНТАХ

Україна чітко визначилася з європейським вибором свого розвитку. Угода про асоціацію між Україною та Європейським Союзом зобов'язує її реформувати і сферу юстиції, зокрема, зміцнити судову владу, підвищити її ефективність, гарантувати її незалежність і неупередженість та боротьбу з корупцією на основі принципу поваги до прав людини та основоположних свобод (ст. 14)¹.

Щоб адаптуватися в європейській правовій простір, Україною в цьому напрямі здійснюються певні кроки. Внесені зміни до Конституції України щодо правосуддя та низки законів, що їх конкретизують, впроваджується судова реформа. Перший її етап завершено. Сформовано новий Верховний Суд України на основі конкурсного добору суддів. Розпочато другий етап судової реформи². Ліквідовуються і створюються нові місцеві та апеляційні суди, формуються вищі спеціалізовані суди, що мають захищати права людини. Тому важливо вивчати і осмислювати правові стандарти міжнародних та європейських нормативно-правових актів і впроваджувати їх в практичну діяльність в Україні.

Друком уже вийшла значна кількість публікацій з даної проблематики, підготовлених провідними вченими Національної академії правових наук України, Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, Інституту законодавства Верховної Ради України, окремих вчених закладів вищої освіти і практиків. Проте у зв'язку з реформуванням правосуддя в Україні вивчення та сучасне осмислення міжнародних і європейських стандартів та їх практичне застосування в Україні лише сприятиме поліпшенню цього процесу.

Основу дослідження даної проблеми становлять положення міжнародних і європейських документів з питань судової влади в цілому і добору суддів та його процедури зокрема. Міжнародні правові документи готуються і схвалюються для того, щоб їхні положення враховувалися країнами світу, а європейські – країнами Європи в їхній практичній діяльності. Роль таких документів надзвичайно важлива, оскільки вони тлумачать та роз'яснюють типові міжнародні та європейські стандарти.

Такими базовими правовими документами є документи, прийняті ООН та інституціями Ради Європи і ЄС щодо судової влади і її суддівського корпусу. Так, враховувалися і враховуються положення Загальної декларації прав людини (10.12.1948), Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (04.11.1950), Міжнародного пакту про громадянські і політичні права (16.12.1966), де зазначається, що кожен має право на справедливий і публічний розгляд справи компетентними, незалежними і безсторонніми судами, створеними на підставі закону. А в Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод в контексті права на справедливий суд, зокрема, зафіксовано положення, що кожен має право на справедливий і публічний розгляд його справи упродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, встановленим законом, який вирішить спір щодо його прав та обов'язків цивільного характеру або встановить обґрунтованість будь-якого висунутого проти нього кримінального обвинувачення (ст. 6)³. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод та Міжнародний пакт про громадянські і політичні права ратифіковані в Україні і є частиною національного українського законодавства (ст. 9 Конституції)⁴. Тому їх приписи підлягають обов'язковому застосуванню.

Принципи, проголошені в Загальній декларації прав людини (ст. 10), Міжнародному пакті про громадянські й політичні права (ст. 14) та інших документах ООН знайшли подальший розвиток в «Основних принципах незалежності судових органів», схвалених резолюціями 40/32 та 40/146 Генеральної Асамблеї ООН від 29 листопада та 13 грудня 1985 року. Ними наголошується, що незалежність судових органів гаран-

тується державою і закріплюється в конституції або законах країни, підкреслюється необхідність їх реалізації на національному, регіональному та міжрегіональному рівнях з урахуванням політичних, економічних, соціальних та культурних умов і традицій кожної країни. Органи державної влади України намагаються їх врахувати. Зокрема, частина положень про незалежність судових органів фіксувалася в різних редакціях Конституції України 1996 р., законах України про судоустрій і статус суддів та інших з урахуванням умов і традицій нашої країни.

У документі серед основних принципів виділяється і такий, як важливість мати суддями відповідну кваліфікацію та необхідність їх правового добору. Так, підкреслюється, що «особи, відібрані для судових посад, повинні мати високі моральні якості і здібності, а також відповідну підбору і кваліфікацію в галузі права», а будь-який метод добору суддів має гарантувати від призначення їх за неправомірними мотивами. Під час добору суддів недопустима дискримінація щодо даної особи за ознаками раси, кольору шкіри, статі, релігії, політичних та інших переконань, національного чи соціального походження, майнового стану та ін.⁵

Цінним є те, що Генеральна Асамблея ООН не лише схвалила Основні принципи, а й прийняла Рекомендації щодо ефективного їх впровадження. Вона поставила вимогу, що «всі держави мають прийняти та впровадити Основні принципи незалежності судових органів у відповідності з правилами до конституційного процесу країни та внутрішньої практики». Вона встановила, що принципи мають застосовуватися до всіх суддів, що жоден суддя не може бути призначений, обраний чи іншим чином залучений до виконання своїх обов'язків, приступати до роботи в суді на умовах або з метою, що несумісні з Основними принципами незалежності судових органів (Рекомендації 1, 2, 3)⁶.

Стандарти щодо судді були визначені також у Загальній (Універсальній) хартії судді, ухваленій Центральною Радою Міжнародної Асоціації Суддів в Тайпеї (Тайвань) 17 листопада 1999 року. Серед таких основних принципів, як незалежність судді, підпорядкування його лише закону, неупередженість, стриманість, ефективність тощо, виділявся і такий принцип, як обрання судді на посаду. Таке обрання має відповідати об'єктивним та прозорим критеріям і базуватися суто на його професійній кваліфікації. Якщо обрання на посаду не відбувається іншим шляхом згідно зі встановленою та глибоко вкоріненою традицією, то таке обрання має здійснювати незалежний орган, що включає достатню кількість представників судової влади (ст. 9)⁷.

Подальший свій розвиток Основні принципи знайшли в Резолюції ООН «Бангалорські принципи поведінки суддів», схваленій Економічною та Соціальною Радою ООН 27 липня 2006 року. Вони є документом, в якому для судової влади, суддів і суспільства в цілому розкривається суть таких принципів поведінки суддів, як незалежність, об'єктивність, чесність і непідкупність, дотримання етичних норм, рівність, компетентність і старанність тощо. Значимість Бангалорських принципів у тому, що вони ставлять за мету встановлювати стандарти діяльності суддів, служити суддям для використання як інструкції, а судовим органам – як базові принципи регламентації поведінки суддів. Ці принципи покликані сприяти кращому розумінню та підтримці здійснення правосуддя з боку представників виконавчої та законодавчої влади, адвокатів і суспільства в цілому. Бангалорські принципи передбачають відповідальність суддів за свою поведінку перед певними інституціями, заснованими з метою забезпечити дотримання судових стандартів, і які самі є незалежними й неупередженими та покликані посилювати, а не применшувати значимість існуючих правових норм і правил поведінки, що зобов'язують суддів⁸.

Голова Суддівської групи з питань дотримання принципів чесного судочинства Крістофер Г. Вірамантрі зазначив, що Бангалорські принципи є документом, який потенційно має величезну цінність не тільки для судових органів всіх країн, а й для широкої громадськості та всіх, хто прагне до забезпечення надійної основи для бездоганної доброчесності судочинства у всьому світі⁹. Положення Бангалорських принципів та їх коментаря застосовуються і в Україні під час здійснення кваліфікаційного оцінювання суддів на відповідність займаній посаді та проведення конкурсних процедур.

Окрім міжнародних стандартів у сфері судочинства, визнаних прогресивною міжнародною спільнотою, і які містяться в різноманітних за своєю правовою природою документах, європейські стандарти щодо статусу суддів, їх конкурсного добору і призначення на посаду судді викладені в низці нормативно-правових актів органів Ради Європи, які враховують положення міжнародних правових документів і далі їх розвивають. Так, «Європейська хартія про закон «Про статус суддів», схвалена Радою Європи 10 липня 1998 р., поставила своєю метою визначити зміст будь-якого закону про статус суддів, щоб забезпечити компетентність, незалежність та неупередженість судів та суддів, яким довірено захищати права громадян. Цей документ, спрямований, по-перше, на більш ефективне сприяння незалежності суддів, що є необхідною для зміцнення верховенства права і для захисту особистих свобод у демократичних державах, по-друге, на забезпечення найкращих гарантій компетентності, незалежності та неупередженості суддів в офіційному документі, призначеному для всіх європейських держав, по-третє, на врахування її положень різними європейськими державами для конкретного забезпечення найкращого рівня гарантій¹⁰.

Водночас серед інших положень про статус суддів Європейська хартія виділяє приписи про необхідність відбору і призначення суддів на посаду окремим органом, незалежним від виконавчої та законодавчої влади, у складі якого щонайменше має бути половина суддів, обраних їх колегами, і в якому було б гарантовано якнайширше представництво суддівського корпусу (п. 1.3 Хартії). До суддів під час виконання покладених на них обов'язків ставилися високі вимоги. Зокрема, суддя при винесенні рішень у справах, рішень, від яких залежить гарантія захисту прав людини, має виявляти повагу до особи та пильно стежити за під-

триманням високого рівня компетентності, дотримуватися таємниці інформації, яку їм довірено в ході судового розгляду(п. 1.5) тощо.

Положення Хартії вимагали, щоб закон передбачав правила відбору та призначення на посаду суддів незалежним органом або комісією на основі здатності кандидатів вільно і неупереджено оцінювати справи, що передаються на їхній розгляд, забезпечення вимог щодо освітньої кваліфікації та наявності попереднього досвіду у кандидатів, застосування ними закону із повагою до гідності людини (п. 2.1, 2), забезпечення незалежним органом вимог до кандидатів щодо відкритості, широти світогляду, компетентності та неупередженості, що пов'язані з виконанням судових обов'язків (п. 2.3).

Хартія чітко визначила стандарти щодо призначення на посаду судді. Передбачалося, що рішення про призначення обраного кандидата на посаду судді та призначення його до конкретного суду приймається незалежним органом або на підставі його пропозиції, рекомендації або погодження з ним чи висловлення його окремої думки (п. 3.1). Вона вказала на необхідність закріплення в законі такого, на нашу думку, важливого положення в боротьбі з корупцією, як встановлення законом конкретно зазначених обставин, за яких «попередня діяльність кандидата або діяльність, якою займаються його чи її близькі родичі, можуть викликати законні та об'єктивні сумніви щодо незалежності та неупередженості кандидата, що може бути перешкодою для його призначення до певного суду» (п. 3.2). Водночас Хартія пропонувала передбачити в законі положення, яким заборонялося б відмовляти кандидату у посаді судді: кандидату не може бути відмовлено у посаді виключно на підставі статі, етнічного або соціального походження, його філософських чи політичних поглядів або релігійних переконань (п. 2.1). І ще одна дуже важлива рекомендація: закон про статус суддів (додамо від себе, в тому числі його приписи про конкурсний добір суддів) не повинен містити жодного положення та жодної процедури, що може похитнути довіру до компетентності, незалежності й неупередженості судів та кожного судді (п. 1.1).

При опрацюванні положень про судову владу і, зокрема, стандартів про добір і призначення суддів, структурні органи Ради Європи постійно перебувають у творчому пошуку, враховують зміни, що відбуваються у цій сфері. Це простежується, зокрема, на прикладі Комітету Міністрів Ради Європи, який приймає рекомендації, готує до ухвалення тексти конвенцій та угод, здійснює контроль за виконанням рішень Європейського суду з прав людини тощо. Прийняті ним рішення за назвою «рекомендація» стосуються і безпосередньо незалежності судової влади та її суддів.

З другої половини ХХ ст. поняття незалежності судової влади в багатьох країнах Європи пов'язувалося лише з процесуальною незалежністю суддів і судів (судова влада була незалежною лише під час проведення судового розгляду та судових засідань), а управління судовою владою як однією з гілок державної влади вважалося сферою впливу виконавчої влади. Проте з часом приходило усвідомлення, що судова влада може брати на себе повну відповідальність за цілі та завдання, які вона виконує, тільки за активної участі у відомчому управлінні системою органів юстиції. І це знайшло своє відбиття в документах. Саме такий підхід проявився уже в «Рекомендації № (94) 12 Комітету Міністрів Ради Європи (994_323) «Незалежність, дієвість та роль суддів», ухваленій 13 жовтня 1994 року.

Тут вперше пропонується участь суддів в управлінні системою органів юстиції, зокрема, пов'язаних із відбором та кар'єрою суддів, які раніше входили виключно до сфери інтересів виконавчої влади. Зокрема, у Рекомендації № (94) 12 передбачається, що орган, уповноважений приймати рішення щодо обрання та кар'єри суддів, повинен бути незалежним від уряду та адміністративних органів. А для гарантії його незалежності рекомендувалося запровадити такі положення, щоб члени цього органу призначались судовою владою і щоб цей орган самостійно приймав рішення про власні правила процедури. При цьому всі рішення стосовно обрання і кар'єри суддів повинні базуватись на заслугах, з урахуванням їхньої кваліфікації, чеснот, здібностей та результатів їхньої праці (принцип I(2) с)¹¹.

Викладені вище положення з часом стали обережно застосовуватися у деяких країнах Європи. Впроваджувалося суддівське самоуправління. Зменшився вплив на добір суддів з боку виконавчої влади і водночас зріс з боку органів суддівського самоврядування. Враховуючи ці зміни поряд з іншими, Рекомендація № 94 (12) через 16 років була замінена оновленою «Рекомендацією CM/Rec (2010) 12 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо суддів: незалежність, ефективність та обов'язки», ухваленій 17 листопада 2010 року. За оцінками експертів ця Рекомендація є одним із найсучасніших керівних міжнародних документів, що сприяють розвитку незалежності судової системи¹². У Рекомендації CM/Rec (2010) 12 Комітет Міністрів, враховуючи базові положення зазначених вище міжнародних і європейських документів щодо права людини на справедливий і публічний суд та основну роль судді у забезпеченні захисту прав людини і основоположних свобод; бажаючи сприяти незалежності суддів, підвищенню ефективності їхньої роботи, зміцненню ролі суддів та судової системи загалом, рекомендує урядам держав-учасниць вжити заходів для забезпечення застосування положень, що містяться в Додатку до цієї Рекомендації, у своєму законодавстві, політиці та практиці і надати суддям можливість виконувати свої функції згідно з викладеними положеннями¹³.

Рекомендація підкреслює, що кожна особа, яка здійснює судочинство, зокрема, й особи, на яких покладено вирішення конституційних питань, мають застосовувати її положення (п. 1). Водночас вона стверджує, що рішення, які стосуються добору суддів, мають ґрунтуватися на об'єктивних критеріях, попередньо визначених законом чи компетентними органами влади з урахуванням кваліфікації кандидатів, їх вмінь та потенціалу, необхідних для вирішення справ при застосуванні закону, зберігаючи при цьому повагу до людської гідності (п. 44).

Порівняно з іншими документами Рекомендація розширила діапазон підстав, якими заборонила дискримінацію суддів або кандидатів на посаду судді на підставі статі, раси, кольору шкіри, мови, релігії, політичних або інших поглядів, національного або соціального походження, належності до національної меншини, власності, неспроможності, народження, сексуальної орієнтації або інших ознак. Проте не вважається дискримінацією вимога, щоб суддею або кандидат на посаду судді був громадянин відповідної держави (п. 45).

Щоб позбавитися впливу виконавчої та законодавчої влади на добір суддів, передбачалось, що орган влади, який приймає рішення щодо добору суддів, повинен бути незалежним від них. Для цього не менше половини його членів мають становити судді, обрані самими ж суддями (п. 46). У випадках, коли рішення про добір суддів приймає глава держави, або уряд, або законодавча влада, незалежний та компетентний орган повинен мати повноваження надавати рекомендації чи викладати свою точку зору, які глава держави, уряд або законодавча влада, що здійснюють призначення, мають застосовувати на практиці (п. 47). Членство незалежних органів влади повинно забезпечувати якнайширше представництво, їх діяльність має бути прозорою (п. 48). Згідно з Рекомендацією такі незалежні органи під назвою «Ради суддів» мають створюватися відповідно до конституції або закону. В їхньому складі має бути не менше половини суддів, обраних самими суддями із судів усіх рівнів. Ради суддів повинні приймати обґрунтовані рішення та вдосконалювати попередньо встановлені процедури, не втручаючись у незалежність окремих суддів та зберігаючи незалежність суддів і судової влади (п.п. 26–29).

Зазначимо, що питання про важливість створення спеціального незалежного державного органу розглядалося ще раніше іншими інституціями Ради Європи. Зокрема, у «Висновку № 10 (2007) Консультативної ради європейських суддів до уваги Комітету Міністрів Ради Європи щодо судової ради на службі суспільства» від 21–23 листопада 2007 р. така роль визначалася за Вищою радою правосуддя або іншим еквівалентним незалежним органом, що керується верховенством права. Згідно з Висновком такий орган має гарантувати незалежність судової системи та її суддів, мати змішане представництво із значною більшістю суддів або навіть складатися повністю із суддів, які повинні обиратися іншими суддями. Одним із першочергових його повноважень є прозорість відбору та призначення суддів. Стандарти щодо вдосконалення статусу суддів, їх добору та призначення на основі об'єктивних критеріїв незалежним органом визначаються Консультативною радою європейських суддів і в інших її висновках¹⁴.

Отже, аналізуючи положення міжнародних та європейських документів, доходимо висновку, що їх приписи спрямовані на забезпечення конкурсного добору суддів, його деполітизацію, на дотримання суддями принципів незалежності, об'єктивності, чесності, етичних норм, рівності, компетентності, старанності, доброчесності для утвердження верховенства права. Міжнародні та європейські стандарти в сфері судочинства мають стати для України орієнтиром і пріоритетом у захисті прав людини і основоположних свобод.

¹ Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011

² Ми маємо наблизити суди і правосуддя до людей – Президент про початок другого етапу судової реформи 29 грудня 2017 року : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://www.president.gov.ua>

³ Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 04.11.1950 року зі змінами та доповненнями : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua>

⁴ Конституція України із змінами, внесеними згідно із Законами // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

⁵ Основні принципи незалежності судових органів, схвалені резолюціями 40/32 та 40/146 Генеральної Асамблеї ООН від 29 листопада та 13 грудня 1985 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua>

⁶ Рекомендації щодо ефективного впровадження Основних принципів незалежності судових органів, схвалені резолюцією Генеральної Асамблеї ООН 44/162 від 15 грудня 1989 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.judges.org.ua/article/d4.htm>

⁷ Загальна (Універсальна) хартія судді, ухвалена Центральною Радою Міжнародної Асоціації Суддів в Тайпеї (Тайвань) 17 листопада 1999 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua>

⁸ Бангалорські принципи поведінки суддів від 19.05.2006 р., схвалені Резолюцією Економічної та Соціальної Ради ООН від 27.07.2006 р. № 2006/23 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua>

⁹ Коментарі щодо Бангалорських принципів поведінки суддів: Управління ООН з наркотиків та злочинності. – 2007 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://www.vkksu.gov.ua/userfiles/komentari%20bangalorski.pdf>

¹⁰ Європейська хартія про закон «Про статус суддів»: прийнята Радою Європи 10.07.1998 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_236

¹¹ Рекомендація № (94) 12 «Незалежність, дієвість та роль суддів», ухвалена Комітетом Міністрів Ради Європи на 518 засіданні заступників міністрів 13.10.94 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua>

¹² *Virgilius Valančius*. Передмова // Європейські та міжнародні стандарти у сфері судочинства. – К., 2015. – С. 13.

¹³ Рекомендація CM/Rec (2010) 12 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо суддів: незалежність, ефективність та обов'язки», ухвалена Комітетом Міністрів Ради Європи 17.11.2010 р. на 1098 засіданні заступників : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_a38

¹⁴ Документи Консультативної ради європейських суддів [Текст] = Documents of the Consultative Council of European Judges / Council of Europe; [упоряд. А.О. Кавакін]. Офіц. вид. 2-ге вид., допов. – К.: Ін Юре, 2017. – 813 с.

Резюме

Рудик П.А. Про стандарти добору кандидатів на посаду судді в основних міжнародних і європейських документах.

Аналізуються положення міжнародних і європейських документів щодо важливості впровадження стандартів добору суддів, його деполітизації, дотримання при цьому верховенства права, утвердження основних принципів поведінки суддів для захисту прав людини і основоположних свобод.

Ключові слова: стандарти, міжнародні документи, європейські документи, конкурс, добір суддів, деполітизація.

Резюме

Рудик П.А. О стандартах добора кандидатов на должность судьи в основных международных и европейских документах.

Анализируются положения международных и европейских документов относительно важности внедрения стандартов добора судей, его деполитизации, соблюдения при этом верховенства права, утверждения основных принципов поведения судей для защиты прав человека и основоположных свобод.

Ключевые слова: стандарты, международные документы, европейские документы, конкурс, добор судей, деполитизация.

Summary

Rudyk P. On the standards for the selection of candidates for the position of judge in major international and European documents.

The author analyzes the provisions of international and European documents concerning the importance of introducing standards for the selection of judges, its depoliticization, adherence to the rule of law, the approval of the basic principles of judicial conduct for the protection of human rights and fundamental freedoms.

Key words: standards, international documents, European documents, competition, selection of judges, depoliticization.

УДК 342.7

Н.П. ГАЄВА

*Надія Петрівна Гаєва, кандидат юридичних наук,
старший науковий співробітник Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України*

ОБ'ЄДНАННЯ ГРОМАДЯН ЯК СУБ'ЄКТИ ГРОМАДСЬКОГО КОНТРОЛЮ: ТЕРМІНОЛОГІЧНИЙ АСПЕКТ

У ході демократичного розвитку держави все більшого значення набуває громадський контроль. Для кращого пізнання сутності зазначеної проблеми важливо з'ясувати суб'єктів його здійснення, до яких зазвичай відносять об'єднання громадян.

Дослідження об'єднань громадян як суб'єктів громадського контролю неможливе без чіткого усвідомлення сучасних точок зору вчених щодо визначення конкретних видів його суб'єктів. При цьому слід зазначити, що ні у вітчизняному законодавстві, ні в юридичній науці не встановлено загального вичерпного переліку суб'єктів громадського контролю. Як результат – у науковій літературі суб'єкти громадського контролю визначаються по-різному. У зв'язку з цим заслуговують на увагу роботи О.Ф. Андрійко, С.М. Алфьорова, І.А. Артеменка, О.Г. Бондарчука, С.С. Вітвіцького, С.А. Косінова, В.В. Кравчука, А.С. Крупника, І.О. Сквірського та інших авторів, які в своїх наукових дослідженнях визначають суб'єктів громадського контролю в Україні. Відтак, **метою** статті є з'ясування підходів вчених до об'єднань громадян як суб'єктів громадського контролю.

Водночас не можна обминути термінологічної нечіткості дослідників в окресленні об'єднань громадян як суб'єктів громадського контролю. Складність у розумінні цієї проблеми пов'язана із відсутністю єдиного підходу у поглядах науковців щодо співвідношення термінів «об'єднання громадян», «політична партія», «громадська організація», «громадське об'єднання», «професійні спілки» тощо. А тому очевидним стає факт, що визначальною для вирішення цієї термінологічної плутанини є ст. 36 Конституції України, що запроваджує конституційний термін «об'єднання громадян» як позначення загальної категорії, яка включає два види об'єднань – політичні партії та громадські організації¹. Останні, з одного боку, є родовим поняттям для конкретних категорій громадських організацій, у тому числі професійних спілок, а, з іншого, відповідно до Закону України «Про громадські об'єднання» від 22 березня 2012 р. – організаційно-правовою формою громадського об'єднання (ч. 2 ст. 1)². Проте вчені, досліджуючи суб'єкти здійснення громадського контролю, не приділяють (або не бажають приділяти) увагу вказаному проблемному питанню і продовжують на

доктринальному рівні використовувати в окресленні кола суб'єктів різні терміни, серед яких: об'єднання громадян, громадські організації, громадські об'єднання, професійні спілки тощо. Але при цьому не з'ясовують, як саме вони співвідносяться, що породжує неясність у переліку суб'єктів громадського контролю.

Так, на думку Г.О. Палій, до суб'єктів громадського контролю зазвичай відносять громадські об'єднання, профспілки, партії³. Проте здійснюючи більш детальний розгляд сучасних точок зору щодо даного питання, варто звернути увагу, що позиції науковців далекі від одностайності. Так, зокрема, О.Ф. Андрійко серед суб'єктів громадського контролю виділяє об'єднання громадян⁴, В.К. Колпаков та О.В. Кузьменко – громадські організації⁵, С.А. Косінов – політичні партії, громадські організації⁶; Т.В. Семигіна – громадські об'єднання⁷, С.М. Кушнір – громадські організації та політичні партії, профспілки⁸, В.Я. Малиновська – громадські об'єднання і політичні партії, професійні спілки, молодіжні та інші громадські організації⁹. У свою чергу, З.С. Гладун до суб'єктів громадського контролю пропонує зараховувати громадські об'єднання, уточнюючи, що коло останніх формують політичні партії, професійні спілки, молодіжні та інші громадські організації¹⁰. Тим самим стирається грань між громадськими об'єднаннями та політичними партіями.

Є й інші підходи. Так, деякі науковці (А.С. Крупник¹¹, О.Г. Бондарчук¹²) серед суб'єктів громадського контролю виділяють організовану та неорганізовану громадськість. До організованої громадськості А.С. Крупник відносить громадські, профспілкові, творчі організації та інші громадські об'єднання. До цієї ж групи дослідник пропонує зараховувати й ті політичні партії, які на даний момент не пройшли до парламенту. Інші вчені, як, наприклад, В.В. Кравчук, пропонують авторську класифікацію суб'єктів громадського контролю, яка за ознакою компетентності складається із загальних, спеціальних та фахових (кваліфікованих) суб'єктів. З огляду на це, до загальних суб'єктів громадського контролю дослідник відносить громадські об'єднання, створені відповідно до Закону України «Про громадські об'єднання»; громадські організації з контролю за діяльністю суб'єктів владних повноважень; інші недержавні організації. При цьому автор уточнює, що право здійснення громадського контролю має належати тим громадським організаціям, серед видів діяльності яких є здійснення громадського контролю за діяльністю органів виконавчої влади, органів місцевого самоврядування та їх установ¹³.

Існує також позиція, яка базується на тому, що громадський контроль є системним утворенням, яке складається з низки підсистемних утворень (систем нижчого рівня). Згідно з даним підходом І.О. Сквірський пропонує у змісті громадського контролю виділяти, зокрема: політичний громадський контроль (здійснюється політичними партіями, рухами тощо); неполітичний громадський контроль (здійснюється національними громадськими об'єднаннями та приватними особами). Водночас І.О. Сквірський зазначає, що запропонований ним перелік суб'єктів громадського контролю є вичерпним та підкреслює провідну роль громадських об'єднань під час здійснення громадського контролю¹⁴. Наведене розуміння ролі громадських об'єднань у здійсненні громадського контролю підмітив і Т.В. Панченко, зазначаючи, що провідним суб'єктом громадського контролю виступають різноманітні громадські об'єднання, які реалізуючи свої статутні завдання, захищають інтереси своїх членів¹⁵. Подібний підхід висловлюють С.М. Алфьоров та С.С. Вітвіцький, які переконані, що найбільш активними учасниками громадського контролю є громадські організації та об'єднання громадян. Водночас зазначають, що суб'єктний склад громадського контролю схожий зі складовими елементами громадянського суспільства. Далі дослідники продовжують, що певну роль у здійсненні громадського контролю відіграють політичні партії¹⁶. У правничій літературі звертається увага й на те, що громадські об'єднання становлять переважну більшість суб'єктів громадського контролю¹⁷. На доцільність зміцнення громадського контролю у ракурсі кількісно-якісного росту громадських організацій наголошує відомий вітчизняний правозахисник Є.Ю. Захаров¹⁸. Позитивно сприймаючи наведені міркування, зауважимо, що нестабільна правова термінологія щодо суб'єктів громадського контролю на доктринальному рівні нами сприймається негативно.

Водночас слід констатувати, що після прийняття Закону України «Про громадські об'єднання» більшість вітчизняних вчених відмовились від конституційної доктрини об'єднань громадян, що включає політичні партії та громадські організації, і використовують запропонований законодавцем термін «громадське об'єднання», який об'єднує два часткові поняття – громадська організація та громадська спілка. У розрізі цього поняття варто також зазначити, що під юридичну конструкцію «громадське об'єднання» як комплексний термін доволі підводять і політичні партії. Не зупиняючись у межах цієї статті на питаннях розмежування термінів «об'єднання громадян», «громадське об'єднання», «політична партія», «громадська організація», «громадська спілка», зазначимо лише, що громадська спілка, як різновид громадського об'єднання, є також суб'єктом громадського контролю. При цьому синонімічне вживання термінів «об'єднання громадян» та «громадське об'єднання» є невиправданим та юридично некоректним. Ми ж дотримуємося тієї думки, що термін «об'єднання громадян» слід залишити для позначення об'єднань, утворених фізичними особами відповідно до ст. 36 Конституції України (політичні партії та громадські організації); термін «громадські організації» – для позначень об'єднань громадян, які не є політичними партіями; термін «громадські об'єднання» – для позначення об'єднань юридичних осіб приватного права, тобто громадських спілок. Такий підхід, на нашу думку, може стати передумовою і для дослідження дискусійних проблем щодо розуміння суб'єктів громадського контролю. Якщо ж виходити із приписів чинного законодавства, то на сьогодні суб'єктами громадського контролю виступають, зокрема, політичні партії, громадські організації, громадські спілки.

Серед суб'єктів здійснення громадського контролю окрема увага у науковій літературі приділяється політичним партіям. Якщо питання щодо визнання громадських організацій як суб'єктів громадського конт-

ролю не викликає сумнівів, то участь політичних партій у здійсненні громадського контролю належить до дискусійних. Аналіз різних наукових поглядів на це питання засвідчив, що в сучасній науці існують полярні погляди: одні автори вважають, що суб'єктами громадського контролю виступають політичні партії, інші – у категоричній формі це заперечують. При цьому ряд дослідників тільки констатують свою точку зору без її аргументації. Так, для прикладу, С.М. Кушнір без відповідних пояснень стверджує, що суб'єктами громадського контролю виступають політичні партії¹⁹. Аналогічну позицію обіймає О.М. Музичук, який вважає, що політичні партії можуть бути суб'єктами здійснення громадського контролю²⁰. Близьке до попередніх висловлювань наводить О.Б. Зеленцов, але уточнює, що громадський контроль здійснюється з боку політичних партій (правлячих та опозиційних)²¹. Деяко з інших позицій уявляє участь політичних партій у громадському контролі С.Г. Братель, який вважає, що реальні важелі можуть мати політичні партії лише в тому разі, якщо вони представлені у відповідних органах влади²².

На протривагу такому підходу, А.С. Крупник стверджує, що суб'єктами громадського контролю, про які ми згадували вище, є ті політичні партії, які на даний момент не пройшли до парламенту, а також партійні осередки обласного, районного, міського, районного у місті рівнів, які не представлені в органах місцевого самоврядування цього рівня²³. З таким підходом перетинається позиція І.О. Сквірського, який констатує, що політичні партії, які представлені у владі, взагалі не можуть бути визнані суб'єктами громадського контролю. При цьому наводить такі аргументи: оскільки політичні партії беруть безпосередню участь у формуванні складу суб'єктів публічного управління, вони не можуть неупереджено та об'єктивно підходити до оцінки їх діяльності. Непоодинокими, продовжує автор, є випадки, коли члени провладних партій очолюють ті або інші органи публічного управління, що знову ж таки ставить під сумнів можливість контролю діяльності посадовців з боку політичних партій. На думку І.О. Сквірського, у подібних ситуаціях доречно вести мову про громадський політичний контроль, який, дійсно, здійснюється політичними партіями. Проте, додає він, ставити такий контроль на один щабель з контролем, який реалізується, скажімо, громадськими організаціями, недоцільно. Як наслідок цього – суб'єктами громадського контролю, на думку даного автора, зараховуються лише ті політичні партії, які не представлені в органах державної влади або в органах місцевого самоврядування²⁴.

Висловлює солідарність з такою позицією В.В. Кравчук, який водночас додає, що можна виокремити діяльність опозиційних політичних партій, які пропонують народу та/або громаді альтернативні програми розвитку, що також є вагомим елементом контролю за діяльністю діючої політичної влади. При цьому, зазначає дослідник, навіть опозиційні політичні партії, хоч вони і є важливою складовою політичної системи суспільства, також не належать до суб'єктів громадського контролю. Далі він робить висновок, що парламентські партії та партійні осередки, які представлені у відповідних місцевих радах, є суб'єктами політичного контролю, який хоч і має певні спільні риси з громадським, але повинен розглядатися окремо²⁵.

Звернемо увагу й на те, що вже цитований І.О. Сквірський у іншій своїй науковій праці, коментуючи можливість віднесення до суб'єктів громадського контролю політичних партій, констатує, що за своїм правовим статусом політичні партії принциповим чином відрізняються від інших видів громадських об'єднань, що пояснюється їх участю у формуванні органів державної влади. З огляду на це він вважає, що форми та методи контролю політичних партій (особливо тих, що представлені у парламенті, а також опозиційних політичних партій) за функціонуванням суб'єктів публічного управління набувають політичного характеру, що мають бути обов'язково враховані під час аналізу громадського контролю. Як наслідок цього, на думку І.О. Сквірського, контроль, який здійснюється політичними партіями є окремим, специфічним видом громадського контролю²⁶. Аналізуючи зазначені твердження, можна зробити висновок про наявність протиріч у наукових працях І.О. Сквірського, присвячених проблематиці зарахування до суб'єктів громадського контролю політичних партій. Тут слушно також зазначити: якщо в попередній науковій праці автор чітко не розмежовує громадський контроль та контроль, який здійснюється політичними партіями (громадський політичний контроль), то відповідно до запропонованих вище тверджень І.О. Сквірський вважає громадський контроль значно ширшим поняттям, ніж контроль, який здійснюється політичними партіями.

У контексті нашого дослідження концептуально важливим є і висновок П.М. Любченка, на думку якого, громадський контроль є однією з найважливіших функцій, які виконують політичні партії²⁷. Прихильником такої позиції є, зокрема, і вітчизняний вчений В.В. Корженко²⁸. Так, досліджуючи політичні партії як елемент громадянського суспільства, вони виділяють серед їх функцій громадський контроль щодо виконання функціональних обов'язків службовцями та сприяння забезпеченню прозорості й відповідальності влади. Тут варто навести і міркування С.М. Алфьорова та С.С. Вітвицького, які зазначають, що суб'єктний склад громадського контролю схожий зі складовими елементами громадянського суспільства, що вкотре доводить їх взаємозв'язок у демократичній державі²⁹. Але, на жаль, у науковій літературі на сьогодні з приводу розуміння структурних елементів громадянського суспільства існує декілька позицій. Не вдаючись у докладний аналіз різних підходів щодо існуючих уявлень про структуру громадянського суспільства, зазначимо, що нині існують суперечливі судження на співвідношення «політичного» і «соціального» в системі інститутів громадянського суспільства. Перша група авторів трактує громадянське суспільство як сферу «неполітичного характеру». Інші визначають громадянське суспільство як «політичний феномен»³⁰. Згідно з цим підходом інституційна структура громадянського суспільства включає не тільки громадські організації, а й політичні партії³¹.

З наведеним підходом погоджуємося та вважаємо, що в такому ключі варто рухатись і при дослідженні суб'єктів громадського контролю. Водночас хочемо зазначити, що ототожнювати політичну партію та її

фракцію у парламенті в жодному разі не можна. Як слушно зауважував В.Ф. Погорілко, депутатські партійні фракції є елементами внутрішньої структури парламентів, «ключовим елементом в організації парламентів»³². У зв'язку з цим включення до суб'єктів громадського контролю лише тих політичних партій, які на даний момент не пройшли до парламенту, а також партійні осередки, які не представлені в органах місцевого самоврядування відповідного рівня, не є достатньо обґрунтованим. Адже в такому разі нівелюються інші форми контрольної діяльності політичних партій, за допомогою яких реалізуються їх повноваження незалежно від того, пройшли вони до парламенту чи ні. Важливо також і те, що контроль з боку політичних партій повинен здійснюватися у межах і в спосіб, визначений законодавством.

На основі вищенаведеного можна констатувати, що громадські організації та політичні партії незалежно від того, представлені вони в органах державної влади та органах місцевого самоврядування чи ні є суб'єктами громадського контролю. Тут варто додати, що при подальшому вдосконаленні нормативно-правового забезпечення громадського контролю доцільно на законодавчому рівні розкрити його природу, передусім виходячи із чітко визначеного вичерпного переліку суб'єктів громадського контролю, серед яких об'єднання громадян. Така інтерпретація поняття громадського контролю, як вбачається, є одним із найбільш плідних підходів, що допоможе пізнати його сутність. Водночас у законодавстві про громадські організації та політичні партії слід передбачити такий вид їх діяльності, як громадський контроль, що дасть змогу однозначно стверджувати, що об'єднання громадян є суб'єктами громадського контролю.

¹ Конституція України: прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28.06.1996 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: zakon4.gada.gov.ua/kaws/show/254k/96-ВР

² Про громадські об'єднання: Закон України від 22.03.2012 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2013. – № 1. – Ст. 1.

³ *Палій Г.О.* Перспективи становлення системи громадського контролю / Г.О. Палій // Стратегічні пріоритети. – 2014. – № 3 (32). – С. 124. – С. 121–126.

⁴ *Андрійко О.Ф.* Громадський контроль // Великий енциклопедичний юридичний словник / О.Ф. Андрійко ; за ред. Ю.С. Шемшученка. 2-ге вид., перероб. і допов. – К.: Вид-во «Юридична думка», 2012. – С. 148. – 1020 с.

⁵ Адміністративне право України: підручник / за заг. ред. В.К. Колпакова, О.В. Кузьменко. – К.: Юрінком Інтер, 2003. – С. 531. – 544 с.

⁶ *Косінов С.А.* Форми та інструменти громадського контролю / С.А. Косінов // Право України. – 2013. – № 5. – С. 322–323. – С. 322–329.

⁷ *Семеніга Т.В.* Громадський контроль як механізм попередження порушень у сфері охорони здоров'я // Віче: журнал Верховної Ради України. – 2009. – № 19. – С. 17–20.

⁸ *Кушнір С.М.* Правові засоби громадського контролю в механізмі правового регулювання: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / С.М. Кушнір. – Запоріжжя, 2011. – С. 10. – 20 с.

⁹ *Малиновська В.Я.* Державне управління: навч. посіб. / В.Я. Малиновська. – Луцьк: Ред.-вид. «Вежа» Волинського держ. ун-ту ім. Лесі України, 2000. – С. 228. – 558 с.

¹⁰ *Гладун З.С.* Державна політика охорони здоров'я в Україні (адміністративно-правові проблеми формування і реалізації): монографія / З.С. Гладун. – Тернопіль: Економічна думка, 2005. – С. 17. – 460 с.

¹¹ *Крупник А.С.* Громадський контроль: сутність та механізми здійснення / А.С. Крупник // Теоретичні та прикладні питання державотворення. – 2007. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.library.oridu.odessa.ua

¹² *Бондарчук О.Г.* Громадський контроль як механізм протидії корупції: проблеми його реалізації в пенітенціарній системі України / О.Г. Бондарчук // Часопис Національного університету «Острозька академія». – 2013. – № 1 (7). – (Серія: «Право»): [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://lj.oa.edu.ua/articles/2013/n1/13bohpsu.pdf>

¹³ *Кравчук В.В.* Полісуб'єктність громадського контролю у механізмі державного правління / В.В. Кравчук // Теория и практика: Национальный юридический журнал = Theory and Practice: National Law Journal. – 2016. – № 5 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.jurnaluljuridic.in.ua/archive/2016/5/2pdf

¹⁴ *Сквірський І.О.* Що розуміти під категорією «громадський контроль»? / І.О. Сквірський // Науковий вісник Ужгородського національного університету. – 2013. – Вип 21. – Ч. 1. – Т. 2. – С. 226–229. – (Серія: «Право»).

¹⁵ *Панченко Т.В.* Громадський контроль і його вплив на формування ефективності роботи місцевого врядування / Т.В. Панченко // Зарубіжний досвід організації та роботи місцевої влади: монографія / О.В. Власенко, П.В. Ворона, М.О. Пухтинський та ін. – Полтава, 2009. – С. 273–274, 261–276. – 288 с.

¹⁶ *Алфьоров С.М.* Громадський контроль в умовах формування громадянського суспільства / С.М. Алфьоров, С.С. Вітвіцький // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2014. – № 1. – С. 105–107. – С. 101–108.

¹⁷ *Артеменко І.А.* Громадські об'єднання як суб'єкти контрольних проваджень / І.А. Артеменко // Науковий вісник Херсонського державного університету. – 2014. – Вип. 1. – С. 2. – С. 49. – С. 47–51. – (Серія: «Юридичні науки»).

¹⁸ *Захаров Є.* Громадський контроль і права людини / Є. Захаров : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.oroga.org.ua

¹⁹ *Кушнір С.М.* Правові засоби громадського контролю в механізмі правового регулювання: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.01 / С.М. Кушнір. – Запоріжжя, 2011. – С. 10. – 20 с.

²⁰ *Музичук О.М.* Контроль за діяльністю правоохоронних органів в Україні: монографія / О.М. Музичук. – Х.: Харківський нац. ун-т внутрішніх справ, 2010. – С. 329. – 564 с.

²¹ *Зеленцов А.Б.* Контроль за деятельностью исполнительной власти в зарубежных странах / А.Б. Зеленцов. – М.: Изд-во РУДН, 2002. – С. 8. – 190 с.

²² *Братель С.Г.* Політичні партії як суб'єкт громадського контролю за діяльністю міліції / С.Г. Братель // Держава і регіони. – 2011. – № 4. – С. 6–11. – (Серія: «Право»).

²³ *Крупник А.С.* Громадський контроль: сутність та механізми здійснення / А.С. Крупник // Теоретичні та прикладні питання державотворення. – 2007. – Вип. 1 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://bit.ly/2brgl.yi>

²⁴ Сківський І.О. До питання про систему суб'єктів громадського контролю в Україні / І.О. Сківський // Порівняльно-аналітичне право. – 2013. – № 3–1. – С. 261. – С. 261–264.

²⁵ Кравчук В.В. Полісуб'єктність громадського контролю у механізмі державного правління / В.В. Кравчук // Теорія і практика: Національний юридический журнал = Theory and Practice: National Law Journal. 2016. № 5 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.jurnaluljuristic.in.ua/archive/2016/5/2pdf

²⁶ Сківський І.О. Що розуміти під категорією «громадський контроль»? / І.О. Сківський // Науковий вісник Ужгородського національного університету. – 2013. – Вип. 21. – Ч. 1. – Т. 2. – С. 228. – С. 226–229. – (Серія: «Право»).

²⁷ Любченко П.М. Політичні партії як елемент громадянського суспільства та їх вплив на розвиток місцевого самоврядування / П.М. Любченко // Проблеми законності. – 2009. – Вип. 100. – С. 95–96. – С. 91–100.

²⁸ Корженко В.В. Партії у громадянському суспільстві: перестороги соціально-філософського дискурсу / В.В. Корженко // Політичні партії в незалежній Україні: роль та місце у політичній трансформації суспільства: наук. збірник / уклад. В.В. Нікітін. – Х.: ХарПІ УАДУ, 2001. – С. 53. – С. 53–58. – 140 с.

²⁹ Алфьоров С.М. Громадський контроль в умовах формування громадянського суспільства / С.М. Алфьоров, С.С. Вітвіцький // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2014. – № 1. – С. 106. – С. 101–108.

³⁰ Кириченко С.О. Співвідношення соціальної правової держави і громадянського суспільства в умовах сучасної України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.01 / С.О. Кириченко. – К., 2001 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.referatu.net.ua/newreferats/7569/184628

³¹ Лемак В.В. Політичні партії як інститут громадянського суспільства: проблеми правового регулювання в Україні / В.В. Лемак // Право України. – 2010. – № 7. – С. 18–23; Скрипнюк О.В. Вплив інститутів громадянського суспільства на становлення і розвиток демократичного політичного режиму / О.В. Скрипнюк // Право України. – 2001. – № 5. – С. 12–17; Тодика Ю.Н. Роль Конституції України в становленні громадянського суспільства / Ю.Н. Тодика // Вісник Академії правових наук України. – 1999. – № 2. – С. 3–12.

³² Український парламентаризм: минуле і сучасне / за ред. Ю.С. Шемшученка. – К.: Парламентське вид-во, 1999. – С. 24. – 368 с.

Резюме

Гаєва Н.П. Об'єднання громадян як суб'єкти громадського контролю: термінологічний аспект.

У науковій статті вивчаються підходи вчених до об'єднань громадян як суб'єктів громадського контролю. Виявлено спільне й відмінне в їх поглядах, висловлюються власні ставлення до них. Визначено, що суб'єктами громадського контролю є громадські організації та політичні партії незалежно від того, представлені вони в органах державної влади та в органах місцевого самоврядування чи ні.

Ключові слова: громадський контроль, об'єднання громадян, політичні партії, громадські організації.

Резюме

Gaeva N.P. Ob'edineniya grazhdan kak sub'yekty obshchestvennogo kontrolya: terminologicheskii aspekt.

В научной статье изучаются подходы ученых к объединениям граждан как субъектов общественного контроля. Рассматриваются общие и отличительные аспекты в их взглядах, высказывается собственное отношение к ним. Определено, что субъектами общественного контроля являются общественные организации и политические партии независимо от того, представлены они в органах государственной власти и в органах местного самоуправления или нет.

Ключевые слова: общественный контроль, объединения граждан, политические партии, общественные организации.

Summary

Gaeva N. Association of citizens as subjects of public control: different aspects of definition.

The article considers the approaches of scientists to associations of citizens as subjects of public control. Discovered common and different approaches in their views, expressed author's own attitude towards it. It is determined that public control bodies are public organizations and political parties, regardless of whether they are represented in public authorities and in local self-government bodies or not.

Key words: public control, citizens' associations, political parties, public organizations.

М.І. СУРЖИНСЬКИЙ

Максим Ігорович Суржинський, науковий співробітник Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України

ГРОМАДЯНСТВО ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ: ПРОБЛЕМИ ВИЗНАЧЕННЯ

Проголошення Україною курсу на європейську інтеграцію та формування в цьому контексті внутрішньої і зовнішньої політики зумовили потребу виходу на новий рівень досліджень питань, пов'язаних з громадянством Європейського Союзу (далі – громадянство ЄС).

Проблемою визначення громадянства ЄС на сучасному етапі розвитку суспільства займаються такі дослідники: Ю.М. Гладенко, О.В. Журавка, Ю.Д. Ільїн, А.В. Калабухова, Т.І. Ковальчук, О.О. Миронов, Ю.Л. Подаєнко, Б.М. Топорнін, К.Л. Шкумбатюк, С.А. Янковський, І.В. Яковюк та інші. Проте навіть сьогодні серед учених немає єдності в поглядах щодо сутнісних характеристик даного правового феномена.

Громадянство ЄС, як зазначають дослідники європейського права, є явищем загадковим і винятковим. З одного боку, хоча ЄС має багато політичних ознак, він не є державою, з другого – немає жодної іншої міжнародної організації, яка має власних громадян, навіть якщо вони можуть набувати громадянство ЄС через різні вимоги щодо громадянства однієї з держав-членів¹. Тому тут постають запитання: що розуміється під терміном «громадянство ЄС», яка природа цього феномена, як це громадянство співвідноситься із громадянством держави й насамперед держави-члена цієї міжнародної організації, а також чи можливо особу, яка є одночасно громадянином ЄС і держави, що входить у цей Союз, вважати біпатридом?

У даному аспекті викликає інтерес міркування Б.М. Топорніна, який вважає, що запровадження громадянства ЄС, безперечно, дуже серйозний крок у напрямі, що веде до федеративного державного устрою. Він зазначає, що громадянство ЄС має більше ідеологічне, ніж юридичне обґрунтування: «... Якщо люди бачитимуть в Європі співтовариство народів, а не тільки держав, у інтеграції з'являться міцні корені»². Інші дослідники, наприклад О.О. Миронов, вважають, що громадянство, у тому числі європейське, як правова категорія тісно пов'язане з населенням держави, і практика його здійснення – складний, тривалий процес³. За визначенням третіх громадянство ЄС – це новий різновид громадянства – наднаціональне громадянство⁴. Відповідно легальне розуміння поняття громадянства (постійний правовий зв'язок особи з державою, що проявляється в їх взаємних правах і обов'язках)⁵ в даному випадку набуває деяких особливих рис. Під громадянством ЄС, на думку О.М. Гладенко, прийнято розуміти правовий зв'язок громадян держав-членів ЄС з цією організацією, яка знаходить свій прояв у взаємних правах і обов'язках, встановлених Маастрихтським договором – Договором про створення Європейського Союзу, підписаним 7 листопада 1992 року⁶. Дехто визначає правову сутність громадянства ЄС як громадянства квазідержавного об'єднання держав⁷.

Окрему увагу слід привернути й до того, що терміни «європейське громадянство» та «громадянство Європейського Союзу» в науково-правовій літературі часто ототожнюються. З урахуванням тривалості формування інституту громадянства Європейського Союзу, що втілюється в Маастрихтському договорі, а потім у Лісабонському договорі (або Договорі реформування), підписаному на саміті ЄС 13 грудня 2007 р. як «громадянство Союзу»⁸, будемо використовувати терміни «європейське громадянство» і «громадянство Союзу» (тобто «громадянство Європейського Союзу») як рівнозначні поняття. При цьому Лісабонський договір повинен замінити Конституцію ЄС (проект Договору, що запроваджує Конституцію для Європи)⁹, прийняття якої практично провалилося. Формально новий договір не є конституцією, але він зберіг всі ключові положення про реформи, що були в первинному документі – Конституції ЄС, в тому числі і щодо громадянства ЄС.

Поруч з позитивною оцінкою громадянства ЄС у зарубіжній літературі з'явилися публікації стосовно складнощів реалізації цього інституту. Зокрема, У.К. Прейсс висловив думку, що поняття «європейське громадянство» залишається не зрозумілим, зміст його формальний, перебуває у стадії «правових категорій». Відсутність чіткого визначення концептуального змісту європейського громадянства створює складнощі в розумінні його значення для процесу європейської інтеграції. У.К. Прейсс наголошує на потребі використання концепцій, що походять від основних конституційних ідей держав-членів, для побудови інституту європейського громадянства. Свою критику автор підтверджує нагадуванням про першорядну економічну мету інтеграції Співтовариства (Римський договір 1957 р.). Називаючи європейське громадянство «патетичним терміном з патетичним відтінком», У.К. Прейсс стверджує, що надання низки пільг для індивідуумів в економічній інтеграції країн Співдружності не містить правової рівності, індивідууми, як і раніше, залишаються «привілейованими іноземцями»¹⁰.

Протилежну думку про інститут громадянства ЄС висловлює французький політолог Ж. Монтані. Він називає європейське громадянство свого роду проломом, через який можуть поступово просочитися демократичні сили, які прагнуть до рішучого перетворення Союзу на реальну федерацію. Незважаючи на недосконалість цього нового інституту, Європейський Союз досяг першої мирної форми співіснування між грома-

дянами різних націй в історії, встановлюючи статус післянаціональний, але «докосмополітичний» (оскільки інші народи виключені з нього). Разом із тим дехто висловлює побоювання щодо можливості конфліктів через дисонанс, який впливає з дуалізму громадянства конкретної держави і абстрактного громадянства Співтовариства та зведення нанівець завдання інтеграції¹¹. Водночас пропонується використовувати не термін «громадянство», а інший термін – «належність» до ЄС. Європейський Союз, як зазначає О.В. Журавка, є регіональною міжнародною організацією, а не державним утворенням, тому складно говорити про громадянство у прямому його розумінні¹².

Наведене вище свідчить про те, що категорія «громадянство ЄС» потребує належного осмислення. Нагадаємо, що згідно з проектом Договору про запровадження Конституції для Європи (ст. ст. 1–10) кожний громадянин (у договорі використовувався термін «nationality») – особа, яка володіє державною, цивільною приналежністю. – прим. авт.) держави-члена був громадянином («citizen») – громадянин у нашому традиційному юридичному розумінні. – прим. авт.) Союзу. І далі: громадянство Союзу було додатковим до національного громадянства та не замінювало останнє¹³. Аналогічні за змістом положення можна знайти нині в Лісабонському договорі (ст. 8). Тобто, запровадження загальноєвропейського громадянства не має на меті замінити національне громадянство держав-членів ЄС. А права громадян Союзу охороняються одночасно з боку його інститутів і держав-членів ЄС.

Зіставлення громадянства ЄС і громадянства держави-члена даної регіональної міжнародної організації дає право стверджувати, що між ними існує певна ієрархія, де громадянство держави-члена Союзу – основне, а громадянство інтеграційного утворення – додаткове. Причому залежність громадянства ЄС від громадянства держави-члена цієї міжнародної організації виявляється й у тому, що громадянство інтеграційного об'єднання нині саме по собі існувати не може, оскільки питання його набуття залишаються за внутрішньодержавним правом держави-члена ЄС. Водночас жодна держава-член ЄС не може змінити сутність громадянства ЄС, посилаючись на своє національне право. Крім того, осіб, які є одночасно громадянами ЄС і громадянами держав-членів цього інтеграційного утворення, не можна вважати біпатридами, оскільки про подвійне громадянство можна говорити лише за наявності «рівних», незалежних один від одного громадянств двох і більше держав¹⁴.

Підсумовуючи, слід сказати, що конструкції «громадянство держави» і «громадянство ЄС» суттєво відрізняються. Перша – класична, розроблена у лоні національного конституційного права, а друга – своєрідний правовий феномен, обумовлений особливою політико-правовою природою Європейського Союзу. Зокрема, в Амстердамському договорі конкретизується правова природа громадянства Євросоюзу шляхом внесення уточнення про те, що воно доповнює національне, є субсидіарним, але не змінює і не скасовує його.

У науковій літературі існує судження й про те, що громадянство ЄС – окремий випадок множинного громадянства в рамках міжнародної організації, коли у громадян, поряд з громадянством держав, з'являється додаткове громадянство відповідної міжнародної організації, повноправним членом якої є держава їх громадянства. Дослідники вважають, що цей вид множинного громадянства дуже схожий на громадянство складних держав, але має при цьому свою специфіку¹⁵.

Однак таке припущення потребує істотного застереження, оскільки у федерації існує єдине громадянство, і лише у ряді федерацій допускається множинне громадянство (наприклад, Австрія), а у конфедерації відсутнє загальне для всієї конфедерації громадянство¹⁶. Це – по-перше. По-друге, Лісабонський договір, на нашу думку, не дає чіткої відповіді на запитання про юридичну природу Союзу (чим він є і чим повинен бути: загальноєвропейською федеративною, конфедеративною державою, міжнародною організацією або будь-чим іншим). По-третє, множинне громадянство може виникати лише через одночасний правовий зв'язок особи з ідентичними, «рівними» суб'єктами міжнародного права. У цьому контексті навряд чи можна погодитися з тим, що громадянство ЄС – це окремий випадок множинного громадянства.

Як відомо, громадянство розглядається в теорії держави і права як один із важливих атрибутів держави. Власне, громадянство є не що інше, як правовідносинами між особою і державою, де обидва суб'єкти мають взаємні права й обов'язки. У федеративних державах можуть існувати особливі правовідносини між громадянином і суб'єктами федерації, що доповнює і розширює правовий статус особи. Зазначене спонукає науковців визначити те, що запровадження єдиного громадянства ЄС, безсумнівно, серйозно зміцнило ідею розвитку Європейського Союзу у напрямі до федеративного державного устрою¹⁷.

У цьому контексті найбільш суперечливою є позиція Ю.Д. Ільїна, який стверджує, що Європейський Союз – це, по суті, міждержавне утворення особливого типу, розмита конфедерація з тенденцією до переходу в унітарну державу нової формації¹⁸. Проте Європейський Союз – це міжнародна організація, а конфедерація – форма міждержавного союзу¹⁹. Не можна погодитися і з тим, що майбутнє Європейського Союзу уявляється у вигляді унітарної, а не федеративної держави, коли історія засвідчує, що конфедерація може перетворитися на федерацію. На нашу думку, нині Європейський Союз є регіональною міжнародною організацією, а не державним утворенням.

Перспектива розвитку громадянства ЄС, очевидно, пов'язана з чітким визначенням правового статусу Європейського Союзу. Проте в сучасній вітчизняній та зарубіжній літературі, як зазначалося, й досі не склалося однозначного ставлення до даного питання. Аналіз різноманітних підходів, що існують у правовій літературі з приводу організаційної побудови Європейського Союзу, не дають можливості однозначно визначити сутність громадянства ЄС. Проте це не перешкоджає формуванню певних висновків щодо сутнісних характеристик такого правового феномена, як громадянство ЄС:

- поняття громадянства ЄС не є тотожним легальному визначенню поняття громадянства;
- громадянство ЄС має додатковий характер щодо національного громадянства і не замінює його;
- будь-яка особа, яка має громадянство держави-члена Союзу, є громадянином ЄС;
- поки ЄС не стане державним утворенням, громадянство ЄС не зможе трансформуватися у громадянство держави в традиційному розумінні цього слова.

Розглядаючи питання щодо сучасного розуміння поняття громадянства ЄС, варто звернути увагу і на історію запровадження цього інституту.

Історія запровадження єдиного громадянства для громадян держав Європи тривала досить довго. Ідея, що пролунала в 1949 р. у статті англійського соціолога Т.Х. Маршала «Citizenship and Social Class», який проголосив громадянство як «найкращий статус для повного об'єднання народів у суспільстві»²⁰, розвинулася в працях багатьох провідних учених Заходу. Одним із розробників цієї ідеї є політолог Д. Хельд, який розглядає громадянство як «приватну концепцію універсального сполучення інтересів народу й суспільства з індивідуальними аспектами їхнього політичного життя»²¹. Подібні теорії надалі підтримали політики та юристи. На думку закордонних дослідників, концепція європейського громадянства була закладена Римським Договором 1957 р., у якому йшлося про зближення людей Європи. У ст. 6 Договору зазначена умова цього зближення – без обмеження національних особливостей²².

Інститут європейського громадянства був запроваджений підписаним у 1992 р. у голландському м. Маастрихті Договором про Європейський Союз (далі – Договір). Учасники його проголосили рішучість «встановити» громадянство, спільне для громадян їх країн»²³. А в ст. 8 Договору про Європейський Союз зазначено, що «кожний громадянин держави-члена є громадянином Союзу». При цьому у доданій до Маастрихтського договору Декларації про громадянство підкреслюється, що питання підстав набуття і втрати громадянства ЄС вирішується «винятково на підставі відповідного національного законодавства держави-члена». У цьому разі є пряме посилення на національне право.

Проект нової редакції Договору про Європейський Союз (п. 1, ст. 8), схвалений на засіданні Європейської Ради у 1997 р. (Амстердамський договір), доповнив перелік прав громадян Союзу і з'ясував зв'язок між європейським і національним громадянством. Ним чітко передбачено, що «громадянство Союзу» доповнює, а не замінює національне громадянство²⁴.

Таким чином, параметри загальноєвропейського громадянства не підпадають під традиційне розуміння поняття громадянства. Проте очевидно, що громадянство ЄС і громадянство держав-членів ЄС утворюють єдине нерозривне явище, адже громадянство ЄС пов'язане з громадянством держав-членів ЄС, витікає з нього, але при цьому має самостійне значення. Громадянство ЄС також не є прикладом універсального або відкритого громадянства, яке охоплювало б громадян більшості держав або до якого вільно могли б залучитися громадяни інших держав. Воно є типовим варіантом надання громадянам держав-членів ЄС додаткового громадянства міжнародної організації, що зумовлено специфікою цієї організації. Громадянство ЄС є одним із основних структурних елементів інтеграції в рамках цієї регіональної міжнародної організації, що має велику політичну вагу в міжнародній політиці в цілому. Його запровадження викликано також потребою глибокої інтеграції держав-членів для реалізації конкретних економічних і політичних програм.

Підбиваючи підсумки, слід зазначити, громадянство ЄС є явищем винятковим, оскільки ЄС, з одного боку, не є державою, а з другого – немає жодної іншої міжнародної організації, яка має інститут громадянства.

¹ Шкумбатюк К. Імплементация міжнародно-правових стандартів у сфері громадянства в законодавство України в контексті євроінтеграції / К. Шкумбатюк // Державне управління в Україні: реалії та перспективи : зб. наук. праць / за заг. ред. В.І. Лугового, В.М. Князева. – К. : Вид-во НАДУ, 2005. – С. 340–350. – С. 348.

² Топорнин Б.Н. Европейское право : учебник / Б.Н. Топорнин. – М. : Юристъ, 2001. – 456 с. – С. 160–161.

³ Миронов О.О. Гражданство Российской Федерации / О.О. Миронов // Представительная власть: мониторинг, анализ, информация. – 1996. – № 9–10. – С. 70–75. – С. 73.

⁴ Лепешков Ю. Гражданство Европейского Союза: нонсенс или объективная закономерность в международном праве / Ю. Лепешков // Белорусский журнал международного права и международных отношений. – 1998. – № 5 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://evolutio.info/content/view/254/49/>

⁵ Громадянство України: Закон України від 18 січня 2001 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 3. – Ст. 65.

⁶ Гладенко О.М. Громадянство Європейського союзу в контексті питань безпеки / О.М. Гладенко // Науковий вісник Академії муніципального управління. – 2009. – № 12. – С. 35. – С. 35–40. – (Серія «Право»).

⁷ Янковський С.А. Правова сутність інституту громадянства ЄС / С.А. Янковський // Право і безпека. – 2011. – № 4. – С. 28. – С. 28–32.

⁸ Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community, signed at Lisbon, 13 December 2007 // Official Journal of the European Union, Volume 50, C 306, 2007. – P. 271, c. 14.

⁹ Конституция Европейского Союза: Договор, устанавливающий Конституцию для Европы (с комментарием). – М. : ИНФРА-М, 2005. – 622 с.

¹⁰ Ульрих К. Прейсс. О концепции европейского гражданства / К. Прейсс Ульрих // Российский бюллетень по правам человека. – М., 1996. – Вып. 8. – С. 129–137. – С. 129–137.

¹¹ Смирнова Е.С. Европейское гражданство – идея и практическая реализация / Е.С. Смирнова // Журнал Российского права. – 2000. – № 1. – С. 76–81. – С. 79.

¹² Журавка О.В. Міжнародно-правова характеристика інституту громадянства : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.02 «Конституційне право» / О.В. Журавка. – Х., 1999. – 20 с. – С. 12.

¹³ Конституция Европейского Союза: Договор, устанавливающий Конституцию для Европы (с комментарием). – М. : ИНФРА-М, 2005. – 622 с. – С. 102–103.

¹⁴ Юридична енциклопедія : в 6 т. / редкол.: Ю.С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. – К. : Вид-во «Українська енциклопедія» імені М.П. Бажана, 1998–2004. – Т. 4: Н–П. – 2002. – 720 с. – С. 604–605.

¹⁵ Григорьев А. Регламентация множественного гражданства в рамках европейских международных региональных организаций / А. Григорьев // Белорусский журнал междунар. права и междунар. отношений : [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://beljournal.by.ru/2000/3/P/1-13>

¹⁶ Скакун О.Ф. Теория державы и права : підручник / О.Ф. Скакун; пер. з рос. – Х. : Консум, 2001. – 656 с. – С. 80–81.

¹⁷ Топорнин Б.Н. Вказана праця. – 456 с. – С. 160; Коваль В. Створення конституції Європейського Союзу : pro et contra / В. Коваль // Право України. – 2003. – № 2. – С. 145–147. – С. 145.

¹⁸ Ильин Ю.Д. Лекции по истории и праву Европейского Союза / Ю.Д. Ильин. – Х. : Фирма «Консум», 1998. – 156 с. – С. 42.

¹⁹ Конституционное (государственное) право зарубежных стран : учебник : в 4 т. / отв. ред. Б.А. Страшун. – М. : Изд-во БЕК, 1993 – 2001. – Т. 2. – 1995. – 448 с. – С. 357.

²⁰ Marshall T.H. Class, Citizenship and Social Development / T.H. Marshall // University of Chicago Press. – London, 1964. – P. 92.

²¹ Held D. Between State and Civil Society. Citizenship / D. Held // Edited by G. Andrews. – London : Lawrence and Wishart, 1991. – P. 21.

²² Duff A. Citizenship in the European Union / A. Duff // Federalism. – Pavia, 1995. G. 37. № 3. – P. 191–197.

²³ Договір про Європейський Союз (Маастрихтський договір) 1992 р. // Європейський Союз. Консолідовані договори. – К. : Вид-во «Port-Royal», 1999. – С. 13–42. – С. 13–14.

²⁴ Treaty of Amsterdam, Luxembourg // EUROP, 1997. – P. 147; Договір про заснування Європейського Співтовариства // Європейський Союз. Консолідовані договори. – К. : Вид-во «Port-Royal», 1999. – С. 43–203. – С. 54.

Резюме

Суржинський М.І. Громадянство Європейського Союзу: проблеми визначення.

Статтю присвячено визначенню юридичної природи громадянства Європейського Союзу. Встановлено підходи вчених щодо сутнісних характеристик даного правового феномена.

Ключові слова: громадянство, громадянство ЄС, Європейський Союз.

Резюме

Суржинский М.И. Гражданство Европейского Союза: проблемы определения.

Статья посвящена определению юридической природы гражданства Европейского Союза. Установлены подходы ученых к определению существенных характеристик данного правового феномена.

Ключевые слова: гражданство, гражданство ЕС, Европейский Союз.

Summary

Surzhinsky M. Citizenship of the European Union: problems of definition.

The article is devoted to the legal nature of the citizenship of the European Union. The approaches of scientists concerning the essential characteristics of this legal phenomenon are considered.

Key words: citizenship, EU citizenship, European Union.

УДК 342.7 (477)

В.В. СМЕТАНА

Василь Васильович Сметана, аспірант Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України

МІЖНАРОДНО-ПРАВОВІ СТАНДАРТИ ЗАХИСТУ ПРАВ ЛЮДИНИ У СФЕРІ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ

Одним із принципів правової держави є гарантування охорони та захисту прав і свобод людини як найвищої цінності, що обумовлює створення ефективної правозахисної системи, яка «являє собою цілісну конституційно обумовлену упорядковану сукупність взаємодіючих ланок правового механізму, діяльність якого спрямовано на захист порушених прав і свобод осіб та досягнення у країні стану їх реальної захищеності»¹ і є одним із ключових елементів громадянського суспільства. І хоча головний обов'язок щодо захисту прав людини покладений на державу, міжнародні політико-правові інститути приділяють все більше уваги правозахисній діяльності на рівні місцевого самоврядування. Місцеве самоврядування є одним із важливих конс-

титуційних інститутів, що виступає як форма здійснення народом своєї влади і якому Конституцією України надано високий політичний статус. Органи місцевого самоврядування, як найбільш наближені до громадян, відіграють особливу роль у реалізації конституційного принципу пріоритету прав і свобод людини. З огляду на тісні зв'язки між громадянами і їх виборними представниками на цьому рівні місцеві влади найкращим чином можуть аналізувати становище в сфері прав людини, виявляти відповідні проблеми і здійснювати дії щодо їх вирішення.

В умовах глобалізації сучасного світу права і свободи людини, визнані міжнародним співтовариством, стали сьогодні офіційно визнаними загальнолюдськими цінностями, покликаними забезпечити громадянам гідне життя. В останнє десятиліття чітко окреслилася тенденція актуалізації міжнародних стандартів прав людини, відходу від авторитаризму, що виражається в інституціоналізації та конституціоналізації державного життя, надання правового характеру відносин держави й особистості. Права людини ще більшою мірою стали затверджуватися як інститут, який визначає взаємини у світовому співтоваристві, що дає змогу говорити про «глобалізацію прав людини». Глобалізація прав людини підтверджує універсалізм прав людини, проявом якого стало формування міжнародних стандартів прав людини і їх імплементація у внутрішньому законодавстві більшості країн світу.

Для української держави, що стоїть на шляху демократизації і європейської інтеграції, стратегічною метою є проведення конституційної, адміністративної та муніципальної реформ згідно зі стандартами, що склалися у межах як європейського правового простору, так і світового співтовариства в цілому. Як справедливо стверджує Ю.О. Волошин, «... в результаті прийняття Конституції України (1996 року) та Закону України «Про міжнародні договори України» (2004 року) істотно зросли можливості впливу міжнародного права на вітчизняні галузі права й, тим самим на їх інтернаціоналізацію – шляхом створення відповідного процесуального механізму, зокрема шляхом широкої імплементації норм міжнародного права, у тому числі міжнародних стандартів, у вітчизняне законодавство. Цей процес позитивно вплинув на формування багатьох галузей та підгалузей вітчизняного права, зокрема муніципального...»².

Серед актуальних теоретичних і практичних проблем формування сучасної моделі місцевого самоврядування особливо важливими є питання муніципальної конкретизації і розвитку конституційного статусу особистості та становлення ефективної системи захисту муніципальних прав членів територіальних громад, які повинні орієнтуватися на норми та принципи міжнародного права, в тому числі й «перш за все відповідно до об'єктивної історичної та культурної близькості до Європи – на європейські стандарти правового становища людини в муніципальній демократії»³. З огляду на це актуалізується концептуальне осягнення основних міжнародно-правових стандартів місцевого самоврядування у сфері захисту прав людини.

Формування сучасних поглядів на муніципально-правову проблематику у процесі становлення і розвитку локальної демократії та систему інститутів муніципального права знайшло відображення в працях М.О. Баймуратова, Ю.Ю. Бальція, О.В. Батанова, В.І. Борденюка, В.М. Кампа, О.А. Коваленка, М.І. Корнієнко, В.В. Кравченка, С.В. Малікова, М.П. Орзіха, В.Ф. Погорілка, М.О. Пухтинського та ін. Стосовно формування системи муніципальних прав особистості в рамках публічної самоврядної (муніципальної) влади варто відмітити роботи вітчизняних авторів М.О. Баймуратова, О.В. Батанова, В.А. Григор'єва, Т.М. Буряка, П.А. Трачука тощо.

Органи місцевого самоврядування виступають однією з основ демократичних систем управління суспільством, що дає змогу максимально наблизити апарат управління до населення, а також, з огляду на цю наближеність вирішувати місцеві питання набагато більш ефективно, ніж централізованою системою влади. При проведенні державної політики вони забезпечують врахування інтересів малих спільнот, оптимально поєднують інтереси і права людини з інтересами регіонів та держави в цілому. Крім того, оскільки на місцевому рівні реалізується більшість соціально-економічних прав людини, то на органи місцевого самоврядування покладено безпосереднє завдання щодо їх забезпечення й захисту.

Захист прав людини інститутами місцевого самоврядування є реалізацією людиною і громадянином права на захист з боку інститутів місцевого самоврядування різної правової природи з використанням у зв'язку з цим доступних їм правозахисних засобів. Зміст такого захисту полягає в припиненні порушення і відновленні порушеного права (законного інтересу) належними правовими засобами і заходами попередження. Правозахисна діяльність у сфері місцевого самоврядування повинна являти собою систематичну, спрямовану на захист прав і свобод людини і громадянина діяльність населення та органів місцевого самоврядування. Саме через взаємодію названих інститутів місцевого самоврядування відповідно до правозахисних цілей формується муніципальний правозахисний простір, який орієнтується на загальнолюдські цінності та ґрунтується на стандартах і принципах міжнародного права.

Терміни «міжнародно-правові стандарти», «міжнародні стандарти», «стандарти Ради Європи», у зв'язку із поширенням процесів глобалізації та інтернаціоналізації міжнародних правил та суспільного життя, досить часто зустрічаються в юридичній літературі. Але автори публікацій здебільшого обмежуються лише використанням цих термінів, не розкриваючи їх поняття та зміст.

У широкому розумінні термін «стандарт» (від англ. *standard* – норма, зразок) сприймається як модель, взірць, еталон, утворюючи синонімічний ряд зі словом «критерій» (*criterion*), і застосовується щодо характеристики і ознак того чи іншого об'єкта. Міжнародні стандарти визначаються як «норми і принципи, які закріплюють стандартизовані правила поведінки суб'єктів міжнародного права в тих чи інших сферах міждержавного співробітництва»⁴. Міжнародні стандарти залежно від сфери дії поділяються на універсальні,

тобто визнані у всьому світі, і регіональні, дія котрих розповсюджується на певний регіон чи територію якогось міждержавного об'єднання (наприклад, Рада Європи, Європейський Союз тощо). Зазвичай, регіональні стандарти частіше бувають більш конкретними і передбачають більш сувору відповідальність для держав-порушників цих стандартів. Залежно від змісту стандарти бувають загальні й спеціальні, які стосуються певної групи міжнародних відносин.

За своїми ознаками міжнародно-правові стандарти є правилами у вигляді певної моделі поведінки, зміст якої в багатьох випадках є конкретним і визначним. На думку професора О.І. Тиунова, така модель поведінки стосується суворо визначеного формату дій чи утримання від дій, типової умови, на основі якої набувається благо. Для стандарту характерними є типізація, еталонність правила поведінки, яка часто не передбачає альтернативи у діях держав. З урахуванням типізації формулюються відповідні права і обов'язки держави. Міжнародно-правовий стандарт, продовжує О.І. Тиунов, відображує єдність вимог, що містяться в ньому, для всіх учасників відповідного міжнародного зобов'язання і має на меті бути для них типовим орієнтиром, забезпечити їх рівні права та єдність у поведінці в рамках цього стандарту⁵.

С.М. Ляхівенко, розглядаючи міжнародні правові стандарти з онто-гносеологічних та функціональних позицій, зазначає, що: під ними насамперед розуміються єдині принципи і норми щодо поведінки суб'єктів права, які зафіксовані в основних джерелах міжнародного права як універсальних, так і в регіональних правових актах; вони є оптимальними юридичними вимогами стосовно правових систем держав-учасниць міжнародного співтовариства; вони відображають найкращі правові досягнення міжнародного права та співробітництва держав-членів міжнародної спільноти і держав-членів універсальних та регіональних міжнародних міжурядових організацій; вони фіксуються у відповідних джерелах права у вигляді принципів і норм права; вони об'єктивуються через основні джерела міжнародного права; вони є обов'язковими вимогами для держав-учасників міжнародних договорів, що містять такі правові стандарти; вони є основою для узгодження міжнародного і національного права⁶.

Схожою є думка Б.Я. Кофмана, який стверджує, що правова природа міжнародних стандартів досить чітко характеризує їх дефінітивний зміст, що в аксіологічному, телеологічному, предметному, об'єктному, конституційно-інституціональному та статутарно-функціональному аспектах можна звести до декількох позицій: вони є стандартами в сфері прав людини, тобто певними нормативними рамками, у межах яких має діяти держава, її органи та інші суб'єкти права з метою легалізації, легітимації, охорони, захисту та реалізації різнорівневих і поліоб'єктних прав людини; виникають у результаті міжнародної нормотворчості (правотворчості); є правилами, передбаченими в міжнародному праві; знаходять зовнішнє вираження за допомогою міжнародного правила поведінки (міжнародної правової норми); виступають у вигляді зобов'язань держав, взятих ними в рамках міжнародних угод; мають наднаціональний характер, але практично реалізуються у внутрішній діяльності держави; за своєю правовою конструкцією і етимологічним змістом є міжнародними нормами-принципами, тобто основними началами, які регулюють коло суспільних відносин, що становлять інтерес для держав-членів світової спільноти⁷.

На сьогодні слово «стандарт» широко розповсюджене і використовується у практиці та риториці як юристів, так і політиків, соціологів тощо, у тому числі й коли йдеться про правове регулювання прав людини. Прийнято вважати, що уперше термін «стандарт» стосовно прав людини було використано у тексті Загальної декларації прав людини, у якій уперше філософська концепція прав людини отримала визнання й юридичне втілення. Світова спільнота визнає Загальну декларацію документом, що відображує загальні стандарти – систему узгоджених норм, які є орієнтиром для взаємоприйнятної, цивілізованої поведінки у взаємовідносинах між державами, а також слугують основою в оцінюванні дій держав щодо індивідів у процесі здійснення прав і свобод людини⁸. За влучним висловом американського науковця Д. Форситса, Загальна декларація є «фундаментальним документом, що відображає нову етику у міжнародному праві, а також став першим кроком по встановленню стандартів та формуванню міжнародного інтересу до прав людини та трансформації природного права людини у норми міжнародного права»⁹.

Принципові положення міжнародних стандартів прав людини знайшли своє відображення в багатьох міжнародних актах, зокрема в Міжнародному пакті про громадянські і політичні права, Міжнародному пакті про економічні, соціальні і культурні права, Європейській конвенції про захист прав людини та основних свобод та багатьох інших. Варто зауважити, що на сьогодні існує велика кількість різних міжнародно-правових актів, які містять стандарти прав людини. Так, намагаючись упорядкувати всі міжнародні й регіональні документи, які містять стандарти у галузі прав людини, міжнародною неурядовою організацією International Council on Human Rights Policy (міжнародна рада з політики у галузі прав людини) була проведена спроба зібрати їх в одному виданні. За їх підрахунком, список таких документів, які пройшли процедуру обговорення та визнання на міжнародному рівні (незалежно від того, мають вони обов'язковий чи рекомендаційний характер), становить біля 100 позицій¹⁰.

Але варто зауважити, що світовим співтовариством досі не вироблено необхідних з методологічної точки зору єдиних політико-правових норм і стандартів прав людини та єдиного визначення поняття «міжнародні стандарти». Немає одностайності у концептуальних підходах до визначення поняття «міжнародні стандарти у галузі прав людини» і у науковому середовищі. Так, у юридичній літературі можна зустріти такі визначення міжнародних стандартів прав людини, як «міжнародно-правові норми, що розвивають й конкретизують принцип поваги прав людини»¹¹; «конкретні зобов'язання держав міжнародно-правового характеру»¹²; «критерії оцінки національного законодавства з прав людини»¹³; «певні показники прав людини, вста-

новлені у міжнародних актах, котрі заохочують чи зобов'язують держави»¹⁴, «сформована шляхом міждержавного співробітництва у рамках універсальних і регіональних міжнародних організацій система мінімальних імперативних вимог, адресованих державам з приводу визнання, дотримання й захисту прав і свобод осіб, котрі знаходяться під їх юрисдикцією»¹⁵.

Схожою є позиція науковців, котрі визначають європейські (регіональні) стандарти прав людини. Так, Н.М. Раданович визначає європейські стандарти прав людини як систему певних моделей прав людини, що відображають головний зміст і обсяг цих прав і які визнані європейським співтовариством¹⁶. З.Б. Демічева вважає, що такі стандарти виступають у якості вимог до держав-членів організації слідувати прийнятим нормам і принципам Ради Європи, являють собою певні стандарти поведінки і створюються її суб'єктами – державами-членами РЄ на основі їх волевиявлення та визнаються ними у якості юридично обов'язкових¹⁷.

Розглядаючи міжнародні стандарти прав людини з системних позицій, М.В. Мархгейм стверджує, що ця система розвивається не лише на універсальному і регіональному рівнях, які взаємопов'язані один з одним, а й у матеріальному (визнання та дотримання узгодженого мінімального каталогу прав людини і основних свобод) і процесуальному (захист цього каталогу у встановленій формі і узгодженому порядку) вимірі. З чого робиться висновок, що міжнародні стандарти захисту прав і свобод людини – складова частина міжнародних стандартів прав людини. Перші обумовлюють міру належної поведінки держави, її уповноважених органів при здійсненні захисту прав і свобод осіб, які перебувають під її юрисдикцією. Витікаючи з норм міжнародного права, вони виступають фактором максимального використання національних засобів захисту прав людини. Міжнародні правозахисні стандарти об'єднують принципові зобов'язання держав щодо захисту прав людини, інституційне забезпечення цього процесу і знаходять відображення в міжнародних актах універсального і регіонального масштабу¹⁸.

Специфіка міжнародних правозахисних стандартів у сфері місцевого самоврядування полягає у їх нерозривному зв'язку і органічному взаємовпливі зі стандартами місцевого самоврядування. Міжнародні стандарти місцевого самоврядування – це спільно вироблені і прийняті державами світу в рамках міжнародних міждержавних організацій міжнародні норми, що регулюють найважливіші питання становлення, формування та розвитку місцевого самоврядування, основні принципи, форми й методи здійснення муніципальної діяльності на території конкретних держав та інші багатоаспектні питання міжнародного всебічного співробітництва територіальних громад та місцевої влади. Як слушно зазначає доктор юридичних наук М.О. Баймуратов, міжнародні стандарти функціонування місцевої демократії належать до міжнародних конвенцій спеціального порядку, що встановлюють правила, визнані більшістю держав, і є нормами міжнародного права, які містяться в міжнародних договорах, що розробляються державами в рамках міжнародних міжурядових організацій, на процеси розроблення яких впливають глобальні тенденції інтернаціоналізації міжнародного життя¹⁹. Тому більш чітко уявлення про ці міжнародні стандарти можна отримати в процесі аналізу нормативних положень відповідних міжнародних угод. Так, досить вичерпну характеристику стандартів містить Європейська Хартія місцевого самоврядування, що входить у систему стандартів діяльності органів місцевого самоврядування Ради Європи, і яка, за слушним зауваженням В.І. Гладія, виступає стандартом демократичного місцевого врядування в країнах Європи, визначає фундаментальні принципи організації та функціонування органів місцевого самоврядування, фіксує необхідність упровадження таких стандартів, як конституційне або законодавче унормування, повнота і виключність повноважень, субсидіарність, наближення влади до народу, прозорість у прийнятті рішень, гарантування і правовий захист фундаментальних прав людини тощо²⁰.

Важливими міжнародними документами, у яких закріплена низка міжнародних стандартів розвитку локальної демократії та функціонування місцевого самоврядування, в тому числі й тих, які стосуються захисту прав людини на муніципальному рівні, є Всесвітня Декларація місцевого самоврядування, яку було прийнято XXVII Конгресом Міжнародної Спільки місцевої влади 26 вересня 1985 р. у м. Ріо-де-Жанейро (Бразилія), Європейська Декларація міських прав 1992 р., яка являє собою «своєрідний кадастр міських прав, що повинен в обов'язковому порядку знайти своє відображення та закріплення в Хартіях (статутах) міст з урахуванням індивідуальних особливостей їх розвитку»²¹, Європейська Хартія міст, яка була прийнята у Страсбурзі в 1993 році. Два останніх документи, розроблені Конгресом місцевих і регіональних влад Ради Європи (The Congress of Local and Regional Authorities) як довгострокова програма муніципальної політики, головною метою якої є підвищення відповідальності муніципальних органів влади за якість управління та захист прав людини, прийняті з урахуванням умов стабільного розвитку і функціонування міських поселень в сучасних умовах та особливої ролі великих міст як високоурбанізованих муніципальних утворень, визнанні їх у якості ключових суб'єктів у справі заохочення та захисту прав людини. Зокрема, Європейська Хартія міст визнає основою місцевої демократії мешканців муніципального утворення та закріплює низку їх прав, таких як право на гідне житло, транспорт, енергетику, безпечне довкілля, охорону здоров'я, культурне дозвілля, право на здійснення демократичного контролю за діяльністю муніципальної влади тощо, які належать усім мешканцям муніципального утворення без дискримінації за будь-якими ознаками, як-то стать, вік, походження, соціально-економічне та політичне становище, фізичні й психологічні недоліки тощо. А одним із головних завдань муніципальної влади є захист цих прав шляхом вироблення відповідної стратегії²². З урахуванням нових вимог демократичного розвитку суспільства та поширенням інтеграційних процесів у 2008 р. приймається друга Європейська Хартія міст – «Маніфест нової урбаністики», котра доповнює та актуалізує першу щодо дотримання принципів соціальної справедливості та рівноправності, підвищення ефективності і якості управління тощо з метою забезпечення й захисту прав громадян.

Забезпеченню участі муніципалітетів у процесі європейської уніфікації й просуванні демократії та кооперації між органами влади різних рівнів присвячені Рекомендації Конгресу місцевих і регіональних влад Європи 280 (2010 р.) про роль місцевих і регіональних органів влади в дотриманні прав людини від 19 жовтня 2011 року. У Рекомендаціях, зокрема, зазначено, що місцеві й регіональні органи влади повинні виконувати ті обов'язки, пов'язані з правами людини, які випливають з міжнародних зобов'язань держав-членів і що місцеві та регіональні органи влади забезпечують права людини одночасно з тим, як вони здійснюють місцеве самоврядування. Конгрес закликає держави заохочувати місцеві і регіональні органи влади до сприяння дотриманню прав людини як фундаментальної основи, мотиву та мети їх діяльності та створення незалежних правозахисних органів, здатних не лише реагувати на порушення прав людини, а й впроваджувати профілактично-попереджувальні міжнародні стратегії щодо недопущення таких порушень, «сприяти їх уникненню, тобто допомагати людям ще до того, як вони стають «жертвами» репресій, зловживань, корупції, перевищення службових повноважень тощо, тобто до порушення їх прав, а виходить, що і замість порушень, які не відбудуться»²³.

Просуванні ідеї підвищення рівня забезпечення й захисту прав людини у містах та у сприянні її розповсюдження на міжнародному рівні для створення більш справедливого й мирного світу стало лейтмотивом Європейської Хартії з охорони прав людини у місті (European Charter for the Safeguarding of the Human Rights in the City) 2000 року²⁴. Метою Хартії є заохочення підвищення поваги до прав людини з боку муніципальних органів влади, сприяння інтеграції мешканців міст у суспільне життя, підвищення їх політичної активності та залучення до управління справами міста. Враховуючи особливості міського проживання, Хартія передусім наголошує на дотриманні таких прав мешканців, як право на гідне, з усіма вигодами та достатньої площі житло, на захист від забруднення, право на здійснення демократичного контролю над осередком свого проживання, на охорону здоров'я (розбудова закладів для надання медичних послуг), культурне дозвілля (наявність спортивних та інших культурних споруд), свободу пересування (забезпечення мережею громадського транспорту), забезпечення водою та іншими енергетичними ресурсами і відповідною комунікацією тощо, які повинні надаватися всім громадянам на рівній основі. Окремий розділ присвячено механізмам реалізації та захисту прав людини у сфері місцевого самоврядування, особливо наголошуючи на заохоченні розвитку інститутів медіації та позасудових форм захисту, до яких можна віднести, наприклад, муніципальних омбудсманів, ради і комісії з розгляду скарг споживачів, пацієнтів, боротьби з корупцією чи дискримінацією тощо²⁵.

У 2011 р. приймається ще один важливий міжнародний документ, який стосується муніципальних прав людини – Кванджуйська декларація, в основу котрої покладена Концепція «міста прав людини», що являє собою вироблену на глобальному рівні ініціативу, спрямовану на забезпечення та захист прав людини на місцевому рівні. Місто прав людини визначається як «місцева громада і соціально-політичний процес, що протікає у місцевому контексті, в яких права людини відіграють ключову роль у якості фундаментальних цінностей та керівних принципів»²⁶. Місто прав людини передбачає спільне управління, засноване на правозахисному підході, коли місцеві органи влади та громадянське суспільство, організації приватного сектору та інші заінтересовані сторони працюють спільно для покращення якості життя всього населення, діючи у дусі партнерства та відповідно до стандартів і норм у галузі прав людини. Правозахисний підхід до місцевого самоврядування включає в себе принципи демократії, участі, відповідального керівництва, прозорості, підзвітності, недискримінації, розширення прав та можливостей, верховенства права тощо. У концепції міста прав людини підкреслюється також важливість наявності доступних для всіх громадян ефективних і незалежних механізмів захисту прав людини та контролю за їх здійсненням²⁷.

Варто також відмітити Ольборзьку хартію «Міста Європи на шляху до сталого розвитку» 1994 р., аналіз положень котрої дає змогу визначити нові підходи до систематизації муніципальних прав і свобод людини. Хартія, спираючись на визнання неможливості гідного життя людей без сталості місцевих громад, не лише визначає функціональну роль міст у забезпеченні сталого розвитку, а й закріплює позитивні обов'язки місцевих влад щодо членів місцевих громад і їх прав, розкриває поняття «соціальної справедливості, що сприяє розвитку міст» та зобов'язує владу інтегровано вирішувати завдання забезпечення основних соціальних потреб населення та підвищення якості життя у місті, покладає на них відповідальність за політичний, соціальний, екологічний та економічний розвиток міст, який повинен проходити під гаслом сталого розвитку. Тобто, Ольборзька хартія розглядає проблему сталого розвитку муніципалітетів у взаємозв'язку із забезпеченням і захистом прав громадянина.

Визначенню нових ініціатив у питаннях забезпечення якості життя та захисту прав людини на місцевому рівні присвячені й такі документи, як Декларація про міста та інші населені пункти у новому тисячолітті, прийнята ГА ООН у червні 2001 р., у якій підкреслюється, що людина, її права та законні інтереси залишаються у центрі уваги світової спільноти, що в сучасний період загострення таких проблем, як бідність, безробіття, бездомність, відсутність основних послуг, соціальна ізоляція деяких верств населення, зростає усвідомленість необхідності комплексного вирішення цих проблем із залученням більш ширшого кола громадськості та розширенням можливостей місцевих органів влади, неурядових організацій та інших партнерів для більш активної й ефективною участі у сталому розвитку населених пунктів, розбудові місцевої демократії та забезпеченні і захисті прав людини²⁸. А також Глобальна (всесвітня) хартія прав людини у місті (Global Charter-Agenda on Human Rights in the City) 2011 р., у якій підкреслюється, що XXI ст. характеризується процесами глобалізації та урбанізації суспільства, що призводить до швидких темпів зростання

міського населення та виникнення міських агломерацій і мега-полісів, у яких формування самих людей та способу їх життя, визначаються станом соціально-культурного середовища. Процес урбанізації супроводжується збільшенням різноманітних потреб людини, підвищенням вимог до якості життя, до зменшення рівня бідності, а також із ускладненням взаємовідносин громадян з органами публічної влади та управління щодо реалізації й захисту своїх прав та законних інтересів. Як зазначається у преамбулі Хартії, громадянам іноді важко знайти шлях у лабіринтах правової та адміністративної бюрократії і тяганини²⁹. Тому для становлення міста як нового політичного і соціального простору, де є всі можливості для розвитку демократичного суспільства, виникає необхідність у більш чіткому визначенні правил проживання у місті та прав і обов'язків громадян, а також способів і методів їх забезпечення й захисту. Перелік таких основних прав людини і передусім «право на місто», які повинні визнаватися, захищатися й забезпечуватися у кожному місті, а також зобов'язання муніципальних влад щодо реалізації кожного конкретного права людини й містяться у зазначеній Хартії.

Отже, міжнародно-правові стандарти захисту прав людини у сфері місцевого самоврядування є засадовими положеннями міжнародного права у формі міждержавних угод та рішень міжнародних організацій, що сприяють належному здійсненню прав людини на місцевому рівні, імплементація котрих у національне законодавство слугує одним із факторів розвитку локальної демократії та зміцненню муніципально-правового статусу особи, сприяє інтеграції правозахисного аспекту у всі ініціативи місцевих органів влади.

¹ Андрусяк В.Г. Правозахисна функція сучасної держави (на прикладі інституту прокуратури): загальнотеоретичне дослідження / автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень» / В.Г. Андрусяк; Національний університет «Одеська юридична академія». – Одеса, 2015. – 20 с. – С. 3.

² Волошин Ю.О. Конституційно-правове забезпечення європейської міждержавної інтеграції: теоретико-методологічні аспекти : монографія / Ю.О. Волошин; за ред. М.О. Баймуратова. – К. : Логос, 2010. – 428 с. – С. 259.

³ Бондарь Н.С. Местное самоуправление и конституционное правосудие / Н.С. Бондарь // Конституционализация муниципальной демократии в России. – М. : Норма, 2008. – 592 с. – С. 269–271.

⁴ Савчук К.О. Стандарти міжнародні / К.О. Савчук // Юридична енциклопедія : в 6 т. / редкол.: Ю.С. Шемчушенко (гол. редкол.) та ін. – К. : Укр. енцикл., 1998. – Т. 5 : П–С. 2003. – 736 с. – С. 615.

⁵ Тиунов О.И. Правовые стандарты как средство регулирования международных и внутригосударственных отношений / О.И. Тиунов // Международно право. – 2013. – № 1. – С. 10–19.

⁶ Ляхівенко С.М. Міжнародні правові стандарти: до визначення поняття та видової характеристики / С.М. Ляхівенко // Держава і право. – 2011. – Вип. 51. – С. 666–672.

⁷ Кофман Б.Я. Теоретические и нормативные подходы к дефинитивному определению и структурной характеристике международных избирательных стандартов / Б.Я. Кофман // Порівняльно-правові дослідження. – 2009. – № 1. – С. 75–84.

⁸ Права человека: международное право и национальное законодательство / под ред. проф. В.В. Филлипова. – Вильнюс, 2011. – 338 с. – С. 19.

⁹ Forsythe David P. Human Rights in International Relations (Themes in International Relations). Second Edition. Cambridge University Press, 2006. – 346 p.

¹⁰ Права человека: международное право и национальное законодательство / под ред. проф. В.В. Филлипова. – Вильнюс, 2011. – 338 с. – С. 19.

¹¹ Лаптев П.А. Международные стандарты в области прав человека. Классификация прав человека / П.А. Лаптев // Российское гуманитарное право / под ред. Ю.А. Тихомирова (отв. ред.), Н.И. Архиповой, Н.И. Косяковой. – М.: ПРИОР, 1998. – 304 с. – С. 288.

¹² Андриченко Л.В. Международно-правовая защита коренных народов / Л.В. Андриченко // Журнал российского права. – 2001. – № 5. – С. 137–149.

¹³ Берестнев Ю. Российская правовая система и европейские стандарты / Ю. Берестнев // Российская юстиция. – 2001. – № 1. – С. 286–299.

¹⁴ Рабінович П.М. Права людини і громадянина: навч. посіб. / П.М. Рабінович, М.І. Хавронюк. – К., 2004. – 463 с. – С. 19.

¹⁵ Мархгейм М.В. Правозащитная деятельность публичных структур в Российской Федерации: монография / М.В. Мархгейм. – Ростов н/Д: Ростиздат, 2006. – 111 с. – С. 86.

¹⁶ Раданович Н. Європейські стандарти прав людини: поняття, структура, джерела формування / Н. Раданович // Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні: мат-ли XIII регіон. наук.-практ. конф. (8–9 лютого 2007 р.). – Л.: ЛНУ ім. І. Франка, 2007. – С. 69–76.

¹⁷ Демичева З.Б. К вопросу о понятии «правовые стандарты Совета Европы» / З.Б. Демичева // Московский журнал международного права. – 2006. – № 3. – С. 46–47.

¹⁸ Мархгейм М.В. Вказана праця. – С. 91.

¹⁹ Баймуратов М.О. Міжнародні зв'язки і стандарти в системі місцевого самоврядування України / М.О. Баймуратов // Муніципальне право України: підручник / за ред. Погорілка В.Ф., Фрицького О.Ф. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – 592 с. – С. 318.

²⁰ Гладій В.І. Місцеве самоврядування як ресурс політики євроінтеграції: досвід Вишеградської групи та перспективи України : дис. ... канд. політ. наук : спец. 23.00.02 «Політичні інститути та процеси» / В.І. Гладій. – Івано-Франківськ, 2015. – 238 с. – С. 45–57.

²¹ Коссей В. Европейские стандарты местного самоуправления / В. Коссей // Юридический вестник. – 1997. – № 2. – С. 90–98.

²² Європейська Хартія міст : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1303089&Site=COE>

²³ Новак-Каляєва Л.М. Права людини як теоретико-методологічна основа державного управління: автореф. дис. ... д-ра наук з державного управління : спец. 25.00.01 «Теорія та історія державного управління» / Л.М. Новак-Каляєва ; Національна академія державного управління при Президентові України. – К., 2014. – 39 с. – С. 28–30.

²⁴ European Charter for the Safeguarding of the Human Rights in the City: Approved in St Denis on the 18th May 2000 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.idhc.org/cat/documents/Charta_ingles.pdf

²⁵ Голяк Л.В. Міжнародно-правова регламентація муніципальних прав людини: сучасні підходи та тенденції розвитку в Україні / Л.В. Голяк // Вісник Маріупольського державного університету. – 2013. – № 5. – С. 122–134. – (Серія «Право»).

²⁶ Gwangju Declaration on Human Rights City : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.uclg-cisdp.org/sites/default/files/Gwangju_Declaration_on_HR_City_final_edited_version_110524.pdf

²⁷ Роль местных органов власти в поощрении и защите прав человека – итоговый доклад Консультативного комитета Совета по правам человека, 17 августа 2015 г. A/HRC/30/49.

²⁸ Декларация о городах и других населенных пунктах в новом тысячелетии : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/habitatdec.shtml

²⁹ Global Charter-Agenda on Human Rights in the City: [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.uclg-cisdp.org/en/committee/mission>

Резюме

Сметана В.В. Міжнародно-правові стандарти захисту прав людини у сфері місцевого самоврядування.

Досліджуються правова концепція, поняття, сутність, функції та видова характеристика універсальних і спеціальних міжнародних правових стандартів правозахисної діяльності у сфері місцевого самоврядування, питання їх імплементації у внутрішнє законодавство України та значення для розвитку місцевої демократії. Проаналізовано міжнародні нормативно-правові акти, що визначають міжнародно-правові стандарти захисту прав людини на місцевому рівні.

Ключові слова: права і свободи людини, локальна демократія, місцеве самоврядування, територіальна громада, муніципальні права, міжнародні стандарти.

Резюме

Сметана В.В. Международно-правовые стандарты защиты прав человека в сфере местного самоуправления.

Исследуются правовая концепция, понятие, сущность, функции и видовая характеристика универсальных и специальных международно-правовых стандартов правозащитной деятельности в сфере местного самоуправления, вопросы их имплементации во внутреннее законодательство Украины и их роль в развитии местной демократии. Проанализированы международные нормативно-правовые акты, в которых определяются международные стандарты защиты прав человека на местном уровне.

Ключевые слова: права и свободы человека, локальная демократия, местное самоуправление, территориальное общество, муниципальные права, международные стандарты.

Summary

Smetana V. International legal standards for the protection of human rights in the field of local self-government.

Article considers aspects of the human rights and freedoms of system of the municipal law now. On pages of the article author suggest to define local community (i.e. unit individuals) as the subject of local self-government. The article uncovers the fundamental issues of the current international standards implementation in the legal foundations of local self-government in Ukraine. It is the central government which has the primary responsibility for the promotion and protection of human rights, while local government has a complementary role to play.

Key words: legal standards, principles of international law, international legal relations, international legal system, municipal law. human right, municipal human right, organizing international human rights conferences, international standards, Local democracies and governments, European Charter, Global Charter-Agenda, Human Rights in the City.

УДК 350.542.9

І.Г. БУХТІЯРОВА, А.С. НОСОВА

Ірина Геннадіївна Бухтіярова, кандидат юридичних наук, викладач Національної академії внутрішніх справ України

Анна Сергіївна Носова, курсант Навчально-наукового інституту № 1 Національної академії внутрішніх справ

ГРОМАДСЬКІ ОРГАНІЗАЦІЇ ЩОДО ФУНКЦІОНУВАННЯ ІНСТИТУТУ МАТЕРИНСТВА В УКРАЇНІ

Дослідження сутності інституту материнства на сьогоднішній день є досить актуальним питанням, тому воно регулярно порушується різними громадськими об'єднаннями та жіночими рухами, науковими колами і звичайними людьми. Поняття «материнство» неодноразово розглядалося і вивчалось вченими – психологами, філософами, генетиками. У нашій роботі ми розглянемо його з точки зору адміністративного права.

Проблемні питання правового регулювання захисту прав людини, зокрема у сфері захисту інституту материнства, були предметом наукових досліджень В.Б. Авер'янова, Р.В. Аверчука, С.М. Алфьорова, М.І. Ануфрієва, О.М. Бандурки, О.І. Безпалової, В.М. Бесчастного, Ю.П. Битяка, О.А. Біди, А.Б. Благої, В.В. Галунька, О.М. Ганкевича, Ю.В. Гаруста, В.М. Гарашука, І.П. Голосніченка, С.Ф. Денисюка, О.Ю. Дрозда, О.В. Джафарової, С.М. Злупка, Н.А. Зобенько, О.М. Ключова, Т.О. Коломоєць, В.К. Колпакова, О.В. Кузьменко, О.І. Миколенка, А.А. Манжули, М.В. Лошицького, О.В. Негодченка, Н.М. Оніщенко, А.М. Подоляки, Т.О. Проценка, О.О. Сосновика, А.А. Стародубцева, О.Г. Стрельченко, В.К. Шкарупи, К.В. Шкарупи та інших науковців.

Метою статті є дослідження жіночого руху та громадських об'єднань, які захищають інститут материнства в Україні.

З метою захисту материнства в Україні сьогодні створено понад 700 жіночих організацій (34 мають статус міжнародних і всеукраїнських). Вони впливають на вдосконалення законодавства та механізмів щодо поліпшення становища жінок і жінок-матерів, а також прагнуть суспільного визнання організованого жіночого руху як важливого державотворчого чинника. Низкою проведених акцій жінки заявили про себе як реальну силу. Визначено, що ця громадсько-політична сила ще молода, багато в чому несформована. Перед нею стоїть низка завдань, серед яких першочерговими є формування ідеології жіночого руху України та утвердження жіночого руху як суб'єкта соціального й політичного творення. Цей рух проти дискримінаційних стосовно жінок суспільних звичаїв та законів щодо публічної активності жінок і рух за переосмислення усталених патріархальних понять про роль жіночої статі у суспільстві. Разом із тим, з метою захисту материнства в Україні, діє ціла низка громадських об'єднань, які здійснюють безпосередньо громадське управління щодо діяльності інституту материнства в нашій країні.

Основною метою діяльності всіх громадських організацій і рухів в Україні є: вдосконалення державної політики та проведення досліджень у сфері захисту материнства; превентивно-освітньої та інформаційної діяльності щодо захисту материнства та надання соціальної допомоги при порушенні прав матері тощо¹.

Материнство – це актуальне питання сьогодення, тому воно постійно піднімається різними громадськими організаціями, науковими колами та звичайними людьми.

Протягом останніх десятиліть істотно зменшилася чисельність населення України, що свідчить про глибоку демографічну кризу, в якій перебуває наша держава. Відсутність відповідної державної політики може призвести до зупинки соціально-економічного розвитку України та зниження стану її національної без-

пеки². Зважаючи на це одним зі стратегічних загальнонаціональних пріоритетів нашої держави має стати вироблення дієвого механізму охорони захисту материнства, стимулювання народжуваності, збереження репродуктивного здоров'я нації як невід'ємної умови належного функціонування сфери національної безпеки. Отже, сьогодні важливого значення набуває вироблення ефективної державної політики у сфері захисту материнства в Україні, а також дієвого механізму її реалізації за допомогою вжиття низки відповідних законодавчих, адміністративних та просвітницьких заходів. Зазначене допоможе створити належні умови для реалізації прав і свобод жінок-матерів, забезпечити їх належний правовий та соціальний захист³.

Невід'ємною складовою будь-якого демократичного суспільства є діяльність різноманітних громадських об'єднань, соціально-політичне призначення яких полягає насамперед у тому, що вони допомагають людям у вирішенні проблем повсякденного життя, відкривають широкі можливості для виявлення суспільно-політичної ініціативи, здійснення функцій самоврядування, в тому числі й у діяльності громадських жіночих організацій. Відповідно, жіночий рух є певною організацією суспільної діяльності жінок і чоловіків, яка спрямована проти дискримінації жінок, за утвердження рівноправності чоловіків і жінок у всіх сферах життєдіяльності суспільства, за емансипацію й гуманізацію суспільства. Однак на практиці зміст цього поняття значно ширший і різноманітніший, як і саме життя. Його трансформація відбувається із розвитком науки, суспільно-політичних і економічних відносин, демократичних перетворень у світі, зміною суспільної свідомості⁴.

Саме з метою захисту материнства в Україні сьогодні створено понад 700 жіночих організацій (34 мають статус міжнародних і всеукраїнських). Вони впливають на вдосконалення законодавства та механізмів щодо поліпшення становища жінок та жінок-матерів, а також прагнуть суспільного визнання організованого жіночого руху як важливого державотворчого чинника. Низкою проведених акцій жінки заявили про себе як про реальну силу. І все-таки слід визнати, що ця громадсько-політична сила ще молода, багато в чому несформована. Перед нею стоїть низка завдань, серед яких першочерговими є формування ідеології жіночого руху України та утвердження жіночого руху як суб'єкта соціального й політичного творення⁵. Він з'явився на українських землях ще у другій половині ІХ ст., поштовхом для якого стало поширення ідей загальноєвропейського жіночого руху, що поєднував у собі низку суспільних рухів, ініціаторами, лідерами та учасниками яких були жінки. Це рух проти дискримінаційних щодо жінок суспільних звичаїв та законів щодо публічної активності жінок і рух за переосмислення усталених патріархальних понять про роль жіночої статі у суспільстві⁶.

Найбільш поширений він у Західній Європі і об'єднав намагання жінок вибороти собі рівний статус з чоловіками. Діяльність цього руху за політичну, суспільну та професійну рівноправність жінок і чоловіків називають емансипацією (лат. «*emancipatio*», від «*emancipō*» – звільняю від опіки), або фемінізмом (франц. «*féminisme*», від лат. «*femina*» – жінка). Емансипаційні змагання жінок у різних країнах досить схожі між собою за метою й формами, навіть якщо вони визрівають і проявляються в різні історичні періоди. Фемінізм, однак, не створив єдиної ідеології, його прояви всюди мали й мають виразне національне та географічно окреслене забарвлення⁷.

До останнього часу розвиток жіночого руху в Україні ілюстрував різновид розвитку активізації громадської діяльності жінок, що виростає з актуальних для певного історичного періоду конкретних суспільних потреб, а не з нового для всієї історії людства розуміння (актуалізованого фемінізмом) легальних прав. Саме цим цей різновид жіночого руху відрізняється від фемінізму англо-саксонського типу, який розвивався в правовому суспільстві й тільки в такому суспільстві міг з'явитися. Жіночий рух в Україні намагався відстояти права жінок у громадському житті. Він не був орієнтований, як це було притаманно фемінізмові англосаксонського типу, на глибинну феміністичну перебудову всіх суспільних відносин. Сьогодні жіночий рух в Україні розвивається повномасштабно, українські жіночі організації стають політичною та громадською силою, роблять значні кроки в розвитку гендерних студій в Україні⁸.

Разом із тим з метою захисту материнства в Україні діє ціла низка громадських об'єднань, які здійснюють безпосередньо громадське управління щодо діяльності інституту материнства в Україні. Вважаємо за доцільне здійснити короткий характеристику їх діяльності в аспекті захисту материнства в Україні.

Так, «Амбасада жінок-підприємців» діє як незалежна громадська організація, метою діяльності якої є пропагування підприємництва серед жінок та формування культури підприємництва серед молоді; формування умов розвитку та підтримки на теренах України високого рівня підприємницької діяльності; мотивація і обмін успішною практикою ведення бізнесу та підтримка жінок, які займаються підприємницькою діяльністю, керують власними фірмами і розвивають діяльність на міжнародних ринках.

Головною метою об'єднання є консолідація зусиль жінок-депутатів різних рівнів з метою провадження культурної, освітньої, наукової, екологічної діяльності, сприяння розвитку політичних та правових відносин на засадах гендерної рівності, вдосконалення різних сфер суспільних відносин⁹.

Так, громадська організація «Відкрите суспільство» спрямована на розвиток рівноправного партнерства заради синергії впливу на розбудову демократичної країни, що цілеспрямовано впроваджує політику дотримання прав людини, в тому числі й права жінок та жінок-матерів. Одним із напрямів діяльності є, зокрема, політична участь жінок та жінок-матерів. Громадська організація регулярно проводить дослідження медіа щодо присутності жінок у регіональних засобах масової інформації (Вінницька область), ставлення до політичної участі жінок, гендерні моніторинги місцевих виборів, а також займається стратегічним проектуванням збільшення кількості жінок у політиці тощо.

Так, метою діяльності громадської організації «Гендерний центр «Корона»» є сприяння утвердженню в українському суспільстві демократичних цінностей, справедливості й передусім – гендерної рівності. Їхня робота переважно інформаційно-просвітницька і охоплює кілька напрямів: проекти з неформальної освіти, видавнича діяльність та гендерна експертна платформа¹⁰.

Разом із тим членами громадської організації «Ділові українські жінки» є впливові жінки з активною життєвою позицією, лідери у різноманітних сферах діяльності – підприємництва, «fashion» індустрії, медицини, туризму та інших галузях. Серед завдань організації – вплив на духовний розвиток сучасного суспільства шляхом створення передового громадського суспільства, сприяння розкриттю творчого потенціалу жінок і їхньої реалізації в суспільстві, та реалізації спільних бізнес-проектів, сприяння формуванню відповідального молодого покоління.

Водночас громадська організація «Європейська асамблея жінок-депутатів» має на меті сприяти підвищенню спроможності жінок-депутатів впливати на політичні процеси задля успішного впровадження європейських демократичних цінностей і принципів на місцях, а також посилення ролі жіноцтва у формуванні глобальної політики. Ця міжнародна громадська організація об'єднує жінок зі сфери політики та самоврядування задля успішного впровадження реформ та кращих практик врядування на державному рівні й на місцях через принципи прозорості, справедливості, рівності, гласності, верховенства права та прав людини¹¹.

А також громадська організація «Жіночий консорціум України» має на меті забезпечення рівних прав і можливостей жінок і чоловіків та благополуччя дітей в Україні. Жіночий консорціум працює над проектами з гендерної рівності, а також спрямовує зусилля на викорінення насильства щодо дітей. Проводить профілактичну та інформаційну роботу, поширює ненасильницькі цінності.

Громадська організація «Ла Страда – Україна» є міжнародною правозахисною організацією, яка працює для забезпечення гендерної рівності, запобігання всім видам гендерного насильства, зокрема насильства в сім'ї, протидії торгівлі людьми та забезпечення прав дітей, сприяючи впровадженню міжнародних стандартів прав людини в усі сфери життя суспільства та держави. «Ла Страда – Україна» має гарячу лінію з питань запобігання торгівлі людьми, запобігання насильству та захисту прав дітей.

Громадська організація «Ліга захисту прав жінок «Гармонія рівних»», що об'єднує небайдужих ініціативних людей – чоловіків та жінок – які прагнуть подолати гендерну дискримінацію, що існує в суспільстві, відкинути стереотипи, які нас розділяють, та побудувати рівноправне суспільство вільних людей, які працюють на спільне благо. Кредо: саме гармонія рівних вивільнить нові творчі сили українського суспільства та надасть потужний стимул для розвитку держави у всіх сферах. Пріоритети діяльності: боротьба з множинною дискримінацією жінок, протидія домашньому та гендерно зумовленому насильству.

Громадська організація «STUDENA» займається втіленням культурно-просвітніх та правозахисних проектів. Працює задля зниження агресивності й нетерпимості у суспільстві, просуває ідеї рівності прав та можливостей людей незалежно від їхньої статі, раси, віросповідання. Основні напрями діяльності: соціальна адаптація військових, гендерна рівність, культура і освіта, правозахист.

Громадська організація «Сучасна жінка» п'ять років активно займається розбудовою жіночого руху та розвитком гендерної культури у Східній Україні. ХГНО «Сучасна жінка» проводить тренінги з жіночого та соціального підприємництва, розбудови громадського руху, гендерної рівності та протидії дискримінації.

Громадська організація у Херсоні «Успішна жінка» займається задоволенням та захистом соціальних, економічних, політичних, творчих та інших прав громадян/ок; залученням громадян/ок до розбудови громадянського суспільства та демократії; сприянням реалізації державної та місцевої гендерної політики та протидії торгівлі людьми; освітою дорослих.

Місією такої громадської організації, як «Центр «Жіночі перспективи», є захист прав жінок та забезпечення рівних прав і можливостей жінок та чоловіків у всіх сферах суспільного життя. Діяльність організації спрямована на впровадження гендерної політики в Україні, зменшення рівня насильства, підвищення конкурентоспроможності жінок на ринку праці та просування їх на рівень прийняття рішень в Україні. Пріоритетні напрями діяльності організації: гендерна рівність, протидія домашньому насильству, протидія торгівлі людьми, підтримка жіночих та правозахисних організацій.

Така громадська організація, як «Центр «Розвиток демократії», сприяє розповсюдженню знань із захисту прав людини, поширенню демократичних практик, сучасних підходів до публічного управління; формуванню нового освітнього підходу за темами: «Гнучка демократія та управління кризами», «Гендерна політика, створення гендерно чутливих послуг», «Права людини». У своїй діяльності Центр використовує різні освітні інструменти програм «Дебати», «Практичне право», проводить тренінги, семінари, вистави, фестивалі, дебатні турніри, громадські слухання тощо¹².

Вважаємо за доцільне, у зв'язку з обмеженим обсягом роботи, здійснити ґрунтовну характеристику громадської організації «Ла Страда – Україна», завданнями якої є забезпечення гендерної рівності, запобігання всім видам гендерного насильства, зокрема насильства в сім'ї, протидії торгівлі людьми та забезпечення прав дітей. Завданнями організації є сприяння дотриманню прав людини, особливо жінок та дітей; сприяння просуванню українського суспільства в напрями до утвердження гендерної рівності у всіх соціальних сферах; сприяння запобіганню торгівлі людьми, інших проявів насильства, жорстокого поводження, особливо по відношенню до дітей; сприяння протидії сексуальній комерційній експлуатації дітей, їх використання у проституції та порнографії; сприяння протидії сексуальній комерційній експлуатації дітей, їх використання у проституції та порнографії; сприяння проведенню роботи по створенню та впровадженню ефективних

механізмів подолання цих явищ шляхом налагодження та зміцнення взаємодії державних, недержавних, міжнародних організацій; сприяння проведенню експертизи законодавчих актів на предмет дотримання прав людини, гендерної рівності в суспільстві, адекватності міжнародним документам та нормам; сприяння підвищенню рівня інформованості суспільства про права людини, досягнення гендерної рівності в суспільстві, необхідність ліквідації усіх форм насильства та жорстокого поводження; сприяння проведенню досліджень із зазначеної проблематики, організації конференцій, форумів, громадських акцій; сприяння більш глибокому розумінню умов і причин, що породжують проблеми насильства, дискримінації, торгівлі людьми, насильству та дискримінації в суспільстві; участь у підготовці рекомендацій з удосконалення міжнародно-правової бази і гармонізації національного законодавства держав у зазначеній сфері; сприяння наданню інформаційної, наукової, консультативної, методичної, організаційної та матеріально-технічної підтримки юридичним і фізичним особам, що беруть участь у програмах і проектах, спрямованих на дотримання прав людини, досягнення гендерної рівності в суспільстві; сприяння дотриманню прав українських громадян, які перебувають за кордоном та недопущення потрапляння їх до ситуації торгівлі людьми; сприяння реалізації інших перспективних задумів і проектів, пов'язаних з діяльністю Центру пропаганда і широке розповсюдження ідей та цілей Центру, в тому числі із залученням засобів масової інформації і комунікації¹³.

Основною метою діяльності цієї організації є: вдосконалення державної політики та проведення досліджень у сфері захисту материнства; превентивно-освітньої та інформаційної діяльності щодо захисту материнства та надання соціальної допомоги при порушенні прав матері тощо.

У зв'язку з викладеним вище вважаємо за необхідне створити громадську організацію щодо захисту материнства із назвою «Щасливе материнство», метою основної діяльності якої має бути: підтримка вагітних жінок та профілактика захворювань матері і дитини; санаторно-курортне лікування вагітної жінки, щоб у майбутньому народжувалися здорові діти; боротьба зі шкідливими звичками, боротьба за здоровий спосіб життя жінки; допомога у виходженні дітей-інвалідів (ДЦП тощо), із запозиченням європейського досвіду.

¹ Смольницька М. Материнство як соціальна функція (друга половина 1940-х – перша половина 1960-тих років) / М. Смольницька // Україна ХХ століття : культура, ідеологія, політика. – 2015. – Вип. 20. – С. 98–110.

² Мокрецов С. Світовий та вітчизняний досвід державної політики соціальних гарантій захисту материнства та дитинства / С. Мокрецов // Держава та регіони. – 2012. – № 1 (37). – С. 141–145. – (Серія «Державне управління»).

³ Бухтіярова І.Г. Адміністративно-правові засади захисту дитинства та материнства в Україні: монографія / І.Г. Бухтіярова. – К.: ВД «Гельветика», 2018. – 211 с.

⁴ Жіночий рух в Україні : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://resource.history.org.ua>

⁵ Жіночий рух та жіночі організації : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://pidruchniki.com/15660212/pravo/zhi-nochiy_ruh_zhinochi_organizatsiyi

⁶ Смольницька М. Вказана праця.

⁷ Сергеева С.М. Міжнародно-правовий захист прав жінок : історія і сучасність / С.М. Сергеева // Часопис Київського університету права. – 2011. – № 3. – С. 284–288.

⁸ Громадські організації : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://genderindetail.org.ua/community/organizations/gromadski-organizatsii>

⁹ Там само.

¹⁰ Там само.

¹¹ Там само.

¹² Там само.

¹³ Напрямки діяльності : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://la-strada.org.ua/ucp_mod_content_show_napryamki-diyalnosti

Резюме

Бухтіярова І.Г., Носова А.С. Громадські організації щодо функціонування інституту материнства в Україні.

У статті здійснена ґрунтовна характеристика жіночого руху та громадських об'єднань, які захищають інститут материнства в Україні. Основною метою діяльності цих громадських об'єднань і рухів в Україні є: вдосконалення державної політики та проведення досліджень у сфері захисту материнства; превентивно-освітньої та інформаційної діяльності щодо захисту материнства та надання соціальної допомоги при порушенні прав матері тощо.

Ключові слова: інститут материнства, жіночий рух, громадські організації, розвиток, правове регулювання, охорона.

Резюме

Бухтіярова И.Г., Носова А.С. Общественные организации относительно функционирования института материнства в Украине.

В статье осуществлена основательная характеристика женского движения и общественных объединений, защищающих институт материнства в Украине. Основной целью деятельности этих объединений и движений в Украине являются: совершенствование государственной политики и проведения исследований в сфере защиты материнства; превентивно-образовательная и информационная деятельность по защите материнства и предоставления социальной помощи при нарушении прав матери и тому подобное.

Ключевые слова: институт материнства, женское движение, общественные организации, развитие, правовое регулирование, охрана.

Summary

Bukhtiarova I., Nosova A. Public organizations on the functioning of institute of matter in Ukraine.

The article provides a thorough description of the women's movement and public associations that protect the maternity institution in Ukraine. The main purpose of these public associations and movements in Ukraine is to: improve state policy and research in the field of maternity protection; preventive, educational and informational activities on maternity protection and provision of social assistance in violation of the rights of the mother, etc.

Key words: institute of motherhood, women's movement, public organizations, development, legal regulation, protection.

УДК 347.919

Н.С. ГОРБАНЬ

Наталія Сергіївна Горбань, кандидат юридичних наук, асистент кафедри Київського національного університету імені Тараса Шевченка

**ОСОБЛИВОСТІ ВЗАЄМОДІЇ ОРГАНІВ ДЕРЖАВНОЇ
ВИКОНАВЧОЇ СЛУЖБИ ТА МИТНИЦЬ ДЕРЖАВНОЇ ФІСКАЛЬНОЇ СЛУЖБИ
ПІД ЧАС ПЕРЕДАВАННЯ МАЙНА, КОНФІСКОВАНОГО ЗА РІШЕННЯМ СУДІВ,
ТА РОЗПОРЯДЖЕННЯ НИМ**

Рішення, що підлягають примусовому виконанню органами та особами, які здійснюють примусове виконання рішень, мають свою специфіку, яка визначає в подальшому дії виконавців у виконавчому провадженні. Іноді виконання судових рішень та рішень інших органів (посадових осіб) неможливо здійснити без проведення спільних скоординованих дій органів ДВС з іншими державними, правоохоронними органами. Також для забезпечення повного, своєчасного виконання рішень виконавці мають володіти великим обсягом інформації щодо боржника. Доволі часто вона міститься у різних інформаційних системах, до яких виконавці не мають доступу. Відсутність доступу до інформації, яку створюють та накопичують органи державної влади, правоохоронні органи, в процесі здійснення ними діяльності, дуже впливає на якість та ефективність роботи органів ДВС. Недосконале законодавство, яким визначається автономія державних органів, відсутність у ньому положень про особливості взаємодії між ними, створює штучні перешкоди та породжує проблеми в їх діяльності. Тому, здійснюючи реформування діяльності органів, які здійснюють примусове виконання рішень, вносячи зміни в законодавство, слід врахувати, що поряд із інформаційно-аналітичною та технічною автономією органів ДВС має бути чітко регламентована їх взаємодія і з іншими державними органами та посадовими особами для забезпечення співробітництва, взаємодоповнення, координації й узгодження дій для досягнення спільної мети та досягнення високого рівня комунікації між ними.

Останніми роками проблематика взаємодії органів ДВС та осіб, що здійснюють примусове виконання рішень, розробляється в різних аспектах. На дисертаційному рівні її досліджували: В.В. Макушев¹ – правові засади взаємодії Державної виконавчої служби з суб'єктами публічного та приватного права; Н.А. Сергієнко² – взаємодія судів із органами Державної виконавчої служби при виконанні судових рішень у цивільних справах в Україні. На рівні наукових публікацій до даної теми звертали свою увагу Є.І. Фурса та Є.Є. Фурса. Вони висвітлювали проблематику взаємодії державних виконавців з різними органами при розшуку майна боржника³. Л.С. Мальярчук⁴ порушила питання взаємодії виконавців із банками при зверненні стягнення на грошові кошти. І.С. Мельник⁵ зацікавила взаємодія виконавців та органів державної прикордонної служби України при застосуванні щодо осіб заходів тимчасового обмеження у праві виїзду з України. Сфера наукового інтересу та сфера суб'єктів, між якими виникає взаємодія органів ДВС та приватних виконавців, розширюється. Однак поза увагою дослідників залишилися питання взаємодії органів ДВС та митниць Державної фіскальної служби. Тому в рамках даної публікації пропонується усунути існуючу прогалину.

Перш ніж перейти до аналізу діючого законодавства, яким регулюється означене вище, вважаємо за необхідне з'ясувати теоретико-праксеологічну сутність категорії «взаємодія», що дасть можливість визначити особливості цього процесу в діяльності органів ДВС.

Взаємодія – філософська категорія, яка відображає особливий тип відношення між об'єктами, при якому кожний з об'єктів діє (впливає) на інші об'єкти, приводячи до їх зміни, і водночас зазнає дії (впливу) з боку кожного з цих об'єктів, що, в свою чергу, зумовлює зміну його стану⁶.

Для діяльності державних і приватних виконавців характерною є суб'єкт-суб'єктна взаємодія.

У теорії управління органами внутрішніх справ достатньо детально, з точки зору державного управління, проаналізовано ознаки взаємодії, серед яких виділяють наступні:

– взаємодія – це діяльність;

- наявність декількох (не менше двох) суб'єктів взаємодії;
- узгодженість заходів за ціллю, місцем, часом, методами;
- спрямованість функціонування взаємодіючих суб'єктів;
- наявність нормативної (правової) бази взаємодії;
- стан, який суб'єкти посідають в ієрархії системи;
- зміст завдань, які вирішуються суб'єктами взаємодії;
- сумісна діяльність⁷.

Розглянувши вищезазначене, можна зауважити, що взаємодія органів ДВС із іншими суб'єктами публічного і приватного права містить такі ж ознаки, однак визначальними серед них є ознака взаємодії як діяльності декількох суб'єктів для досягнення спільної мети. Як зазначає Ю.С. Назар, «однак спільність мети не означає однаковості функцій та завдань, а навпаки – передбачає їх диференціацію. Кожний суб'єкт наділений певною компетенцією і, відповідно, здійснює свою діяльність властивими йому методами»⁸.

Враховуючи специфіку функцій, якими наділені державні і приватні виконавці та особливості їх правового статусу, їхня професійна діяльність передбачає особливий тип взаємовідносин – з одного боку «безпечливіше виконання законних вимог», а з іншого, «допомагаючу поведінку». Слід зазначити, що на законодавчому рівні питання взаємодії органів ДВС, приватних виконавців із іншими суб'єктами (крім учасників виконавчого провадження) не врегульовано. Проте існує практика такого врегулювання підзаконними нормативно-правовими актами. Так, спільним наказом Міністерства юстиції України, Міністерства фінансів України затверджено Порядок взаємодії органів державної виконавчої служби та митниць Державної фіскальної служби під час передавання майна, конфіскованого за рішеннями судів, та розпорядження ним (далі – Порядок взаємодії). Зазначений Порядок взаємодії, розроблений відповідно до Митного кодексу України, Закону України «Про виконавче провадження» врегульовує механізм передавання вилученого митницями Державної фіскальної служби (далі – митниці ДФС) та конфіскованого за судовими рішеннями майна органам ДВС, подальшого інформування про здійснене розпорядження ним та взаємодії представників митниць ДФС і державних виконавців під час здійснення такої діяльності.

Згідно зі ст. 465 Митного кодексу України (далі – Кодекс) конфіскація як адміністративне стягнення за порушення митних правил полягає у примусовому вилученні товарів, транспортних засобів комерційного призначення:

- безпосередніх предметів порушення митних правил, товарів, транспортних засобів із спеціально виготовленими сховищами (тайниками), що використовувалися для приховування товарів;
- безпосередніх предметів порушення митних правил від митного контролю (крім транспортних засобів комерційного призначення, які використовуються виключно для перевезення пасажирів і товарів через митний кордон України за визначеними маршрутами та рейсами, що здійснюються згідно з розкладом руху на підставі міжнародних договорів, укладених відповідно до закону), а також транспортних засобів, що використовувалися для переміщення товарів;
- безпосередніх предметів порушення митних правил через митний кордон України поза місцем розташування митного органу і безоплатній передачі їх у власність держави. При цьому моторні транспортні засоби та несамохідні транспортні засоби, що буксируються ними, розглядаються як самостійні об'єкти конфіскації.

Необхідно зауважити, що конфіскація може бути застосована виключно за рішенням суду у випадках, обсязі та порядку, що визначаються цим Кодексом та іншими законами України.

Проте конфіскація товарів, транспортних засобів, зазначених у п. 3 ст. 461 Кодексу, застосовується незалежно від того, чи є ці товари, транспортні засоби власністю особи, яка вчинила правопорушення.

Кодексом також передбачено обов'язкове тимчасове вилучення товарів у разі виявлення порушень митних правил, передбачених частиною шостою ст. 470, ст. ст. 471–473, 476, частиною шостою ст. 481, ст. ст. 482–484 цього Кодексу. Це стосується товарів, у тому числі транспортних засобів особистого користування, транспортних засобів комерційного призначення, які підлягають конфіскації відповідно до цих статей, а також відповідних документів.

У разі застосування тимчасового вилучення товарів у випадках, передбачених ст. 511 Кодексу, вилучаються безпосередні предмети порушення митних правил та відповідні документи, необхідні як докази у справі про порушення митних правил. Документи, які перебувають в електронному вигляді, вилучаються разом з відповідними носіями. У разі вчинення порушення митних правил особою, яка не має в Україні постійного місця проживання або адреси, допускається тимчасове вилучення товарів, транспортних засобів у кількості, необхідній для забезпечення стягнення штрафу або вартості товарів, транспортних засобів відповідно до частини другої ст. 541 Кодексу. Тимчасово вилучені товари, у тому числі транспортні засоби особистого користування, транспортні засоби комерційного призначення та документи повинні бути перелічені у протоколі, що складається в передбачених цим Кодексом випадках, або в доданому до нього описі з точним зазначенням кількості, міри, ваги та особливих ознак цих товарів, транспортних засобів та документів, а також вартості товарів, транспортних засобів.

Слід звернути увагу, що в установленому законом порядку постановою суду (судді) про накладення адміністративного стягнення за порушення митних правил у частині конфіскації виконується державним виконавцем. Приватні виконавці не наділені такими повноваженнями.

У разі неможливості конфіскації товарів, транспортних засобів, зазначених у п. 3 ст. 461 цього Кодексу, з осіб, які вчинили порушення митних правил, державним виконавцем за рішенням суду в установленому законом порядку може стягуватися вартість цих товарів, транспортних засобів.

Отже, враховуючи вищезазначене, дія Порядку взаємодії поширюється на майно (у тому числі транспортні засоби), вилучені митницями ДФС і конфіскованого на підставі судових рішень, а також на вилучене митницями ДФС майно з обмеженим терміном зберігання, що потребує невідкладного розпорядження.

Для більш детально ознайомитися із Порядком взаємодії необхідно визначити мету взаємодії зазначених в ньому органів. Майно, яке вилучене митницею чи конфісковане за рішенням суду в подальшому підлягає відповідно зберіганню, передачі чи реалізації, тому необхідно забезпечити визначення реальної вартості конфіскованого майна, а також якісне та своєчасне оформлення необхідних документів під час роботи з таким майном для забезпечення мобілізації коштів до Державного бюджету України.

Облік, попередня оцінка конфіскованого за рішеннями судів майна до його вилучення державним виконавцем або передачі уповноваженому державному підприємству покладаються на митниці ДФС та здійснюються відповідно до Порядку обліку, зберігання, оцінки вилученого митницями ДФС майна, щодо якого винесено рішення суду про конфіскацію, передачі цього майна органам державної виконавчої служби і розпорядження ним (далі – Порядок обліку майна)⁹.

Із даного документа слідує, що облік, попередня оцінка, а також відповідальність за зберігання вилученого митницями ДФС майна до прийняття судом рішення про його конфіскацію покладаються на ці органи. Облік майна до винесення судом рішення про його конфіскацію ведеться у спеціальних книгах за його видами із зазначенням відмітних ознак, попередньої оцінки, місця його знаходження. Взятє на облік майно відображається митницями ДФС на забалансових рахунках «Товарно-матеріальні цінності, прийняті на відповідальне зберігання».

Попередня оцінка майна проводиться митницями ДФС самостійно. Проте залежно від виду майна та у випадках, визначених законодавством, із залученням суб'єктів оціночної діяльності суб'єктів господарювання.

Щодо правил зберігання, то вони розроблені із урахуванням особливостей майна. За загальним правилом вилучене митницями ДФС майно зберігається у власних (орендованих) спеціально обладнаних приміщеннях (на майданчиках) або передається ними для зберігання іншим організаціям за договорами. Специфічні умови зберігання дорогоцінних металів, дорогоцінного та напівдорогоцінного каміння, дорогоцінного каміння органогенного утворення, платіжних документів у валюті України та іноземній валюті, готівкової іноземної валюти та валюти України. Таке майно зберігається митницями ДФС в спеціально призначених приміщеннях, металевих шафах або передаються ними для зберігання банківським установам. Щодо цінних паперів, виражених у валюті України та іноземній валюті, то вони зберігаються у безпосередніх учасників Національної депозитарної системи.

Процедура передачі майна на реалізацію визначена у пунктах 8–12 Порядку обліку, зберігання, оцінки вилученого митницями ДФС майна, щодо якого винесено рішення суду про конфіскацію, передачі цього майна органам державної виконавчої служби і розпорядження ним. Слід зауважити, що окремі положення даного документа збігаються із відповідними положеннями Порядку взаємодії органів державної виконавчої служби та митниць Державної фіскальної служби під час передавання майна, конфіскованого за рішеннями судів, та розпорядження ним.

Як вже зазначалось, згідно з частиною першою ст. 541 Кодексу постановою суду (судді) про накладення адміністративного стягнення за порушення митних правил у частині конфіскації виконується державним виконавцем в установленому законом порядку. Також частинами першою та другою ст. 62 Закону передбачено, що виконання рішень про конфіскацію майна здійснюється органами ДВС в порядку, встановленому цим Законом. Реалізація конфіскованого майна здійснюється в порядку, встановленому цим Законом.

Згідно з положеннями ст. 61 Закону реалізація арештованих (конфіскованих) транспортних засобів здійснюється шляхом електронних торгів, порядок проведення яких визначається Міністерством юстиції України. При чому організатором відповідних електронних торгів є державне підприємство «СЕТАМ», яке належить до сфери управління Міністерства юстиції України.

Державний виконавець одночасно з винесенням постанови про відкриття виконавчого провадження про конфіскацію майна призначає суб'єкта оціночної діяльності, про що повідомляє митницю ДФС для підготовки за встановленою формою довідки про визначення вартості майна після нарахування усіх податків і зборів, що підлягають сплаті при переміщенні зазначеного майна через митний кордон України (п. 8 Порядку обліку майна, пункт 8 Порядку взаємодії).

Перевагою прийняття Порядку взаємодії є те, що після відкриття виконавчого провадження щодо виконання рішення суду про конфіскацію майна державний виконавець невідкладно з'ясовує в митниці ДФС місцезнаходження майна, що підлягає опису та арешту, та умови його зберігання для організації його подальшого зберігання. У разі необхідності на вимогу державного виконавця митниця ДФС надає вказану інформацію у письмовому вигляді.

На призначений державним виконавцем день проведення опису та арешту майна митниця ДФС забезпечує безперешкодний доступ та супроводження державного виконавця, суб'єкта оціночної діяльності, понятих, інших осіб, залучених державним виконавцем, до майна, що підлягає опису та арешту. Тобто, Порядок взаємодії передбачає створення умов сприяння у виконанні визначених у Законі функцій органами ДВС та митницями ДФС.

Зазначена довідка передається суб'єкту оціночної діяльності для врахування під час оцінки майна розміру податків і зборів, що підлягають сплаті під час переміщення майна через митний кордон України. У подальшому звіт про оцінку майна перевіряється митницею ДФС в частині правильності врахування розміру податків і зборів при визначенні ринкової вартості майна. У разі неврахування чи врахування не в повному обсязі розміру податків і зборів при визначенні ринкової вартості майна приймається рішення про проведення повторної оцінки (пункт 9 Порядку обліку).

Також абзацом другим пункту 12 Порядку взаємодії, наголошено на забороні передання на реалізацію конфіскованого майна до повного узгодження оцінки такого майна державним виконавцем та митницею ДФС.

Пунктом 2 Порядку обліку майна встановлено, що кошти, які надійшли на відповідний рахунок органу державної виконавчої служби від реалізації вилученого митницями ДФС майна, щодо якого винесено рішення суду про конфіскацію, та податки і збори зараховуються у визначених законом випадках до державного бюджету після відшкодування витрат виконавчого провадження. При цьому податки і збори, що підлягають сплаті при переміщенні майна (товарів і транспортних засобів) через митний кордон України, перераховуються митниці ДФС, яка здійснила вилучення майна, для подальшого зарахування до державного бюджету в установленому порядку.

Разом із тим реалізація конфіскованих за матеріалами митниць ДФС транспортних засобів можлива виключно за умови врахування в їх оціночній вартості розміру визначених законодавством податків. Факт зарахування до державного бюджету податків від реалізації конфіскованого транспортного засобу, зокрема для цілей його державної реєстрації, може бути підтверджено митницею ДФС, за матеріалами якої такий транспортний засіб було конфісовано.

Отже, чинний Порядок взаємодії передбачає створення сприятливих умов при виконанні визначених у Законі для органів ДВС та митниць ДФС функцій під час передавання майна, конфіскованого за рішенням судів, та розпорядження ним. Проте залишаються неврегульованими питання електронної інформаційної взаємодії, що в свою чергу затягує та ускладнює виконання процедури передавання майна, конфіскованого за рішеннями судів, своєчасну проінформованість органів ДВС про розпорядження майном митницями ДФС та здійснення реалізації майна прозоро, без порушення вимог закону та зловживань у цій сфері.

¹ Макушев П.В. Державна виконавча служба в Україні: адміністративно-правове дослідження : дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.07 / П.В. Макушев. – Запоріжжя. 2011. – 525 с.

² Сергієнко Н.А. Взаємодія судів із органами державної виконавчої служби при виконанні судових рішень у цивільних справах в Україні: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Н.А. Сергієнко. – К., 2015. – 250 с.

³ Фурса Є.І. Взаємодія державного виконавця з різними органами при розшуку майна боржника: способи та методи / Є.І. Фурса, Є.Є. Фурса // Цивилистическая процессуальная мысль: международный сборник научных статей / под ред. д.ю.н., профессора, заслуженного юриста Украины С.Я. Фурсы. – К.: Издатель Фурса С.Я., 2014. – Вып. 3 «Исполнительный процесс». – 588 с.

⁴ Малярчук Л.С. Взаємодія виконавців із банками при зверненні стягнення на грошові кошти: питання ефективності та вдосконалення / Л.С. Малярчук // Реформа виконавчого провадження: сьогодення та перспективи: матеріали міжнародної наук.-практ. конференції (м. Київ, 30 березня 2018 р.) / ред. кол.: Шкляр С.В., Фурса С.Я., Снідевич О.С. – К.: Вид-во «Юстон», 2018. – С. 60–65.

⁵ Мельник І.С. Взаємодія виконавців та органів державної прикордонної служби України при застосуванні щодо осіб заходів тимчасового обмеження у праві виїзду з України / І.С. Мельник // Реформа виконавчого провадження: сьогодення та перспективи: матеріали міжнародної наук.-практ. конференції (м. Київ, 30 березня 2018 р.) / ред. кол.: Шкляр С.В., Фурса С.Я., Снідевич О.С. – К.: Вид-во «Юстон», 2018. – С. 65–70.

⁶ Філософський енциклопедичний словник : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://shron1.chtyvo.org.ua/Shynka_ruk_Volodymyr/Filosofskyi_entsyklopedychnyi_slovyk.pdf

⁷ Васильєва О.М. Некоторые теоретические вопросы взаимодействия органов внутренних дел с добровольными народными дружинами / О.М. Васильєва // Вопросы взаимодействия с общественностью. – М., 1977. – С. 99.

⁸ Назар Ю.С. Взаємодія органів внутрішніх справ із місцевими органами влади та органами місцевого самоврядування у профілактиці адміністративних правопорушень: монографія / Ю.С. Назар. – Л.: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2012. – С. 13.

⁹ Про Порядок обліку, зберігання, оцінки вилученого митницями ДФС майна, щодо якого винесено рішення суду про конфіскацію, передачі цього майна органам державної виконавчої служби і розпорядження ним: постанова Кабінету Міністрів України від 26 грудня 2001 р. № 1724.

Резюме

Горбань Н.С. Особливості взаємодії органів державної виконавчої служби та митниць Державної фіскальної служби під час передавання майна, конфіскованого за рішенням судів, та розпорядження ним.

У статті досліджується питання законодавчої регламентації взаємодії органів державної виконавчої служби та митниць Державної фіскальної служби під час передавання майна, конфіскованого за рішенням судів, та розпорядження ним. Автор акцентує увагу на проблемних питаннях діяльності зазначених органів та звертає увагу на необхідність створення єдиної інформаційної системи, яка б полегшила виконання покладених на них функцій.

Ключові слова: органи державної виконавчої служби, митниці Державної фіскальної служби, взаємодія, державний виконавець конфісковане майно.

Резюме

Горбань Н.С. Особенности взаимодействия органов государственной исполнительной службы и таможи Государственной фискальной службы при передаче имущества, конфискованного по решению судов, и распоряжение им.

В статье исследуется вопрос законодательной регламентации взаимодействия органов государственной исполнительной службы и таможи Государственной фискальной службы при передаче имущества, конфискованного по решению судов, и распоряжения им. Автор акцентирует внимание на проблемных вопросах деятельности указанных органов и отмечает необходимость создания единой информационной системы, которая облегчила бы выполнение возложенных на них функций.

Ключевые слова: органы государственной исполнительной службы, таможи Государственной фискальной службы, взаимодействие, государственный исполнитель конфискованное имущество.

Summary

Horban N. Peculiarities of the interaction between the bodies of the state executive service and the customs of the State fiscal service during the transfer of property confiscated by court decision and disposing of it.

The article deals with the issue of the legislative regulation of the interaction between the bodies of the state executive service and the customs of the State fiscal service during the transfer of property confiscated by the decision of the courts and dispose of it. The author focuses on the problematic issues of the activities of these bodies and notes the need to create a unified information system that would facilitate the implementation of the functions assigned to them.

Key words: bodies of state executive service, customs of the State fiscal service, cooperation, state executor confiscated property.

УДК 342.9

К.А. ГУСЕВА, М.В. МАРТИНОВА

Катерина Анатоліївна Гусєва, кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник, доцент Національної академії внутрішніх справ

Маргарита Володимирівна Мартинова, курсант Національної академії внутрішніх справ

ДІЯЛЬНІСТЬ УПОВНОВАЖЕНИХ ПІДРОЗДІЛІВ ОРГАНІВ НАЦІОНАЛЬНОЇ ПОЛІЦІЇ У СФЕРІ ЗАПОБІГАННЯ ТА ПРОТИДІЇ ДОМАШНЬОМУ НАСИЛЬСТВУ ТА ГЕНДЕРНОЇ ДИСКРИМІНАЦІЇ

Конституцією України проголошено, що найвищою соціальною цінністю в країні є життя та здоров'я людини та громадянина. Відповідно до ст. 24 Основного Закону всі громадяни є рівними у своїх правах та обов'язках, незалежно від свого етнічного та соціального походження, раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статевої приналежності тощо¹. Однак у суспільстві стало поширеним таке явище, як домашнє насильство та гендерна дискримінація, що прямо порушує встановлені права та свободи. Щороку від такого насильства в Україні страждає близько 100 тисяч осіб (90 % із яких – жіночої статі). Проте, реальні масштаби проявів домашнього насильства та гендерної дискримінації важко визначити. Оскільки кількість заяв про факти насильства не є відображенням його реального рівня і багато його випадків залишаються прихованими.

Домашнє та гендерне насильство є грубим порушенням прав і свобод людини, а також гострою проблемою українського суспільства, від якої страждають всі верстви населення. Саме тому дослідження даного питання потребує особливої уваги з боку визначення напрямів діяльності уповноважених підрозділів органів Національної поліції у сфері запобігання та протидії цьому явищу.

Проблематика домашнього та гендерно зумовленого насильства як загальносоціального явища привертала до себе увагу багатьох науковців, таких як: О.В. Ковальова, Г.О. Христова, Л.М. Герасіна, В.В. Голіна, А.К. Зайцев та інші.

Метою статті є встановлення самої сутності домашнього насильства та гендерної дискримінації, аналіз чинного законодавства, що діє у даній сфері, а також визначення напрямів діяльності уповноважених підрозділів органів Національної поліції щодо запобігання та протидії насильству.

На законодавчому рівні гендерна рівність закріплена в Конституції України та законах, зокрема, Законі України «Про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків» та «Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні», де прописані положення, які забороняють дискримінацію за ознакою статі.

Поняття «дискримінація» має точне і стале визначення в міжнародному праві. Комітет ООН з прав людини – незалежний експертний орган, що спостерігає за виконанням Міжнародного Пакту про громадян-

ські та політичні права, – роз'яснив, що в пакті цей термін включає: «будь-яку відмінність, виключення, обмеження або перевагу, за ознакою раси, кольору шкіри, мови, релігії, політичних або інших поглядів, національного або соціального походження, майнового положення, народження або іншої обставини, і яка має на меті або як наслідок, знищення або применшення визнання, використання або здійснення всіма особами, на рівних можливостях, всіх прав і свобод»².

Під дискримінацією за ознакою статі (гендерною дискримінацією) розуміють ситуацію, за якої особа або група осіб за ознаками статі, які були, є та можуть бути дійсними або припущеними, зазнає обмеження у визнанні, реалізації або користуванні правами і свободами або привілеями в будь-якій формі, встановленій Законом України «Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні»³.

Формами дискримінації відповідно до Закону України «Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні» є: пряма дискримінація, непрямая дискримінація; підбурювання до дискримінації; пособництво у дискримінації та утиск^{4,5}.

Особливо гендерна дискримінація проявляється через домашнє насильство. У сім'ї може відбуватися фізичне, психологічне, сексуальне, а також економічне насильство. Це може стосуватися будь-якого члена сім'ї, однак у більшості випадків відноситься до жінок. Так, формою гендерного насильства може бути прямий контроль жінки, наприклад примусові аборти та примусова вагітність. Ще одним осередком, де дискримінують жінок, є робоче місце, сюди включають оплату праці, різні можливості в підвищенні кар'єри, а також у примушування вступити в сексуальний зв'язок та навіть торгівлю жінками⁶.

Для ефективної боротьби з насильством потрібна досконала законодавча база. На міжнародному рівні особливе значення має Конвенція Ради Європи про запобігання насильству щодо жінок та домашньому насильству та боротьбу з цими явищами (Стамбульська конвенція) – це перший європейський обов'язковий документ, що закріплює обов'язкові стандарти попередження насильства, захисту жертв, а також покарання кривдників. Стамбульська конвенція проводить чітку лінію, що на пряму пов'язує гендерну рівність з викориненням насильства, яке не може бути викоринено без досягнення рівності між жінками та чоловіками. Україна вже підписала Стамбульську конвенцію, однак ще не ратифікувала⁷.

В Україні законом, що регулює діяльність щодо запобігання та протидії домашньому насильству, є Закон України «Про запобігання та протидію домашньому насильству», що набрав чинності 7 січня 2018 р. від 7 грудня 2017 р. № 2229-VIII, який був прийнятий у рамках реалізації Національної стратегії у сфері прав людини, затвердженої Указом Президента України від 25 серпня 2015 р. № 501/2015 з метою протидії дискримінації за ознакою статі, застосуванню міжнародних стандартів протидії насильству, впровадження політики гендерної рівності та протидії насильству, також було розширено коло осіб, які підпадають під дію законодавства, запроваджено додаткові заходи, що спрямовані на створення захисних механізмів боротьби проявами насильства за гендерною ознакою.

У даному Законі надається визначення поняття «домашнє насильство», його форм, встановлюються основні засади запобігання та протидії домашньому насильству, визначено коло суб'єктів, що здійснюють заходи у сфері запобігання та протидії домашньому насильству (одним із таких суб'єктів є уповноважені підрозділи органів Національної поліції України), визначені повноваження та завдання цих суб'єктів, зазначені права постраждалих осіб, закріплені спеціальні заходи щодо протидії домашньому насильству, встановлена відповідальність за вчинення домашнього насильства тощо.

Відповідно до ст. 1 Закону домашнім насильством є діяння (дія або бездіяльність) фізичного, сексуального, психологічного або економічного насильства, що вчиняються в сім'ї чи в межах місця проживання або між родичами, або між колишнім чи теперішнім подружжям, або між іншими особами, які спільно проживають (проживали) однією сім'єю, але не перебувають (не перебували) у родинних відносинах чи у шлюбі між собою, незалежно від того, чи проживає (проживала) особа, яка вчинила домашнє насильство, у тому самому місці, що й постраждала особа, а також погрози вчинення таких діянь⁸.

Діяння є насильством лише за умови, що воно порушує норми чинного законодавства і порушило чи може призвести до порушення конституційних прав і свобод людини. Воно може мати форму, як дій – активна поведінка, наприклад, нанесення побоїв, так і бездіяльності – пасивна поведінка особи, наприклад, ненадання допомоги члену сім'ї, який перебуває у небезпечному для життя становищі⁹.

Постраждалою особою виступає та особа, яка зазнала домашнього насильства у будь-якій формі. У свою чергу особа, яка вчинила домашнє насильство у будь-якій формі, називається кривдник, а у випадку, якщо така особа не досягла 18, вона називається дитина-кривдник.

Закон визначає перелік постраждалих осіб, на яких поширюється дія законодавства про запобігання та протидію домашньому насильству, при цьому не має значення факт їх спільного проживання зі своїми кривдниками.

Варто зазначити, що Закон передбачає створення в Україні Єдиного державного реєстру випадків домашнього насильства та насильства за ознакою статі, до якого вноситимуться дані про кожен зафіксований у державі випадок такого насильства. У цей реєстр потраплять дані про кривдника, жертву насильства та про обставини його вчинення. Даний реєстр є вкрай важливим, оскільки надасть можливість скласти приблизне уявлення про масштаб проблеми домашнього насильства в Україні⁸.

Виходячи із вже зазначених положень, домашнє насильство та гендерна дискримінація є грубим порушенням прав та свобод громадян. Відповідно до Закону України «Про Національну поліцію» одним із основних завдань поліції є забезпечення охорони прав та свобод кожної людини. Також у Законі зазначено, що

одним із органів у сфері запобігання та протидії домашньому насильству є уповноважені підрозділи органів Національної поліції України¹⁰.

Звідси виходить, що уповноважені підрозділи органів Національної поліції повинні здійснювати діяльність щодо запобігання та протидії домашньому насильству, а також гендерної дискримінації. До таких підрозділів відносять: служби патрульної поліції, дільничних офіцерів та підрозділів ювенальної превенції, груп реагування патрульної поліції.

Згідно зі ст. 10 Закону органи Національної поліції уповноважені:

- 1) виявляти факти домашнього насильства та здійснювати своєчасне реагування на них;
- 2) приймати і розглядати заяви, а також повідомлення про факти домашнього насильства;
- 3) інформувати постраждалих осіб про їхні права, заходи і соціальні послуги, якими вони можуть скористатися;

4) на винесення термінового заборонного припису стосовно кривдників;

5) брати на профілактичний облік кривдників та проводити з ними профілактичну роботу;

6) здійснювати контроль за виконанням кривдниками спеціальних заходів протидії домашньому насильству протягом строку їх дії;

7) анулювати дозволи на право придбання, зберігання, носіння зброї та боєприпасів їх власників у разі вчинення ними домашнього насильства, а також проводити вилучення зброї та боєприпасів у порядку, визначеному законодавством;

- 8) взаємодіяти з іншими суб'єктами, що здійснюють заходи;
- 9) звітувати про результати здійснення повноважень у цій сфері.

Завданнями у сфері запобігання насильству є:

- 1) визначення причин і передумов поширення насильства;

2) підвищення рівня поінформованості населення про насильство, його форми, прояви, причини і наслідки;

3) сприяння розумінню природи домашнього насильства, його нерівномірного впливу на жінок і чоловіків (особливо на осіб з інвалідністю, вагітних жінок, дітей, недієздатних осіб, осіб похилого віку);

4) формування в суспільстві негативного ставлення до насильницької поведінки, небайдужого ставлення до постраждалих осіб, насамперед постраждалих дітей, усвідомлення домашнього насильства як порушення прав людини;

5) викорінення дискримінаційних уявлень про соціальні ролі та обов'язки жінок і чоловіків, а також будь-яких звичаїв і традицій, що на них ґрунтуються;

6) заохочення всіх членів суспільства, насамперед чоловіків, до активного сприяння запобігання домашньому та гендерно зумовленому насильству.

Важливим є нововведення Закону про запровадження термінового заборонного припису стосовно кривдника – спеціального заходу протидії насильству, що вживається уповноваженими підрозділами органів Національної поліції України як реагування на факт домашнього насильства. Він може передбачати такі заходи:

- 1) зобов'язання залишити місце проживання або перебування постраждалої особи;
- 2) заборона на вхід та перебування в місці проживання або перебування постраждалої особи;
- 3) заборона в будь-який спосіб контактувати з постраждалою особою.

При вирішенні питання про винесення термінового заборонного припису пріоритет надається безпеці постраждалої особи. Заборонний припис виноситься за заявою постраждалої особи, а також за власною ініціативою працівником уповноваженого підрозділу органів Національної поліції України за результатами оцінки ризиків (строком до 10 діб). Він вручається кривднику, а його копія – постраждалій особі або її представнику.

Дія такого припису припиняється у разі застосування до кривдника судом адміністративного стягнення у вигляді адміністративного арешту або обрання щодо нього запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою у кримінальному провадженні.

Кривдник, стосовно якого винесено даний припис, згідно з яким він повинен залишити місце спільного проживання або перебування з постраждалою особою, зобов'язаний повідомити про місце свого тимчасового перебування підрозділ поліції за місцем вчинення насильства. Особа, стосовно якої винесено терміновий заборонний припис, може оскаржити його до суду в загальному порядку.

Даний припис не може містити: зобов'язання залишити місце проживання, заборону на вхід та перебування в місці проживання, якщо кривдником є особа, яка на день винесення припису не досягла вісімнадцятирічного віку та має спільне місце проживання або перебування з постраждалою особою⁸.

За I півріччя 2018 р. складено 50,7 тис. адміністративних протоколів за ст. 173-2 Кодексу України про адміністративні правопорушення (далі – КУпАП), що передбачає відповідальність за вчинення домашнього насильства, насильства за ознакою статі, невиконання термінового заборонного припису або неповідомлення про місце свого тимчасового перебування, було виявлено 40,5 тис. осіб, які вчинили адміністративні правопорушення, передбачені даною статтею КУпАП, на профілактичний облік поставлено 36,6 тис. кривдників (з них 33,1 тис. осіб чоловічої статі), 26 особам анульовано дозвіл на право придбання, зберігання, носіння зброї чи боєприпасів¹¹.

Зазвичай жертви домашнього насильства зазнають різних форм насильства протягом тривалого часу. Вони можуть страждати через безліч причин. Ці чинники ускладнюють прийняття раціонального рішення,

тому поведінка та дії постраждалої особи можуть здаватися нелогічними. Замість того, аби убезпечити себе та дітей від подальшого насильства, жертва надалі залишається з кривдником.

В Україні працює так звана Національна «гаряча лінія» з попередження домашнього насильства, торгівлі людьми та гендерної дискримінації, що була започаткована у 2004 р. Міжнародним жіночим правозахисним центром «Ла Страда – Україна». Вона є важливим елементом в системі надання допомоги жертвам домашнього насильства та гендерно зумовленого насильства, оскільки являє собою єдиний всеукраїнський безкоштовний ресурс для цілодобового отримання інформації щодо проблеми насильства¹².

У свою чергу, поліція є першим контактним інститутом між постраждалою особою від насильства та судом. Вона відіграє важливу роль при забезпеченні ефективної системи реагування на насильство. Останнім часом навіть проводяться спеціальні навчально-методичні тренінги операторів служби «102» з метою формування у них розуміння поняття «гендерно зумовлене насильство» та для того, щоб навчити їх ідентифікувати і реагувати на випадки такого насильства.

Підрозділи органів Національної поліції реагують на факти домашнього насильства за таким алгоритмом:

- 1) правоохоронні органи здійснюють прийом виклику оператором спецлінії «102» або отримують інформацію щодо домашнього насильства від інших суб'єктів;
- 2) направлення наряду поліції на місце виклику;
- 3) представники поліції, які приїхали на виклик повинні:
 - провести звуження масштабів конфлікту для негайного припинення насильства;
 - заспокоїти та забезпечити безпеку постраждалій особі та дітям;
 - зібрати інформацію, необхідну для реєстрації справи та початку судового позову у разі необхідності;
 - інформувати жертву про її права та можливість отримати професійну допомогу;
- 4) винести терміновий заборонний припис кривднику строком до 10 діб;
- 5) скласти документи про адміністративне правопорушення;
- 6) порушити кримінальне провадження у разі достатньої на те підстави (дана норма вступить в дію з січня 2019 р.)^{8,13}.

Важливо також зазначити, що згідно із Законом поліцейські можуть проникати до житла особи без вмотивованого рішення суду в невідкладних випадках, пов'язаних із припиненням вчинюваного акту домашнього насильства, у разі безпосередньої небезпеки для життя чи здоров'я постраждалої особи⁸.

Також з метою посилення протидії домашньому та гендерному насильству у Законі було розширено перелік адміністративної відповідальності за вчинення дій, що мають ознаки насильства. Кодекс України про адміністративні правопорушення було доповнено ст. 39–1 (Направлення на проходження програми для особи, яка вчинила домашнє насильство чи насильство за ознакою статі)^{14,15}.

На місці події правоохоронні органи повинні враховувати певні особливості ситуацій, що пов'язані з домашнім та гендерно зумовленим насильством:

- 1) жертва обов'язково знаходиться окремо від кривдника;
- 2) після прибуття наряду поліції жорстокість кривдника може посилитися;
- 3) кривдник може впливати на те, що жертва розповідає правоохоронним органам (через висловлювання, мову жестів та інші мало помітні елементи їхніх стосунків);
- 4) у жертви може бути присутній страх майбутнього покарання від кривдника, через що вона може боятися розмовляти з працівниками поліції у його присутності.

Щохвилини від домашнього насильства в Україні страждає три жінки, зазначає президент громадської організації «Ла Страда – Україна» Катерина Левченко. У минулому році через насильство до правоохоронних органів і на гарячу лінію звернулися понад 150 000 осіб. Однак, це лише 10–15 % від загальної кількості реальних випадків, про що наголошує експерт¹⁵.

Враховуючи замовчування даної проблеми, вкрай важливим є дослідження причин, які визначають небажання потерпілих притягувати кривдників до відповідальності, та обставини звернень до поліції. Переважно звернення до поліції про факти насильства надходять від самих потерпілих, інші звернення ініціюють сторонні особи, які стали свідками насильства (сюди також відносять сусідів, знайомих, випадкових свідків події, представників організацій тощо), а також родичі або члени сім'ї.

Система кримінального правосуддя неспроможна охопити більшість випадків домашнього насильства. Наприклад, за даними звітів про поширеність насильства щодо жіночої статі, насильства зазнає набагато більше жінок, ніж є офіційних звернень.

Неефективність в реагуванні поліції на випадки насильства призводить до високого рівня повторності злочинів, а також сприяє розвитку суспільного середовища, яке створює умови для насильства¹⁶.

Виходячи із вищезазначеного, стає зрозумілим, що проблема насильства досить поширена в суспільстві та потребує звуження масштабу. Так, потрібне вдосконалення деяких правових норм. На цій підставі виникає пропозиція до ст. 16 «Єдиний державний реєстр випадків домашнього насильства та насильства за ознакою статі» внести зміну до п. 5 ч. 2, а саме забезпечити єдиний облік не тільки випадків домашнього насильства та насильства за ознакою статі, а й також постраждалих осіб, кривдників та суб'єктів, що здійснюють заходи запобігання та протидії домашньому насильству, насильства за ознаками статі. Дана зміна потрібна для того, щоб не тільки скласти приблизне уявлення про масштаб проблеми насильства в Україні, а й точного аналізу даних правопорушень.

Таким чином, удосконалення діяльності поліцейській щодо запобігання та протидії насильству залежить від наявності правового забезпечення, постійної взаємодії поліції з іншими суб'єктами, які здійснюють діяльність у даній сфері, організації широкої інформаційно-просвітницької роботи, що спрямована на зміну стереотипів населення.

¹ Конституція України : Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=254%EA%2F96-%E2%F0> (дата звернення: 02.11.2018).

² Amnesty International Ukraine) ВР : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://amnesty.org.ua/materiali/materiali-kampaniyi/shho-take-diskriminatsiya/> (дата звернення: 02.11.2018).

³ Про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків: Закон України від 08.09.2005 р. № 2866-IV ВР : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2866-15> (дата звернення: 02.11.2018).

⁴ Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні : Закон України від 06.09.2012 р. № 5207-VI ВР : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/5207-17> (дата звернення: 02.11.2018).

⁵ Дискримінація обмежує протидій! ВР : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://discrimi.net/discrimination> (дата звернення: 02.11.2018).

⁶ Гендерна рівність в Україні: проблеми та шляхи удосконалення / В.Г. Никифоренко, А.І. Табанова // Вісник соціально-економічних досліджень. – 2014. – Вип. 2. – С. 218–225.

⁷ Конвенція Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу із цими явищами (Стамбульська конвенція). Довідник для членів парламенту ВР : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://rm.coe.int/1680096e45> (дата звернення: 09.11.2018).

⁸ Про запобігання та протидію домашньому насильству: Закон України від 07.12.2017 р. № 2229-VIII ВР : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2229-19> (дата звернення: 09.11.2018).

⁹ Додаток до листа Міністерства освіти і науки України від 18.05.2018 № 1/11-5480 Запобігання та протидія насильству: Методичні рекомендації. – К., 2018. – С. 86.

¹⁰ Про Національну поліцію : Закон України від 02.07.2015 р. № 580-VIII ВР : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/580-19> (дата звернення: 09.11.2018).

¹¹ Дума центр правових та політичних досліджень ВР : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://centrduma.org.ua/?cat=4&paged=4> (дата звернення: 09.11.2018).

¹² Ла Страда – Україна ВР : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://la-strada.org.ua/> (дата звернення: 09.11.2018).

¹³ Москвичова А. Як працює «Поліна» – поліція проти домашнього насильства. 2017 ВР / А. Москвичова : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://www.radiosvoboda.org/a/28602166.html> (дата звернення: 10.11.2018).

¹⁴ Протидія домашньому насильству. Практичний посібник / Проект Ради Європи «Боротьба з насильством щодо жінок та дітей в Україні»: Ентоні Вілс, Ольга Калашник.

¹⁵ Кодекс України про адміністративні правопорушення (статті 1 - 212-21) від 07.12.1984 р. № 8073-X ВР : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/80731-10> (дата звернення: 10.11.2018).

¹⁶ Трегубова Я. Гендерна нерівність: п'ять порушень прав жінок в Україні. 2018 ВР / Я. Трегубова. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://www.radiosvoboda.org/a/29085513.html> (дата звернення: 10.11.2018).

Резюме

Гусева К.А., Мартинова М.В. Діяльність уповноважених підрозділів органів Національної поліції у сфері запобігання та протидії домашньому насильству та гендерної дискримінації.

У даній статті встановлена сама сутність домашнього насильства та гендерної дискримінації, здійснено аналіз чинного законодавства, що діє у даній сфері, а також визначено напрями діяльності уповноважених підрозділів органів Національної поліції щодо запобігання та протидії насильству.

Ключові слова: насильство, дискримінація, домашнє насильство, гендерна дискримінація, уповноважені підрозділи органів Національної поліції.

Резюме

Гусева Е.А., Мартынова М.В. Деятельность уполномоченных подразделений органов Национальной полиции в сфере предотвращения и противодействия домашнему насилию и гендерной дискриминации.

В данной статье определена сама сущность домашнего насилия и гендерной дискриминации, осуществлен анализ законодательства, действующего в данной сфере, а также определены направления деятельности уполномоченных подразделений органов Национальной полиции по предотвращению и противодействию насилию.

Ключевые слова: насилие, дискриминация, домашнее насилие, гендерная дискриминация, уполномоченные подразделения органов Национальной полиции.

Summary

Guseva K., Martynova M. The activities of authorized departments of the National police in the field of preventing and combating domestic violence and gender discrimination.

In this articles the very essence of domestic violence and gender discrimination, the analysis of the current legislation in this area, as well as the directions of activities of the competent departments of the National police to prevent and combat violence.

Key words: violence, discrimination, domestic violence, gender discrimination, authorized units of the National police.

Я.М. КВІТКА, Р.В. ДМИТРИК

Яніна Михайлівна Квітка, кандидат юридичних наук, доцент, професор Національної академії внутрішніх справ

Роман Валентинович Дмитрик, ад'юнкт Національної академії внутрішніх справ

**ЗВІЛЬНЕННЯ ПОЛІЦЕЙСЬКОГО З ОРГАНІВ НАЦІОНАЛЬНОЇ ПОЛІЦІЇ
ЗА ВЛАСНИМ БАЖАННЯМ**

З проголошенням України як правової держави особливого значення набуває функціонування ринку праці, яке багато в чому залежить від розвитку всіх інститутів, серед яких особливу роль відіграють правила звільнення працівників. Право на працю є одним із найважливіших соціально-економічних прав, скориставшись яким працівник може забезпечити високий рівень матеріального і духовного благополуччя своєї родини.

Дослідження даної проблематики, на наш погляд, є вкрай актуальним, оскільки встановлення об'єктивних причин звільнення працівників поліції зі служби є першопричиною неефективного використання бюджетних коштів, виділених на забезпечення діяльності підрозділів Національної поліції та, як наслідок, низький показник дієвості реформування правоохоронної системи. Заявлена тематика носить як теоретичний, так і практичний характер, оскільки у статті висвітлюються питання як регулювання процедури звільнення працівника з органів поліції (механізм нормативно-правового регулювання звільнення з посади), так і практична частина, що полягає в дослідженні основних причин звільнення працівників поліції. **Метою** статті є також дослідження такого негативного явища, як «плинність кадрів» в поліції, та розробка механізму викоринення такого явища серед поліцейських Національної поліції.

У ході даного дослідження було встановлено, що процедура звільнення працівника поліції за власним бажанням фактично не досліджувалась, оскільки причина звільнення працівника з органів Національної поліції за власним бажанням, на перший погляд, носить досить формальний характер.

У вітчизняній юридичній науці адміністративні процедури проходження служби в органах Національної поліції та органах внутрішніх справ і звільнення зокрема висвітлені у працях М.І. Іншина, І.П. Голосніченка, В.Ю. Кікінчука, І.П. Лаврінчука, Н.П. Магюхіна, К.Ю. Мельника, О.І. Павленка, В.І. Прокопенка, С.В. Попова, Г.І. Чанишева тощо, але питання звільнення за власним бажанням висвітлено фрагментарно, без комплексного підходу. Відтак, в умовах реформування правоохоронної системи виникає гостра необхідність в удосконаленні нормативно-правової складової звільнення працівника, спрощенні механізмів звільнення із займаної посади, мінімізації впливу бюрократичної системи на особу.

На темп реформування Національної поліції та ефективність її діяльності суттєво впливають такі чинники: недостатність фінансових ресурсів; плинність кадрів, особливо в підрозділах патрульної поліції; низька забезпеченість поліцейських засобами індивідуального захисту, комп'ютерною технікою; неналежний стан автотранспорту тощо. Так, з часу утворення патрульної поліції та прийняття на службу понад 13 тис. поліцейських, протягом 2016–2017 рр. з різних причин звільнилося 1944 працівників поліції, або кожний сьомий, з них 643 особи – на першому році служби. Низьким є рівень забезпеченості підрозділів Національної поліції засобами індивідуального захисту, а в підрозділах патрульної поліції, ними фактично забезпечений кожний десятий поліцейський. Як наслідок – загроза життю та здоров'ю поліцейських під час виконання ними завдань із забезпечення публічної безпеки і порядку на вулицях та в інших публічних місцях, виявлення і припинення кримінальних та адміністративних правопорушень тощо¹. Нормативно-правова складова діяльності правоохоронної системи та порядок прийняття на службу в органи Національної поліції, а також звільнення з посади поліцейського регламентується Законом України «Про Національну поліцію» (далі – Законом)², Кодексом законів про працю України (далі – КЗпП)³ та іншими нормативними актами, що регламентують діяльність Національної поліції України. Так, процедура звільнення зі служби працівника поліції займає особливе місце серед інших процедур в сфері кадрової діяльності. Відповідно до п. 7 ст. 77 Закону однією із причин звільнення працівника поліції зі служби є волевиявлення працівника щодо звільнення його за власним бажанням. Звільненням вважається останній день після прийняття наказу про припинення працевідносин між працівником поліції та органом Національної поліції⁴.

Проаналізувавши норми ст. 77 Закону встановлено, що законодавець не дає переліку підстав звільнення працівника «за власним бажанням», тому виникає необхідність звернутися до норм КЗпП, а саме до ст. 38, в якій зазначено перелік підстав для розірвання договору (контракту) з працівником. Отже, КЗпП передбачено право розірвати договір, укладений на невизначений строк, попередивши про це орган письмово за два тижні. Зазначений термін може бути скорочено, якщо заяву про звільнення з роботи за власним бажанням

зумовлено неможливістю продовжувати роботу, а саме у випадку: переїзду на нове місце проживання; переведення чоловіка або дружини на роботу в іншу місцевість; вступу до навчального закладу; неможливості проживання в даній місцевості, підтвердженої медичним висновком; догляду за дитиною до досягнення нею чотирнадцятирічного віку або дитиною з обмеженими фізичними можливостями; догляду за хворим членом сім'ї відповідно до медичного висновку або інвалідом I групи; виходу на пенсію; прийняття на роботу за конкурсом, а також інших поважних причин. У такій ситуації організація зобов'язана розірвати трудові відносини в певний строк, зазначений у заяві, і видати наказ, у якому причини й дата звільнення мають бути чітко сформульовані⁵. Щодо поліцейського, який виявив бажання звільнитися зі служби в поліції за власним бажанням, строк попередження не визначено.

У рамках наукового дослідження розглянемо механізм звільнення працівника поліції з органів Національної поліції. В.Ю. Кікінчук, який дослідив нормативно-правові аспекти та юридичну складову звільнення працівника з органів внутрішніх справ, зазначає, що під процедурою звільнення з органів поліції варто розуміти врегульовану нормативними правовими актами діяльність уповноважених посадових осіб органів Національної поліції, спрямовану на припинення служби, пов'язану із втратою прав і обов'язків сторін правовідносин⁶.

У науково-практичному коментарі Закону України «Про Національну поліцію» визначено, що процедура звільнення в органах поліції складається з трьох основних стадій:

- ухвалення рішення про звільнення;
- й узгодження документів на звільнення;
- оформлення факту припинення правовідносин з органом Національної поліції.

Кінцевим результатом даної процедури є припинення службових відносин між працівником та органом поліції⁷. Як зазначає В.Ю. Кікінчук, звільнення зі служби працівників поліції не може здійснюватися лише на підставах, передбачених законом, під якими розуміють такі життєві обставини, що законодавчо визначаються як юридичні факти для припинення служби. Сама по собі наявність зазначеної в законі підстави не припиняє службових (трудових) відносин, необхідним є певний юридичний акт – дія відповідної особи (наказ керівника, рапорт працівника), що відображає волю (ініціативу) сторін щодо припинення служби⁸.

Друга стадія – оформлення документів на звільнення – складається з етапів підготовки документів на звільнення та їх узгодження.

Звільнення здійснюється на підставі наказів, проекти яких готуються працівниками кадрових апаратів. До подання додається рапорт, який засвідчує факт звільнення з вказівкою причин звільнення. У тексті наказу вказуються причини звільнення, відповідний пункт Закону України «Про Національну поліцію», ім'я, по батькові, особистий номер, посада, структурний підрозділ, де працює поліцейський. Під час підготовки проекту наказу варто звертати увагу на дату звільнення. Вона є другим за значенням елементом після підстави звільнення, тому що день звільнення вважається останнім днем роботи⁹.

Третя стадія – оформлення факту припинення відносин з органом Національної поліції – завершує підготовку документів і перебування співробітника в даному органі. Вона складається з наступних етапів: виключення зі списків особового складу й одержання документів; підписання обхідного листа й здійснення фінансового розрахунку¹⁰.

Призначення і звільнення з посади поліцейських здійснюють посадові особи органів (закладів, установ) поліції відповідно до номенклатури посад, яку затверджує МВС України. Посадові особи органів поліції залежно від їх рівня наділені певною компетенцією щодо прийому і звільнення поліцейських, тому юридичні акти, що тягнуть за собою припинення служби, можуть видаватися не всіма рядовими особами, а лише тими, на яких законодавчо покладено ці обов'язки. Голова Національної поліції призначає на посаду та звільняє з посади за погодженням з міністром внутрішніх справ керівників і заступників керівників структурних підрозділів центрального органу управління Національної поліції, призначає на посаду і звільняє з посади державних службовців та інших працівників центрального органу управління Національної поліції, приймає на службу та звільняє зі служби, призначає на посаду та звільняє з посади поліцейських відповідно до закону, призначає на посаду та звільняє з посади керівників територіальних (у тому числі міжрегіональних) органів Національної поліції за погодженням з міністром внутрішніх справ¹¹.

Звільнення завершується припиненням поліцейської діяльності та припинення трудових (службових) правовідносин між працівником та органом Національної поліції.

Звернувшись до інформаційного ресурсу патрульної поліції України було встановлено, що станом на 18 серпня 2017 р. на офіційному сайті патрульної поліції України було оголошено набір на безстрокову службу на посаду інспектора патрульної поліції у м. Києві, де кількість становить 200 вакансій¹². Тут же розміщена інформація, що фактично безперервно йдуть поточні набори до лав поліції. Аналізуючи дану статистику, можна зробити висновок, що кількість прийнятих до служби правоохоронців фактично дорівнює звільненим з лав поліції. Також відповідні статистичні дані висвітлені у Звіті про результати аудиту ефективності використання бюджетних коштів, виділених на забезпечення діяльності підрозділів, установ та закладів Національної поліції України від 11 квітня 2018 р. № 10-2 де зазначено, **що з часу утворення патрульної поліції з її складу звільнилося 1944 особи (2016 р. – 421, 2017 р. – 1523), у тому числі за власним бажанням – 1150, за негативними мотивами – 300, з інших причин – 494**¹³.

Дана статистика красномовно свідчить про те, що найбільшу кількість звільнень з органів поліції складають звільнення за власним бажанням. Тому встановлення першопричини такого стрімкого «небажання

працювати» працівників є не тільки теоретичним питанням, а й таким, що має і практичне значення для вироблення механізму подолання «плину кадрів» в правоохоронних органах. На нашу думку, усунення негативних передумов та першопричин звільнення запобігає самому факту прийняття рішення працівником про звільнення за власним бажанням.

Так, на нашу думку, слід виділити три групи першопричин звільнення працівника поліції за власним бажанням, а саме:

- нематеріальна причина звільнення;
- матеріальна причина звільнення;
- психологічна причина звільнення.

До першої «групи ризику» нематеріальних причин звільнення працівника поліції слід віднести:

- розчаруванням реформуванням правоохоронної системи;
- ненормований робочий графік поліцейського (14–15 год. на добу)¹⁴;
- додаткове залучення до праці поза зміною;
- збільшення навантаження (150 екіпажів патрульної поліції замість 200)¹⁵;

До другої «групи ризику» матеріальних причин звільнення працівника поліції слід віднести:

– відсутність страхування службових автомобілів КАСКО (ремонт автомобілів здійснюється за власний рахунок поліцейського);

– відшкодування за власний кошт втраченого державного майна (рації, планшети, кийки гумові, тощо)¹⁶;

– депримиювання працівників поліції (відсутність чіткого механізму заохочення та часткового зняття грошового забезпечення працівника поліції). Така процедура депримиювання відбувається з суттєвим порушенням чинного законодавства, адже здійснюється на власний розсуд керівника, який керується своїми внутрішніми переконаннями (симпатіями чи антипатіями) до певного працівника поліції. Процедура депримиювання, як правило, здійснюється в односторонньому порядку, про що працівник поліції може дізнатися лише при отриманні грошового забезпечення;

- низька оплата праці, що має високий ступінь ризику.

До третьої «групи ризику» ми віднесли психологічні причини звільнення працівника з органів поліції: щоденний стрес; хронічна перевтома; непорозуміння з керівництвом/колегами; відсутність психологічної підтримки (рідні, близькі, друзі); відсутність кар'єрного зростання; присутність системного хабарництва.

Недосконалість нормативно-правової бази та соціальної політики захисту поліцейського спричиняють таке негативне явище, як звільнення працівника за власним бажанням.

Опрацювавши теоретичну складову дослідження, можна зробити висновки, що процедура звільнення працівника поліції із займаної посади носить, як правило, бюрократичний характер та переобтяжена процедурою проходження етапів звільнення.

Практична складова дослідження полягає у встановленні об'єктивних причин звільнення поліцейських із підрозділів Національної поліції України. Аналізуючи державну політику щодо соціально-правового захисту поліцейських, яка мала би заохотити працівника до служби в правоохоронній системі, встановлено наступне.

Під соціальним захистом поліцейського розуміємо державну політику, спрямовану на захист та реалізацію встановлених соціально-економічних і соціально-культурних прав, які спрямовані на забезпечення процесу якісної діяльності, формування та розвитку професійних якостей та задоволення матеріальних і моральних потреб.

Соціальний статус поліцейського реалізується шляхом: оплати праці, державним обов'язковим особистим страхуванням та пенсійним забезпеченням; медичним обслуговуванням; державною соціальною допомогою; пільгами та компенсаціями.

Але, на жаль, статистичні дані звільнень з лав правоохоронних органів дають нам зовсім інші, протилежні показники. Це свідчить про те, що існуюча система соціальної політики недосконала та містить певні недоліки у реалізації соціально-правового захисту поліцейських. І, як наслідок, пряме порушення чинного законодавства щодо дотримання норм правового, соціального і фізичного захисту правоохоронця.

Опрацювавши матеріал даної проблематики, було встановлено, що державна соціальна політика захисту прав поліцейських існує фактично тільки формально. Так, в рамках висвітлення даної проблематики було досліджено основні причини звільнення працівника поліції. Узагальнено та виділено групи «фактору ризику», що спонукають працівника до звільнення з органів правоохоронної системи за власним бажанням.

Для підвищення соціального статусу поліцейських необхідно запровадити європейську практику захисту соціальних прав поліцейських, впровадження нових мотиваційних програм, щоб хоч трохи компенсувати важкі умови праці представників правоохоронних органів. У новій реформованій правоохоронній системі соціальні гарантії поліцейських мають відповідати європейським стандартам.

¹ Звіт про результати аудиту ефективності використання бюджетних коштів, виділених на забезпечення діяльності підрозділів, установ та закладів національної поліції України. – К., 2018 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.ac-rada.gov.ua/doccatalog/document/16756240/zvit_10-2_2018.pdf?subportal=main

² Про Національну поліцію : Закон України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua>

³ Кодекс законів про працю України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua>

⁴ Про Національну поліцію: Закон України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua>

⁵ Науково-практичний коментар Закону України «Про Національну поліцію». [текст] станом на 1 січня 2016 року. – К.: Центр учбової літератури, 2016. – 400 с. – С. 275.

⁶ Кікінчук В.Ю. Процедура звільнення зі служби в органах внутрішніх справ / В.Ю. Кікінчук // Право і Безпека. – 2010. – № 3. – С. 197–202 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://nbuv.gov.ua/UJRN/Pib_2010_3_44

⁷ Закон України «Про Національну поліцію» : наук.-практ. комент. / МВС України, Харків. нац. ун-т внутр. справ ; за заг. ред. д-ра юрид. наук, доц. В.В. Сокурєнка ; О.І. Безпалова, К.Ю. Мельник, О.О. Юхно та ін. ; передм. В.В. Сокурєнка. – Х., 2016. – 408 с. – С. 280.

⁸ Кікінчук В.Ю. Вказана праця.

⁹ Закон України «Про Національну поліцію» : наук.-практ. комент. / МВС України, Харків. нац. ун-т внутр. справ ; за заг. ред. д-ра юрид. наук, доц. В.В. Сокурєнка ; О.І. Безпалова, К.Ю. Мельник, О.О. Юхно та ін. ; передм. В.В. Сокурєнка. – Х., 2016. – 408 с. – С. 290.

¹⁰ Там само.

¹¹ Там само. – С. 280.

¹² Офіційний сайт патрульної поліції України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://patrol.police.gov.ua/ru/highlight/pruyednujsyado-patrunoi-politsiyi-provodytsya-nabir-u-22-oblastyah-ukrayiny/>

¹³ Полицейская реформа на «аварийке»: отток кадров, разбитые авто и злоупотребление на тендера : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://www.pravda.com.ua/rus/articles/2018/07/27/7187486>

¹⁴ Про Національну поліцію : Закон України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/580-19?ed=20180831&find=1&text=%F0%EE%E1%EE%F7%E8%E9#w12>

¹⁵ Інтерв'ю керівника патрульної поліції О.Ю. Фацевича : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://www.youtube.com/watch?v=TD2lvYRq10>

¹⁶ Звіт Рахункової палати про результати аудиту ефективності використання бюджетних коштів, виділених на забезпечення діяльності підрозділів, установ та закладів Національної поліції України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.ac-rada.gov.ua/doccatalog/document/16756240/zvit_10-2_2018.pdf?subportal=main

Резюме

Квітка Я.М., Дмитрик Р.В. Звільнення поліцейського з органів Національної поліції за власним бажанням.

Стаття присвячена дослідженню стадій звільнення працівника поліції з органів Національної поліції України. Висвітлено питання нормативно-правового аспекту звільнення. Розглянуто проблематику звільнення працівника поліції за власним бажанням. Проаналізовано причини звільнення поліцейських за власним бажанням та запропоновано шляхи вирішення проблеми.

Ключові слова: Національна поліція України, працівник поліції, закон, звільнення, звільнення за власним бажанням.

Резюме

Квитка Я.М., Дмитрик Р.В. Увольнение полицейского из органов Национальной полиции Украины по собственному желанию.

Статья посвящена исследованию стадий увольнения работника полиции из органов Национальной полиции Украины. Освещены вопросы нормативно-правового аспекта увольнения. Рассмотрена проблематика увольнения работника полиции по собственному желанию. Проведен анализ причин увольнения полицейских по собственному желанию и предложены пути решения проблемы.

Ключевые слова: Национальная полиция Украины, работник полиции, закон, увольнение, увольнение по собственному желанию.

Summary

Kvitka Ya., Dmytryk R. The voluntary termination of a policeman from the bodies of the National Police.

The article covers the study of the stages of dismissal of a police officer from the bodies of the National Police of Ukraine. The issue of the regulatory aspect of dismissal is covered. The problems of voluntary termination of a police officer are considered. The reasons for voluntary termination of policemen are analyzed and some ways to solve the problem are suggested.

Key words: National Police of Ukraine, police officer, law, dismissal, voluntary termination.

О.В. ХАРЕНКО

Ольга Валеріївна Харенко, кандидат юридичних наук, доцент ННІ «Юридичний інститут ДВНЗ «Київський національний економічний університет імені Вадима Гетьмана»

АДМІНІСТРАТИВНИЙ РОЗСУД У ДІЯЛЬНОСТІ СУБ'ЄКТІВ ПУБЛІЧНОГО АДМІНІСТРУВАННЯ

В українському праві та юридичній науці досі немає єдиного підходу до розуміння адміністративного розсуду та особливостей його застосування. Такий фактичний стан, враховуючи багаторічну адміністративну практику використання адміністративного розсуду при прийнятті суб'єктами публічного адміністрування управлінських рішень, лише ускладнює правозастосування.

Адміністративний розсуд ми можемо визначити як закріплену законом, інтелектуально-вольову, спрямовану на реалізацію публічного інтересу діяльність суб'єктів публічного адміністрування щодо вибору можливих дій, передбачених законом, із метою прийняття найоптимальнішого та найдоцільнішого управлінського рішення у конкретній ситуації.

Особливе місце у системі розробки предмета дослідження належать дисертаційним дослідженням О.С. Лагоди¹, який одним із перших серед українських науковців ґрунтовно дослідив теорію і практику адміністративної процедури, у тому числі особливості застосування дискреційних повноважень, та М.Б. Рісного², що сформулював загальнотеоретичні аспекти правозастосувального розсуду. Дисертаційне дослідження І.Л. Желтобрюх³ присвячене правовому регулюванню розсуду в податковому правозастосуванні, а Т.С. Мартянової⁴ – розсуду суб'єктів правозастосовної діяльності. Однак на сьогодні все ще залишаються не вирішеними багато проблем, пов'язаних із визначенням місця адміністративного розсуду в діяльності суб'єктів публічного адміністрування.

Про перспективність наукових розробок у даній сфері свідчать сучасні реалії, відповідно до яких останніми роками зростає інтерес до прийняття рішень суб'єктами публічного адміністрування з використанням адміністративного розсуду. Це зумовлюється багатьма чинниками, у тому числі через тенденції до розширення сфер публічного управління, складність досягнення ефективних результатів при реалізації прогностичної управлінської функції, через непередбачуваність і постійне ускладнення сучасного світу, актуалізацію потреб ефективності управлінських рішень шляхом пришвидшення процесу їх прийняття тощо. Але найголовнішою причиною є нова для національного адміністративного права, що має своїм походженням поліцейське право СРСР, людиноцентристська концепція, відповідно до якої у центрі адміністративних правовідносин знаходиться приватна особа (платник податків, утримувач публічної адміністрації) з її потребами й очікуваннями.

Саме тому актуалізується індивідуальний підхід при прийнятті управлінських рішень, що є незвичним для національного адміністративного права, оскільки такий підхід притаманний, насамперед приватноправовим відносинам. Такі зміни потребують теоретичного переосмислення адміністративної процедури прийняття адміністративних актів, а також адміністративного розсуду як адресного способу застосування адміністративно-правових норм, що зумовлює актуальність теми дослідження.

Зокрема, **метою** статті є виокремлення видів розсуду, характеристика діяльності суб'єктів публічного адміністрування, в якій може застосовуватися адміністративний розсуд, та визначення специфіки видів адміністративного розсуду.

Аналіз законодавства України дає змогу зробити висновок, що хоча саме поняття розсуду часто зустрічається в численних законах та підзаконних нормативно-правових актах, але на сьогодні законодавча дефініція поняття «розсуд» відсутня. При цьому, зазвичай, поняття «розсуд застосовується у контексті реалізації прав приватними особами і супроводжується формулюваннями «на свій розсуд», «на власний розсуд».

Наприклад, відповідно до ст. 319 Цивільного кодексу України⁵ власники майна володіють, користуються, розпоряджаються ним на власний розсуд. Тобто, суб'єкт цивільних правовідносин має свободу у прийнятті рішення, чи користуватися наданими йому правами взагалі, а якщо користуватися, то свободу в тому, як саме.

На протигагу приватноправовим, у публічно-правових відносинах застосування розсуду об'єктивно повинно мати ґрунтовні обмеження у зв'язку з тим, що учасники адміністративних правовідносин не є рівними між собою. Суб'єкт управління має владні повноваження, а об'єкт управління, яким виступає приватна особа, зобов'язаний виконувати їх законні вимоги.

У зв'язку із зазначеним, на нашу думку, доцільно розмежувати розсуд, залежно від суб'єкта застосування, на приватний та публічний. У свою чергу, публічний розсуд, залежно від зовнішньої форми реалізації

публічної влади, можемо класифікувати на адміністративний, який застосовується суб'єктами публічного адміністрування, судовий, який застосовується під час відправлення правосуддя, та законодавчий, який застосовується в законотворчості.

Пропонуємо також звернути увагу на суб'єктів публічного адміністрування, а саме на їх діяльність, у якій може застосовуватися адміністративний розсуд. Відомо, що суб'єкти публічного адміністрування здійснюють виконавчо-розпорядчу діяльність та надають адміністративні послуги, при цьому діяльність із надання таких послуг називають публічно-сервісною.

Під час розпорядчої діяльності, тобто видання нормативних актів загальної дії, у суб'єктів публічного адміністрування, на нашу думку, не може бути гнучкості та свободи вибору у зв'язку з необхідністю суворої відповідності таких підзаконних актів нормам Конституції та законів України. Крім того, варто окремо звернути увагу на неможливість закріплення повноважень на застосування адміністративного розсуду підзаконними нормативними актами, оскільки повноваження будь-яких суб'єктів публічного адміністрування мають закріплюватися виключно на рівні закону.

Щодо публічно-сервісної діяльності суб'єктів публічного адміністрування, під якою ми розуміємо надання адміністративних послуг, то варто зазначити наступне. Згідно зі ст. 8 Закону України «Про адміністративні послуги»⁶ на кожну адміністративну послугу затверджується інформаційна та технологічна картка, які містять усю інформацію про порядок надання відповідної послуги, у тому числі конкретні підстави відмови в її наданні.

Така вичерпність, на нашу думку, виключає можливість застосування адміністративного розсуду при наданні адміністративних послуг. У даному випадку суб'єкт надання адміністративної послуги в кінцевому результаті має лише один можливий варіант дій: надати адміністративну послугу за відсутності підстав для відмови, що перераховані в інформаційній картці. Тому тут недоцільно говорити про адміністративний розсуд, застосування якого, як зазначається в Рекомендації Комітету Міністрів Ради Європи від 11 березня 1980 р. № R(80)2 щодо здійснення дискреційних повноважень адміністративними органами, передбачає «право адміністративного органу на власний розсуд прийняти одне з кількох можливих рішень, залежно від певних обставин»⁷. Погоджуємося, що в зазначеній Рекомендації, очевидно, мається на увазі одне з кількох можливих позитивних рішень, а не «задовольнити» чи «відмовити»⁸.

Щодо цієї проблеми слушною є думка О. Ільницького, який зазначає: «коли повноваження суб'єкта публічної адміністрації сформульовані через формулу дихотомії «задовольнити-відмовити», а фактично законодавство не передбачає альтернативи рішення під час звернення особи в разі виконання нею вимог закону, будь-які дискусії про дискреційні повноваження стають безпредметними. Установлення наявності чи відсутності умов дії норми не можна зараховувати до адміністративного розсуду»⁹.

Тому, хоча відносини із надання адміністративних послуг врегульовуються диспозитивним методом, який сьогодні застосовується в регулюванні адміністративних правовідносин разом з імперативним, не можемо приєднатися до думки, що «таким відносинам наявність адміністративного розсуду властива найбільше»¹⁰. Насправді, вважаємо, що застосування адміністративного розсуду у відносинах у сфері надання адміністративних послуг буде очевидним порушенням принципу верховенства права, що служить інструментом протидії адміністративному свавіллю.

Отже, адміністративний розсуд варто застосовувати лише в виконавчій діяльності суб'єктів публічного адміністрування, яка полягає у безпосередньому виконанні законодавства, оминаючи розпорядчу та публічно-сервісну діяльність.

Цікавою з точки зору меж застосування адміністративного розсуду є класифікація адміністративного розсуду, що панує у сучасній доктрині адміністративного права. Зокрема, його поділяють на три типи: 1) імперативний тип – можливість обирати один із декількох запропонованих альтернативних дій; 2) диспозитивний тип – можливість діяти на власний розсуд; 3) інтерпретаційний тип – можливість інтерпретації невизначених юридичних понять, на кшталт «необхідність», «публічний інтерес», «суспільний інтерес», «національний інтерес», «доцільність», «достатність», «з важливих підстав», «з об'єктивних причин» тощо¹¹.

На нашу думку, застосування диспозитивного виду, який передбачає занадто широкую свободу дій, обмежену, по суті, лише принципами адміністративного права, є недопустимим, оскільки така невизначеність створює численні ризики: зловживання дискреційними повноваженнями, корупційні фактори та адміністративне свавілля в цілому.

Щодо інтерпретаційного виду розсуду, то, в ідеалі, його варто застосовувати лише судам із метою роз'яснення оціночних і невизначених понять та впровадження єдиної практики – як судової, так і адміністративної. Зокрема, в Україні однією з функцій Пленуму Верховного Суду є надання роз'яснення рекомендаційного характеру з питань застосування законодавства при вирішенні судових справ за результатами аналізу судової статистики та узагальнення судової практики¹², тобто створення правороз'яснювальної практики. Отже, на нашу думку, інтерпретаційним може бути лише судовий розсуд, але не адміністративний. Лише так інтерпретаційний розсуд може бути дійсно у правових рамках. При цьому національні суди повинні враховувати найсучасніші досягнення європейської судової практики.

Однак на сьогодні в законодавчих нормах, які закріплюють повноваження суб'єктів публічного адміністрування, присутня значна кількість оціночних та невизначених понять, наприклад, «у виключних випадках особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, може дозволити...», «за

наявності поважних причин орган вправі надати...», «рішення може бути прийнято, якщо це не суперечить суспільним інтересам»¹³ тощо. При цьому законодавець рідко встановлює достатньо ознак, які дають можливість суб'єкту правозастосування (у даному випадку – суб'єкту публічного адміністрування) конкретизувати і з'ясувати зміст та обсяг таких понять. Тим самим законодавець уповноважує суб'єктів публічного адміністрування на застосування адміністративного розсуду лише на підставі їх правосвідомості, тому неправильне правозастосування є неминучим. Такі обставини суперечать принципу законодавчої визначеності, але швидкий спосіб вирішити цю проблему автору не відомий.

Однак можемо запропонувати, як перехідний етап, нормативно закріпити механізм, за якого особа при проходженні конкурсу на зайняття відповідної посади публічної служби має також продемонструвати свої знання та розуміння відповідних оціночних та невизначених понять. Тобто, за наявності оціночних понять, які мають інтерпретуватися судом, а не суб'єктами публічного адміністрування, останні повинні звертатися до відповідної судової практики, що узагальнює правозастосувальний досвід. Таким чином, адміністративний розсуд тут все одно буде обмежений судовою практикою, що знову-таки перешкоджатиме адміністративному свавіллю.

З огляду на зазначене найоптимальнішим видом адміністративного розсуду є розсуд імперативного виду, відповідно до якого враховуються конкретні обставини та обирається дія з-поміж альтернативних варіантів.

Отже, сьогодні адміністративний розсуд набуває нового значення для публічного адміністрування. Це вже не вимушена необхідність, з якою потрібно невпинно боротися шляхом прицільного та повномасштабного нормативного регулювання. Суб'єкти публічного адміністрування мають не лише механічно виконувати норми закону, а й пристосовувати їх до реальних та конкретних життєвих ситуацій, ініціативно впливати на управлінські процеси з метою забезпечення публічного інтересу. Тому застосування адміністративного розсуду – це, з одного боку, об'єктивний результат неможливості передбачити всі конкретні обставини та нормативно їх врегулювати, а з іншого боку, це об'єктивна необхідність надати суб'єктам публічного адміністрування певну свободу та ініціативність у процесі управлінської діяльності з огляду на об'єкт публічного управління – приватних і фізичних та юридичних осіб, які вимагають не тільки і не стільки формального, скільки індивідуального підходу. Звичайно, така свобода і гнучкість мають бути суворо обмежені, але з однією конкретною метою – недопущення адміністративного свавілля.

На нашу думку, такий індивідуальний підхід у розгляді конкретних адміністративних справ особливо актуалізується в умовах розвитку людиноцентристської концепції в адміністративному праві, відповідно до якої держава має «служити» інтересам громадян як «клієнтам» та усебічно забезпечувати пріоритет її прав, свобод і законних інтересів під час публічного адміністрування.

¹ Лагода О.С. Адміністративна процедура: теорія і практика застосування : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.07 «Адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право» / О.С. Лагода. – Ірпін, 2007. – 21 с.

² Рісний М.Б. Правозастосувальний розсуд (загальнотеоретичні аспекти): автореф. дис. ... канд. юрид. наук / М.Б. Рісний; Львівський національний університет імені Івана Франка. – Л., 2006. – 17 с.

³ Желтобрюх І.Л. Розсуд в податковому правозастосуванні: дис. ... канд. юрид. наук / І.Л. Желтобрюх; Державний вищий навчальний заклад «Київський національний економічний університет імені Вадима Гетьмана». – К., 2016. – 199 с.

⁴ Мартянова Т.С. Розсуд суб'єктів правозастосовної діяльності: дис. ... канд. юрид. наук / Т.С. Мартянова; Національний університет «Львівська політехніка». – Л., 2013. – 217 с.

⁵ Цивільний кодекс України : Закон України від 16 січня 2003 р. № 435-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40–44. – Ст. 356.

⁶ Про адміністративні послуги: Закон України від 6 вересня 2012 р. № 5203-VI // База даних «Законодавство України» / Верховна Рада України: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5203-17>

⁷ Recommendation № R(80)2 Concerning the exercise of discretionary powers by administrative authorities / Adopted by the Committee of Ministers on 11 March 1980 at the 316th meeting of the Ministers' Deputies : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=2009056&SecMode=1&DocId=667512&Usage=2>

⁸ Леськов П. Верховенство права чи дискреційні повноваження чиновника? / П. Леськов // Авторський блог адвоката Петра Леськова на ЛІГА.net. – 04.02.2015 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://blog.liga.net/user/pleskov/article/17013>

⁹ Ільницький О. Обрання способу судового захисту у справах із використанням дискреційних повноважень суб'єктами публічної адміністрації // Підприємництво, господарство і право. – 2017 – № 4. – С. 108–113, С. 111.

¹⁰ Омелян В.О. Причини та підстави застосування адміністративного розсуду в діяльності публічної адміністрації / В.О. Омелян // Правова позиція. – 2017. – № 1 (18). – С. 174–182. – С. 175.

¹¹ Загальне адміністративне право: підручник / за заг. ред. І.С. Гриценка. – К.: Юрінком Інтер, 2017. – 568 с. – С. 405–406.

¹² Про судоустрій та статус суддів : Закон України від 02 червня 2016 року № 1402-VIII // База даних «Законодавство України» / Верховна Рада України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1402-19>

¹³ Про затвердження Методології проведення антикорупційної експертизи : наказ Міністерства юстиції України від 24 квітня 2017 р. № 1395/5 // База даних «Законодавство України» / Верховна Рада України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v1395323-17#n8>

Резюме

Харенко О.В. Адміністративний розсуд у діяльності суб'єктів публічного адміністрування.

У даній статті здійснено характеристику місця адміністративного розсуду в діяльності суб'єктів публічного адміністрування, виокремлено види розсуду, охарактеризовано діяльність суб'єктів публічного адміністрування, в якій може застосовуватися адміністративний розсуд, та визначено специфіку видів адміністративного розсуду.

Ключові слова: приватний та публічний розсуд, адміністративний розсуд у виконавчій діяльності суб'єктів публічного адміністрування, типи адміністративного розсуду, імперативний тип адміністративного розсуду, людиноцентристська концепція публічного адміністрування.

Резюме

Харенко О.В. Административное усмотрение в деятельности субъектов публичного администрирования.

В данной статье охарактеризовано место административного усмотрения в деятельности субъектов публичного администрирования, определены виды усмотрения, охарактеризована деятельность субъектов публичного администрирования, в которой может применяться административное усмотрение, и определена специфика видов административного усмотрения.

Ключевые слова: частное и публичное усмотрение, административное усмотрение в исполнительской деятельности субъектов публичного администрирования, типы административного усмотрения, императивный тип административного усмотрения, человекоцентристская концепция публичного администрирования.

Summary

Kharenko O. Administrative discretion within public administrators' activity.

This article describes the place of administrative discretion in public administrators' activity, the types of discretion, administrative discretion within ministerial duty of public administrators, and defines the specificity of administrative discretion's types.

Key words: private and public discretion, administrative discretion within ministerial duty of public administrators, types of administrative discretion, mandative discretion, human-centric concept within public administration.

УДК:342.9: 349.41

Ф.О. ІВАНОВ

Філіп Олександрович Іванов, аспірант Національного університету біоресурсів і природокористування України

ПРИНЦИПИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ АДМІНІСТРАТИВНО-ДЕЛІКТНИХ ВІДНОСИН У СФЕРІ ВИКОРИСТАННЯ ТА ОХОРОНИ ПРИРОДНИХ РЕСУРСІВ В УКРАЇНІ

Систематичне, невпинне погіршення стану природних ресурсів України, що ми можемо спостерігати на сьогоднішній день, знаходиться у прямій залежності від наявної в країні високої кількості протиправних діянь, які порушують встановлений державою порядок використання та охорони природних ресурсів. Так, за 2017 р. було притягнуто до адміністративної відповідальності за правопорушення у сфері охорони природи, використання природних ресурсів 54 700 осіб¹. Відповідний показник є досить високим.

Враховуючи той факт, що природні ресурси в силу притаманних їм характеристик не відновлюваності або часткової відновлюваності є вичерпними, через що потребують підвищеної «турботи» з боку держави стосовно їх охорони, проблема оптимізації правового регулювання адміністративно-деліктних відносин у сфері використання та охорони природних ресурсів є критично важливим завданням для України. Ще більш окреслена проблематика актуалізується в світлі проведення сучасної адміністративної та інших реформ, загостренням дискусій навколо доцільності запровадження кримінальних проступків тощо. У цьому аспекті доволі важливим стає перегляд застарілих позицій стосовно принципів правового регулювання адміністративно-деліктних відносин в Україні, як керівних ідей, що визначають розвиток адміністративно-деліктного законодавства. Адже проголошений урядом України курс на євроінтеграцію поставив перед нами завдання поступового переходу від радянських уявлень про правові принципи до європейських, що, на думку багатьох вчених, більше відповідають дійсному змісту поняття «принцип»².

Окремі проблеми принципів права та правового регулювання адміністративно-деліктних відносин досліджувалися такими вченими, як: Ю.В. Кононенко, О.В. Крикунов, Л.М. Легін, Д.М. Лук'янець, О.П. Митичев, С.С. Нешик, С.П. Погребняк, А.М. Приймак, В.В. Рожнова, Є.В. Шульга та інші. Однак дослідженню системи принципів правового регулювання адміністративно-деліктних відносин у сфері використання та охорони природних ресурсів належної уваги приділено не було.

Мета статті – на основі теоретичних напрацювань вчених та аналізу відповідних нормативно-правових актів дослідити принципи правового регулювання адміністративно-деліктних відносин у сфері використання та охорони природних ресурсів та встановити їх зміст.

Слід зазначити, що «принцип» походить від лат. *principium*, що в перекладі означає «основа», «першоджерело», «те, з чого все починається»³. Відомий класик теорії права С.С. Алексєєв, досліджуючи загальні принципи права, вказував на те, що останні є наскрізними ідеями, що відображають його зміст, висловлюючи основи права, закріплені в ньому закономірності суспільного життя, що реально відображені в правовій матерії. «Вони якби «розчинені» в праві, «розлиті» в ньому, пронизують собою багато правових норм»⁴.

Деяко під іншим кутом зору поняття принципів права розглядав С.П. Погребняк. Так, вчений зазначав, що «при характеристиці принципу зазвичай звертається увага на його, по-перше, ідейний вираз, положення, вимогу, і, по-друге, його основоположну роль, адже він не є простим положенням (ідеєю, вимогою), а основним, основоположним, засадничим, фундаментальним, вихідним, загальним, керівним, відправним, провідним, чільним»⁵ за характером.

Правове регулювання адміністративно-деліктних відносин, будучи окремим підвидом правових відносин, ґрунтується на притаманним їм специфічним принципам. Ю.В. Кононенко визначає принцип правового регулювання адміністративно-деліктних відносин як основоположну ідею, закріплену нормами адміністративного права, яка відображає сутність, призначення і зміст адміністративно-правової відповідальності, закономірності її розвитку та реалізації⁶. За такого підходу очевидною є наукова цінність принципів правового регулювання адміністративно-деліктних відносин. Практична ж їх цінність звужується та замикається на сфері правотворчості. У результаті принципи можуть сприйматися як елемент науки, в той час як їх практична значимість буде недооціненою. З огляду на це, на нашу думку, важливим є висвітлення принципів адміністративної відповідальності з позицій не лише наукової, а й практичної їх цінності, що полягає у визначенні лінії поведінки суб'єктів правореалізації адміністративної відповідальності.

Традиційно вченими-правниками правові принципи розглядаються як система, а не як сукупність. На думку останніх, це обумовлено взаємозв'язком принципів права, коли порушення одного принципу неминує тягне за собою порушення інших. Другою їх особливістю є те, що: більш загальні принципи на рівні конкретних відносин проявляються у менш загальних, тобто дають їм початок і навіть включають їх у свою структуру. Загальноправові принципи при встановленні й реалізації заходів адміністративної відповідальності наповнюються специфічним змістом.

Слід погодитись з думкою О.П. Мітїчева, відповідно до якої принципи адміністративно-деліктних відносин мають наскрізний, міжгалузевий характер, тобто властиві для юридичної відповідальності всіх галузей права, хоча юридична відповідальність у кожній галузі права має свої особливості⁷. Отже, принципи юридичної відповідальності щодо відповідальності адміністративної є міжгалузевими.

Аналізуючи думки вчених стосовно класифікації принципів правового регулювання адміністративно-деліктних відносин, слід вказати на відсутність консенсусу щодо них. Так, одні вчені до вказаних принципів відносять: законність, відповідальність лише за вчинення протиправного діяння, відповідальність лише за наявності вини, невідворотність відповідальності та індивідуалізація відповідальності⁸, справедливість, законність, невідворотність, індивідуалізація, гуманізм і винність діяння⁹. Інші доповнюють такий перелік принципом своєчасності¹⁰, дехто виокремлює ще принцип адекватності адміністративного стягнення характеру і ступеня суспільної шкідливості адміністративного правопорушення, принцип обмеження формальності підстав адміністративної відповідальності тощо¹¹. Як бачимо, у поглядах авторів на перелік принципів адміністративної відповідальності спостерігаються деякі розбіжності.

Зауважимо, що правове регулювання відносин у сфері використання та охорони природних ресурсів, через наявну специфіку об'єкта, який включає як економічну складову (охорона природних ресурсів як матеріальних благ), так і екологічну безпеку (охорона природних ресурсів як частини навколишнього природного середовища), набуває власні, специфічні особливості, що безумовно знаходять вираз (простежуються) у принципах їх правового регулювання.

Загально визнано, що фундаментальним є принцип *верховенства права*, який знайшов своє відображення в Конституції України. На думку Д.М. Лук'яня, принцип верховенства права у сфері адміністративно-деліктних відносин має вираз принципів адміністративної відповідальності та принципів провадження у справах про адміністративні правопорушення, що в свою чергу носять наслідковий характер принципу верховенства права. Серед таких вчений виділяє: принцип відповідальності; презумпції невинуватості; обмеження формальності підстав адміністративної відповідальності; об'єктивності істини та абсолютної оскаржуваності рішень у справах про адміністративні правопорушення¹².

Схожої думки дотримуються також такі вчені, як О.О. Крикунов¹³, В.В. Рожнова¹⁴ та ін., які вказують, що принцип верховенства права є основоположним у системі загальних принципів права, і власним широким змістом дає початок іншим загальним принципам, таким як законність, справедливість, правова визначеність та гуманізм. Розвиваючи дану тезу, Є.В. Шульга, вказуючи на ключову роль принципу верховенства права в адміністративно-деліктних відносинах, зазначає, що принцип верховенства права за своєю суттю включає всі інші принципи адміністративно-деліктних відносин¹⁵. На нашу думку, попри те, що принцип верховенства права і є надзвичайно важливим, однак рівно настільки, наскільки й інші принципи правового регулювання адміністративно-деліктних відносин. Це можна пояснити тим, що у разі відсутності хоча б яко-

гось одного, важко буде говорити про дотримання законності та правопорядку у суспільстві, а застосування санкції навряд чи зможе виконати поставлену мету.

Іншим важливим принципом виступає *принцип законності*, який поряд із принципом верховенства права займає ключове місце в системі принципів правового регулювання адміністративно-деліктних відносин. Цей принцип знайшов свій вираз і в КУпАП, відповідно до ст. 7 якого ніхто не може бути підданий заходу впливу в зв'язку з адміністративним правопорушенням інакше як на підставах і в порядку, встановлених законом, а провадження в справах про адміністративні правопорушення здійснюються на основі суворого додержання законності. Принцип законності у сфері адміністративної відповідальності проявляється також у контролі і нагляді за додержанням законів при застосуванні заходів впливу за адміністративні правопорушення з боку уповноважених державою органів.

Проявом принципу законності у сфері адміністративної відповідальності є принцип, відповідно до якого закони, що встановлюють відповідальність за адміністративні правопорушення або її посилюють, не мають зворотної сили. Закони ж, що навіяки скасовують або пом'якшують відповідальність за адміністративні правопорушення, зворотню силу мають.

Наступним, але не за важливістю, є принцип *юридичної визначеності*. У зв'язку з ратифікацією у 1997 р. Україною Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод¹⁶, а також прийняттям у 2006 р. Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини», застосуванням судами при розгляді практики Європейського суду з прав людини¹⁷. беручи до уваги наведене офіційне тлумачення Конституційного Суду України щодо змісту принципу верховенства права, принцип визначеності посідає важливе місце серед загальних принципів права. У постанові Вищого адміністративного суду України від 7 листопада 2013 р. з розгляду касаційної скарги було зазначено: «згідно усталеної практики ЄСПЛ, що викладена, зокрема, у рішенні по справі Yvonne van Duyn v. Home Office (Case 41/74 van Duyn v. Home Office), принцип юридичної визначеності означає, що зацікавлені особи повинні мати змогу поклатися на зобов'язання, взяті державою»¹⁸.

У словнику міжнародного права принцип юридичної (правової) визначеності ототожнюється з правовою безпекою і визначається як «принцип, згідно якого законодавство Європейського Союзу повинно бути ясним і передбачуваним для всіх суб'єктів. Цей принцип, зокрема, не дозволяє наділяти зворотною силою заходи, що погіршують становище осіб в порівнянні з діючим правовим регулюванням»¹⁹.

Слід зазначити, що ще у 2011 р. Вищий адміністративний суд України проінформував суди про принцип юридичної визначеності листом № 523/11/13-11 в контексті рішень Європейського суду з прав людини, що є остаточними²⁰. Втім, зміст принципу юридичної визначеності значно ширший: у цьому аспекті видається вдалим запропоноване А.М. Приймаком наступне визначення принципу правової визначеності: «сукупність вимог до організації та функціонування правової системи з метою забезпечення перш за все стабільного правового становища індивіда шляхом вдосконалення процесів правотворчості та правозастосування»²¹. В аспекті адміністративної відповідальності принцип юридичної визначеності можна пов'язувати з такою категорією, як «якість закону»²² та одноманітність застосування правових норм, що встановлюють адміністративну відповідальність за ті чи інші правопорушення, що в своїй сукупності формують стабільне правове середовище індивіда.

Принцип гуманізму (від лат. *humanus* – людяний) – філософський, етичний і природно-правовий принцип, який надає людині статусу абсолютної цінності²³. Зміст принципу гуманізму відображено у ст. 3 Конституції України, відповідно до якої найвищою соціальною цінністю в Україні визнаються людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека, а головним обов'язком держави є утвердження й забезпечення прав і свобод людини.

А.Т. Комзюк звертав увагу на необхідність гуманізації адміністративного законодавства, зміст якої вчений вбачає у законодавчому закріпленні можливості застосування адміністративного стягнення, не передбаченого санкцією відповідної статті КУпАП, або зменшення передбаченого мінімального розміру стягнення з метою пом'якшення відповідальності. Автор обґрунтовує таку пропозицію тим, що санкції багатьох статей КУпАП є дуже високими і такими, що не відповідають рівню життя населення²⁴. Д.М. Лук'янець у цьому відношенні зазначав, що на практиці повсякчас трапляються випадки несплати накладених адміністративних стягнень у вигляді штрафу за одночасної відсутності майна, на яке можна звернути стягнення. «У таких ситуаціях правопорушник фактично залишається поза впливом держави і притягнення до адміністративної відповідальності не досягає своєї мети»²⁵. Принцип гуманізму тісно переплітається з таким принципом охорони навколишнього середовища, як «безоплатність загального та платність спеціального використання природних ресурсів для господарської діяльності»²⁶. У контексті охорони відносин, пов'язаних із природокористуванням, принцип гуманізму особливо яскраво проявляється у ст. 53¹ КУпАП «Самовільне зайняття земельної ділянки», що само по собі не погіршує екологію, а обмежує права та інтереси інших учасників суспільних відносин, оскільки порушує встановлений державою порядок отримання земельної ділянки.

Принцип справедливості. «Поняття справедливості, – зазначає Ю.В. Романець, – має трисдину сутність: соціальну, духовно-моральну і юридичну»²⁷. У Рішенні № 15рп/2004 Конституційний Суд України дійшов висновку, що «справедливість – одна з основних засад права, є вирішальною у визначенні його як регулятора суспільних відносин, одним із загальнолюдських вимірів права. Зазвичай справедливість розглядають як властивість права, виражену, зокрема, в рівному юридичному масштабі поведінки й у пропорційності юридичної відповідальності вчиненому правопорушенню. У сфері реалізації права справедливість проявляється,

зокрема, у рівності всіх перед законом, відповідності злочину і покарання, цілях законодавця і засобах, що обираються для їх досягнення»²⁸. У контексті нашого дослідження відносин у сфері використання та охорони природних ресурсів даний принцип корелюється з принципом «стягнення збору за забруднення навколишнього природного середовища та погіршення якості природних ресурсів, компенсація шкоди, заподіяної порушення законодавства про охорону навколишнього природного середовища».

Принцип відповідальності лише за наявності вини передбачає, що адміністративна відповідальність настає лише у разі винного, тобто умисного або необережного вчинення адміністративного правопорушення. Визначення адміністративного правопорушення (проступку), закріплене в ст. 9 КУпАП, також містить таку характеристику, як винність діяння, за відсутності якої, відповідно, відсутнім буде і склад адміністративного правопорушення.

Принцип своєчасності адміністративної відповідальності проявляється у встановленні в ст. 38 КУпАП строків накладення адміністративного стягнення – два або три місяці з дня вчинення правопорушення або з дня виявлення правопорушення, якщо воно має триваючий характер, залежно від підвідомчості справи про адміністративне правопорушення суду (судді). Як підкреслює А.В. Кононенко, зазначені строки давності є абсолютними, тобто вони ніким не можуть бути продовжені, а їх пропуск за будь-яких причин виключає накладення адміністративного стягнення²⁹.

Таким чином, принципи правового регулювання адміністративно-деліктних відносин у сфері використання та охорони природних ресурсів, на нашу думку, слід розглядати як систему взаємообумовлених основоположних ідей, що відображають суть, призначення і зміст адміністративної відповідальності та визначають правомірність реалізації матеріальних та процесуальних норм щодо притягнення до адміністративної відповідальності за порушення встановленого порядку використання природних ресурсів в Україні. До основних принципів правового регулювання адміністративно-деліктних відносин у досліджуваній царині пропонуємо відносити: принцип верховенства права, законності, юридичної визначеності, гуманізму, справедливості, принцип відповідальності лише за наявності вини, а також принцип своєчасності адміністративної відповідальності.

¹ Статистичний щорічник України за 2017 рік / Державна служба статистики України. – К., 2018. – 541 с.

² Уваров В. До проблеми наближення принципів адміністративного права України до європейського адміністративного простору. Актуальні проблеми адміністративного права та адміністративного процесу в Україні : матеріали Всеукр. наук.-практ. конф. (Дніпропетровськ, 29 трав. 2015 р.). – Дніпропетровськ : Дніпроп. держ. ун-т внутр. справ, 2015. – С. 23–25.

³ Алев Р. Юридический этимологический словарь / Р. Алев. – М. : Викон, 2002. – Режим доступу: <http://mirnot.narod.ru/7.html>

⁴ Алексеев С. Собрание сочинений: В 10 т. Т. 3: Проблемы теории права: Курс лекций. – М., 2010. – С. 101.

⁵ Погребняк С. Основоположні принципи права: дис. ... докт. юрид. наук: 12.00.01 / Національна юридична академія України ім. Ярослава Мудрого. – Х., 2009.

⁶ Кононенко Ю. Засади адміністративної відповідальності за порушення права на справедливий судовий розгляд в Україні // Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України. – 2013. – № 3. – С. 83.

⁷ Митичев О. К вопросу о понятии и классификации юридической ответственности // Вестник Челябинского государственного университета. – 2013. – № 17 (308). – С. 25.

⁸ Адміністративна відповідальність в Україні: Навчальний посібник / За заг. ред. доц. А.Т. Комзюка. – 2-е вид., перероб. і доп. – Х.: Ун-т внутр. справ, 2000. – С. 7.

⁹ Липинский Д. Общая теория юридической ответственности: дис. ... докт. юрид. наук: 12.00.01 / Д.А. Липинский; Самарск. гуманит. акад. (институт). – Самара, 2004. – С. 106.

¹⁰ Кононенко Ю. Засади адміністративної відповідальності за порушення права на справедливий судовий розгляд в Україні // Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України. – 2013. – № 3. – С. 83.

¹¹ Лук'янець Д. Розвиток інституту адміністративної відповідальності: концептуальні засади та проблеми правореалізації: дис. ... докт. юрид. наук НАН України, Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України. – К., 2007. – С. 272.

¹² Там само.

¹³ Крикунов О. Конституційний принцип верховенства права та підходи до його інтерпретації у зарубіжних державах та Україні // Історико-правовий часопис. – 2015. – № 1 (5). – С. 64.

¹⁴ Рожнова В. Верховенство права у системі принципів кримінального провадження / В.В. Рожнова // Університетські наукові записки. – 2012. – № 4. – С. 381–387.

¹⁵ Шульга Є. Роль та значення принципу верховенства права в адміністративно-деліктних відносинах // Актуальні проблеми правознавства. – Вип. 4 (12). – 2017. – С. 170–175.

¹⁶ Закон України «Про ратифікацію Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, Першого протоколу та протоколів № 2, 4, 7 та 11 до Конвенції» № 475/97-ВР від 17.07.1997 р. // Відомості Верховної Ради України від 14.10.1997. – 1997 р., № 40, ст. 263.

¹⁷ Закон України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» № 3477-IV від 23.02.2006 р. (в ред. від 02.12.2012 р.) // Голос України. – 2006. – № 62.

¹⁸ Постанова Вишого адміністративного суду України від 07.11.2013 р. № К/9991/12447/11. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/35090876>

¹⁹ Словарь международного права / Т.Г. Авдеева, В.В. Алешин, Б.М. Ашавский и др.; отв. ред. С.А. Егоров. 3-е изд., перераб. и доп. – М.: Статут, 2014. – С. 236.

²⁰ Лист Вишого адміністративного суду України від 15.04.2011 № 523/11/13-11 // Бізнес-Бухгалтерія-Право. Податки. Консультації. – 2011. – № 18. – С. 46.

²¹ *Приймак А.* Принцип правової визначеності: поняття та окремі аспекти // Наукові записки. Том 103. Юридичні науки. – 2010. – С. 54.

²² *Легін Л.* Поняття та критерії якості закону: проблеми визначення // Міжнародне право. Філософія права. – 2016. – С. 196–204.

²³ *Бачинін В.* Філософія права: словник / [Бачинін В.А., Журавський В.С., Панов М.І.]. – К.: Ін Юре, 2003. – С. 74.

²⁴ Адміністративна відповідальність в Україні: Навчальний посібник / За заг. ред. доц. А.Т. Комзюка. – 2-е вид., перероб. і доп. – Х.: Ун-т внутр. справ, 2000. – С. 10.

²⁵ *Литинский Д.* Вказана праця.

²⁶ *Нешик С.С.* Принципи правового забезпечення державного управління у сфері раціонального використання природних ресурсів / С.С. Нешик // Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України. – 2014. – № 2. – С. 170–174. – Режим доступу: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nzizvru_2014_2_34

²⁷ *Романець Ю.* Етические основы права и правоприменения. – М.: ИКД «Зерцало - М», 2015. – 400 с.

²⁸ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 69 Кримінального кодексу України (справа про призначення судом більш м'якого покарання) від 02.11.2004 № 15-рп/2004 // Урядовий кур'єр. – 2004. – № 219.

²⁹ *Кононенко Ю.* Засади адміністративної відповідальності за порушення права на справедливий судовий розгляд в Україні // Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України. – 2013. – № 3. – С. 84.

Резюме

Іванов Ф.О. Принципи правового регулювання адміністративно-деліктних відносин у сфері використання та охорони природних ресурсів в Україні.

У даній статті здійснена спроба дослідження принципів правового регулювання адміністративно-деліктних відносин у сфері використання та охорони природних ресурсів в Україні. Внаслідок дослідження визначено, що правове регулювання адміністративно-деліктних відносин у сфері використання та охорони природних ресурсів має власну специфіку об'єкта, що включає як економічну складову (охорона природних ресурсів як матеріальних благ), так і екологічну безпеку (охорона природних ресурсів як частини навколишнього природного середовища), набуває власні, специфічні особливості, що безумовно позначається і на специфіці принципів правового регулювання. З огляду на це принципи вказаних відносин слід розглядати як систему взаємообумовлених основоположних ідей, що відображають суть, призначення і зміст адміністративної відповідальності та визначають правомірність реалізації матеріальних та процесуальних норм щодо притягнення до адміністративної відповідальності за порушення встановленого порядку використання природних ресурсів в Україні.

Ключові слова: принципи правового регулювання, правове регулювання адміністративно-деліктних відносин, адміністративно-деліктні відносини у сфері використання та охорони природних ресурсів.

Резюме

Іванов Ф.О. Принципы правового регулирования административно-деликтных отношений в сфере использования и охраны природных ресурсов в Украине.

В данной статье осуществлена попытка исследования принципов правового регулирования административно-деликтных отношений в сфере использования и охраны природных ресурсов в Украине. В результате исследования определено, что правовое регулирование административно-деликтных отношений в сфере использования и охраны природных ресурсов имеет собственную специфику объекта, который включает как экономическую составляющую (охрана природных ресурсов как части окружающей естественной среды), приобретает собственные, специфические особенности, что безусловно отражается и на специфике принципов правового регулирования. Учитывая это, принципы указанных отношений следует рассматривать как систему взаимообусловленных основополагающих идей, которые отображают суть, назначение и содержание административной ответственности и определяют правомочность реализации материальных и процессуальных норм относительно привлечением к административной ответственности за нарушения установленного порядка использования природных ресурсов в Украине.

Ключевые слова: принципы правового регулирования, правовое регулирование административно-деликтные отношения, административно-деликтные отношения в сфере использования и охраны природных ресурсов.

Summary

Ivanov Ph. Principles of legal regulation of administrative and delict relations in the sphere of natural resources use and protection in Ukraine.

This article attempts to study the principles of legal regulation of administrative and delict relations in the sphere of natural resources use and protection in Ukraine. Taking into account high indicators of administrative delicacy in the sphere of natural resources use and protection and the need to reconsider the outdated positions regarding the legal regulation principles of administrative and delict relations in Ukraine in accordance with the declared European integration rate it has been determined that the legal regulation of administrative and delict relations in the sphere of natural resources use and protection has its own object specifics, which includes both the economic component (the protection of natural resources as material goods) and the environmental safety (the protection of natural resources as part of the natural environment) acquires its own specific features, which certainly affects the specificity of the legal regulation principles. In view of this, the principles of these relations should be considered as a system of mutually determined fundamental ideas that reflect the essence, purpose and content of administrative liability and determine the lawfulness of the material and procedural norms implementation regarding bringing to administrative liability for the established order violation of natural resources use in Ukraine.

Key words: principles of legal regulation, legal regulation of administrative and delict relations, administrative and delict relations in the sphere of natural resources use and protection.

Є.Г. КЕБА

Євгеній Григорович Кеба, аспірант Київського
університету права НАН України

СТАН НАУКОВИХ ДОСЛІДЖЕНЬ ТА ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ ЩОДО ТЕРИТОРІАЛЬНОЇ ОРГАНІЗАЦІЇ ВЛАДИ ЯК ОБ'ЄКТУ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ

Вирішення в Україні складних соціально-економічних проблем і модернізацію країни неможливо ефективно проводити без удосконалення діючої територіальної організації влади, оскільки існуюча система органів державної влади та органів місцевого самоврядування залишається недостатньо ефективною, не відповідає стратегічному курсу держави на демократію й європейські стандарти врядування.

Мета статті – здійснити аналіз наукових джерел, присвячених проблематиці територіальної організації влади як об'єкта адміністративно-правового забезпечення, адміністративного законодавства, спрямованого на забезпечення реформування територіальної організації влади, виявити його недоліки та визначити напрями їх подолання.

Існують різні точки зору вчених щодо змісту поняття територіальної організації публічної влади (далі – ТОВ). Одні вчені у своїх дослідженнях наводять загальне філософське формулювання «територіальної організації», зазначаючи, що в найбільш загальному вигляді вона являє собою просторовий вираз існування матерії на поверхні землі. Як і будь-яку організацію, її можливо розглядати мінімум у чотирьох вимірах: будову, функціонування, розвиток та управління¹. Але в більшості наукових праць поняття «територіальна організація влади» вживається переважно щодо системи місцевого самоврядування та відносин децентралізації. При цьому характеризується здебільшого поняття «децентралізація», яке має й територіальне забарвлення, бо саме місцеве самоврядування має бути найбільш наближеним до конкретних мешканців, гарантуючи їм надання муніципальних послуг².

Зокрема, теоретики права виводять цю категорію з аналізу її взаємозв'язку з територіальною організацією держави в цілому. З точки зору теорії права територіальний устрій, або територіальна організація держави – це система взаємовідносин між державою в цілому, тобто його центральною владою, і територіальними складовими частинами, точніше кажучи – їх населенням і діючими там органами публічної влади. При цьому територіальна організація держави та територіальний устрій застосовуються як синонімічні поняття. Такий погляд може застосовуватися лише до визначення сутності територіальної організації держави (як суб'єкта), а не як різновиду влади³.

М.В. Ярмистий указує, що система територіальної організації влади в Україні ґрунтується на організації й діяльності місцевих державних адміністрацій, органів місцевого самоврядування й територіальних органів центральної виконавчої влади⁴.

Існує підхід, за якого головною метою цієї системи є побудова її децентралізованої моделі, яка спроможна за умов ринкової економіки результативно й ефективно впливати на процеси соціально-економічного й культурного розвитку регіонів, забезпечувати якісний рівень надання управлінських послуг населенню на рівні європейських стандартів, і яка також здатна до самовдосконалення й саморегулювання⁵.

На нашу думку, дані підходи нерозривно взаємопов'язані, однак розкривають різні складові поняття територіальної організації влади (далі – ТОВ). Так, у першому випадку акцентується увага на її організаційних аспектах – системі суб'єктів ТОВ, тоді як в другому – на меті ТОВ, яка полягає у побудові ефективної та результативної децентралізованої моделі ТОВ.

Цікавим видається визначення Н.С. Гегедюш, в якому пікреслюється визначальність взаємозв'язків між суб'єктами ТОВ. Науковець під територіальною організацією влади розуміє певні правила облаштованості як складових частин державної території, так і держави в цілому. За їх допомогою влада встановлює відповідні взаємозв'язки між територіальними одиницями, а також реалізує публічну владу з урахуванням поділу території⁶.

Відтак, постає питання і про зміст категорії «публічна влада», у зв'язку з чим вона набула певної багатоаспектності. Наприклад, О.М. Бориславська під час аналізу цього поняття виходить не з характеру певної форми публічної влади, що й утворюють це комплексне явище, а з її територіальності, вказуючи, що демократична держава передбачає існування відповідної моделі організації влади, в основу якої покладено принцип народовладдя та яка забезпечує реальні можливості реалізації народом належної йому влади на всіх рівнях. Йдеться як про вищий (загальнодержавний) рівень організації влади, так і про регіональний та, безумовно, місцевий⁷. О.Ю. Лялюк під час визначення поняття «публічна влада» пропонує застосувати системно-функціональне призначення цієї влади, що свідчить про її організацію з урахуванням соціально-територіального принципу.

Таким чином, можна зробити висновок, що публічна влада у своїй будові становить певний різновид держави, яка, у свою чергу, складається з тривірневої системи, а саме: державної, регіональної, муніципальної влади, і яка здійснює свої функції через апарат управління, метою якого є задоволення суспільних потреб.

При визначенні поняття ТОВ слід також враховувати і позицію Конституційного Суду України, викладену у рішенні Конституційного Суду України № 11-рп/2001 від 13 липня 2001 р., де зазначається, що територія України має свою внутрішню організацію – територіальний устрій. Таким чином, територіальною організацією України є її територіальний устрій. Територія України поділяється на адміністративно-територіальні одиниці. У свою чергу, адміністративно-територіальна одиниця – це компактна частина єдиної території України, що є просторовою основою для організації й діяльності органів державної влади та органів місцевого самоврядування⁸.

Відтак, територіальна організація влади є комплексною правовою категорією, яка містить територіальний чинник та системно-структурний чинник організації публічної влади.

Пріоритетність територіальної організації влади в процесі розбудови держави є визначальною, оскільки саме ця категорія дає змогу поєднати організаційну, територіальну, правову та економічну основи функціонування органів публічної влади різних рівнів. Це допоможе на практиці значно підвищити ефективність механізму влади та забезпечити його дієвість⁹.

Удосконалення територіальної організації влади дасть змогу підвищити ефективність управління суспільним розвитком на відповідній території, допоможе зберегти диспропорційність адміністративно-територіального устрою як основу існування нераціональної територіальної організації влади, урегулювати конфлікт компетенції як між органами місцевого самоврядування, так і між органами місцевого самоврядування та місцевими органами виконавчої влади¹⁰.

Ось чому проблематика правового регламентування територіальної організації влади пов'язана безпосередньо з недоліками правового тлумачення понять «територія», «адміністративно-територіальний устрій» та «поділ», а також відповідних повноважень органів влади щодо впливу на формування останньої.

Фундамент територіальної організації влади становить конкретна, чітко визначена відповідними межами територія. Тлумачний словник трактує «територію» як земельний простір, на який поширюється юрисдикція держави або адміністративної одиниці (територіального утворення) в її складі. Законодавче визначення «території» містить Закон України «Про регулювання містобудівної діяльності», за яким це – частина земної поверхні з повітряним простором і розташованими під нею надрами у визначених межах (кордонах), яка має певне географічне положення, природні і створені в результаті діяльності людей умови й ресурси.

У нормативних актах більшого поширення набуло використання категорій «адміністративно-територіальна одиниця» й «адміністративно-територіальний устрій»¹¹. Дефініція першої наведена в Законі України «Про місцеве самоврядування в Україні», який до адміністративно-територіальної одиниці відносить територію області, району, міста, району в місті, селища й села, не розкриваючи при цьому сутності цієї категорії.

Натомість, законодавчого визначення поняття «адміністративно-територіальний устрій» не існує. Конституція України містить лише припис, що адміністративно-територіальний устрій визначається виключно законами України. Перелік і назви областей закріплені у ст. 133 Основного Закону, що становить певну гарантію стабільності конституційно закріплених основних територіальних одиниць країни, найбільших за обсягом порівняно з іншими. Їх зміна можлива лише шляхом внесення змін до Конституції. Головними структурними елементами у межах областей є території районів і міст. Питання утворення й ліквідації районів, установлення і зміни меж районів та міст, віднесення населених пунктів до категорії міст, найменування й перейменування населених пунктів і районів віднесено до повноважень Верховної Ради України (п. 29 ст. 85 Конституції). Закон України «Про Регламент Верховної Ради України», прийнятий у розвиток Конституції, не передбачає жодних особливостей і процедур щодо парламентських повноважень, пов'язаних з реорганізацією територій.

Повноваження стосовно вирішення питань правового статусу інших рівнів адміністративно-територіальних одиниць – сіл, селищ, районів у містах – належать органам місцевого самоврядування (п. 41 ст. 26 Закону «Про місцеве самоврядування в Україні»). Певні особливі повноваження щодо адміністративно-територіального устрою мають органи місцевого самоврядування у м. Києві, де саме міська рада може приймати рішення про ліквідацію чи утворення районів у місті. (ч. 2 ст. 7 Закону України «Про столицю України – місто-герой Київ»).

Фактично основним документом правового характеру, що регламентує територіальний устрій у державі на сучасному етапі, залишається Положення про порядок вирішення питань адміністративно-територіального устрою Української РСР, яке суттєво застаріло. Водночас воно залишається чинним, що підтверджено Верховною Радою України, яка вперше внесла до нього зміни у травні 2012 року¹². Інші норми, що стосуються цього поняття, розпорошені в національному законодавстві, а тому потребують належної уніфікації. Питанням територіальної організації влади присвячені лише окремі положення ст. ст. 1, 26, 37 і ст. 43 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні» та п. 13 ч. 1 ст. 25 Закону України «Про місцеві державні адміністрації»¹³.

Разом із тим на сьогодні напрацьовано проект Закону України «Про засади адміністративно-територіального устрою України» від 22 лютого 2018 р., який пропонує визначення адміністративно-територіального устрою та адміністративно-територіальної одиниці. Відповідно, адміністративно-територіальний устрій

визначається як зумовлена географічними, історичними, економічними, соціальними, культурними та іншими чинниками внутрішня територіальна організація держави з розмежуванням її території на складові частини – адміністративно-територіальні одиниці з метою створення для всіх громадян України незалежно від місця їх проживання сприятливих умов для розвитку людського потенціалу, забезпечення необхідного рівня надання населенню адміністративних, соціальних та інших послуг, функціонування раціональної системи управління соціально-економічними процесами, збалансованого розвитку усієї території держави. У свою чергу, адміністративно-територіальна одиниця трактується як частина території України в установлених відповідно до закону межах, що є територіальною основою для організації та діяльності державних органів та/або органів місцевого самоврядування¹⁴.

Цей проект закону знівелює питання дублювання повноважень районних рад та РДА з органами місцевого самоврядування територіальних громад, кардинально збільшує якість та рівень надання публічних послуг за рахунок збільшення фінансування місцевих бюджетів, а також встановлює систему адміністративно-територіального устрою на рівні АР Крим і областей, районів та громад¹⁵.

Для ефективного функціонування територіальної організації влади особливе значення має також діяльність центральних органів виконавчої влади органів виконавчої влади, які відповідно до Закону України «Про центральні органи виконавчої влади» створюють свої представництва через територіальні (на рівні АРК, областей, міст Києва й Севастополя, районів, районів у містах, міст обласного, республіканського (АРК) значення) і міжрегіональні органи, повноваження яких поширюються на декілька адміністративно-територіальних одиниць¹⁶.

Конкретну територіальну підвідомчість своїх територіальних органів визначає відповідний центральний орган виконавчої влади, згідно з Положенням про нього, затвердженого Кабінетом Міністрів України. Так, у п. 1 постанови КМУ від 25 травня 2011 р. № 563 «Про затвердження Типового положення про територіальні органи міністерства та іншого центрального органу виконавчої влади» зазначається, що територіальні органи підпорядковані відповідному міністерству, іншому центральному органу виконавчої влади, а територіальні органи нижчого рівня – також територіальним органам вищого рівня. У свою чергу, голови місцевих держадміністрацій координують діяльність територіальних органів і сприяють їм у виконанні покладених на ці органи завдань¹⁷.

Отже, територіальна організація влади одержала два напрями правового регулювання в Україні, які суттєво різняться між собою. Перший – це державна регламентація територіальної організації влади, що полягає у встановленні основних засад і принципів, загальних підвалин взаємодії між різними органами публічної влади – у вигляді Конституції України, статусних законів, підзаконних нормативних актів, прийнятих у їх розвиток. Другий напрям становить локальна нормотворчість органів місцевого самоврядування, спрямована на вдосконалення територіальної організації влади.

Разом із тим воно не позбавлене певних вад. Передусім це недоліки теоретичного характеру. Брак уніфікованих термінологічних понять тягне за собою виникнення конфліктів при застосуванні законодавства. Вважаємо за доцільне закріпити легальні дефініції таких категорій, як «адміністративно-територіальний устрій», «адміністративно-територіальний поділ», «адміністративно-територіальна одиниця», «населений пункт», «регіон», «орган публічної влади»¹⁸.

Другу групу вад правового регламентування територіальної організації влади можна об'єднати під назвою «організаційні недоліки». Зокрема, існують два основних напрями реформування – глобальний і поверховий. Звичайно, цей поділ є умовним¹⁹.

Перший передбачає зміну меж адміністративно-територіальних одиниць у зв'язку з пропонуванім їх укрупненням, а також статусу окремих органів публічної влади на місцях. Другий передбачає лише впорядкування взаємовідносин у системі адміністративно-територіальних утворень, зокрема, втілення в життя певних критеріїв зміни статусу зазначених одиниць, встановлення кількісних показників і рівня інфраструктури щодо відповідного рівня територіального поділу²⁰.

З метою підвищення ефективності системи публічного управління у державі необхідно проводити ґрунтовну територіальну реформу. На це спрямована Концепція реформування місцевого самоврядування й територіальної організації влади в Україні та згаданий нами Проект Закону України «Про засади адміністративно-територіального устрою України» від 22 лютого 2018 р., які дають змогу визначити конкретні напрями, а також механізми і строки формування ефективного місцевого самоврядування та територіальної організації влади для створення й 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 громад²¹.

Проведений нами аналіз наукових джерел та вітчизняного законодавства дає змогу запропонувати авторське визначення територіальної організації влади як об'єкта адміністративно-правового забезпечення – це визначена Конституцією України та переважно нормами вітчизняного адміністративного законодавства система органів публічної влади (місцеві органи виконавчої влади, територіальні органи центральних органів виконавчої влади та органи місцевого самоврядування) і взаємовідносини між ними, що формується відповідно до адміністративно-територіального устрою держави й має особливості функціонування на його різних рівнях.

- ¹ *Буторина М.П.* Понятие территориальной организации региона / М.П. Буторина // Проблемы науки и образования : науч.-теорет. журн. – 2009. – Ч. 1. – № 3. – С. 61–62.
- ² *Бугай С.М.* Про напрями вдосконалення територіальної організації місцевого самоврядування / С.М. Бугай, Я.Ф. Жовнірчик // Продуктивні сили України. – 2009. – № 1. – С. 126–134.
- ³ *Алебастрова И.А.* Конституционное право зарубежных стран : учеб. пособ. / И.А. Алебастрова ; отв. ред. С.Ю. Кашкин. – М. : Юрайт, 2001. – 640 с.
- ⁴ *Ярмистий М.В.* Територіальна організація влади в Україні: навч. посіб. / М.В. Ярмистий. – Чернівці: Прут, 2003. – 39 с.
- ⁵ Децентралізація як фактор налагодження територіальної організації влади : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://guo.pp.ua>
- ⁶ *Гегедюш Н.* Государственное и муниципальное управление: конспект лекций / Н. Гегедюш, М. Мокеев, Е. Масленникова. – М.: Высш. образование, 2008. – 192 с.
- ⁷ *Бориславська О.* Децентралізація публічної влади: досвід європейських країн та перспективи України / О. Бориславська, І. Заверуха, Е. Захарченко [та ін.] ; Швейцарсько-український проект «Підтримка децентралізації в Україні – DESPRO». – К. : ТОВ «Софія», 2012. – 128 с.
- ⁸ Територіальна організація публічної влади в Україні як конституційно-правова категорія / О.Ю. Лялюк // Теорія і практика правознавства : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://nbuv.gov.ua/UJRN/tipp_2014_1_4
- ⁹ *Гончарук Н.* Адміністративна реформа в Україні: сучасний стан та перспективи / Н. Гончарук // Аспекти публічного управління. – 2013. – № 1. – С. 28–34.
- ¹⁰ Про схвалення Концепції реформування місцевого самоврядування та територіальної організації влади в Україні : розпорядження КМУ № 333-р від 1 квітня 2018 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/333-2014-%D1%80>
- ¹¹ *Гончарук Н.* Вказана праця.
- ¹² Положення про порядок вирішення питань про адміністративно-територіального устрою Української РСР від 12.03.1981 р. № 1654-Х.
- ¹³ *Гончарук Н.* Вказана праця.
- ¹⁴ Там само.
- ¹⁵ *Бугай С.М.* Вказана праця.
- ¹⁶ Про центральні органи виконавчої влади : Закон України від 28.08.2018 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3166-17>
- ¹⁷ Про затвердження Типового положення про територіальні органи міністерства та іншого центрального органу виконавчої влади: постанова КМУ від 25 травня 2011 р. № 563.
- ¹⁸ *Гончарук Н.* Вказана праця.
- ¹⁹ Там само.
- ²⁰ Там само.
- ²¹ Там само.

Резюме

Кеба Є.Г. Стан наукових досліджень та законодавства України щодо територіальної організації влади як об'єкта адміністративно-правового забезпечення.

У статті досліджуються наукові підходи щодо поняття територіальної організації влади як об'єкта адміністративно-правового забезпечення. Пропонується авторське визначення територіальної організації влади як об'єкта адміністративно-правового забезпечення. Проаналізовано стан адміністративного законодавства, спрямованого на забезпечення реформування територіальної організації влади, його недоліки та шляхи їх подолання.

Ключові слова: територіальна організація влади, адміністративно-правове забезпечення, децентралізація, виконавча влада.

Резюме

Кеба Е.Г. Состояние научных исследований и законодательства Украины относительно территориальной организации власти как объекта административно-правового обеспечения.

В статье исследуются научные подходы относительно понятия территориальной организации власти как объекта административно-правового обеспечения. Предлагается авторское определение территориальной организации власти как объекта административно-правового обеспечения. Проанализировано состояние административного законодательства, направленного на обеспечение реформирования территориальной организации власти, его недостатки и пути их преодоления.

Ключевые слова: территориальная организация власти, административно-правовое обеспечение, децентрализация, исполнительная власть.

Summary

Keba Y. The state of scientific research and legislation of Ukraine regarding the territorial organization of power as an object of administrative and legal support.

The article investigates scientific approaches to the concept of territorial organization of power as an object of administrative and legal support. Author's definition of the territorial organization of power as an object of administrative and legal provision is offered. The article analyzes the state of administrative legislation, aimed at ensuring the reform of the territorial organization of power, its shortcomings and directions for overcoming them.

Key words: territorial organization of power, administrative and legal support, decentralization, executive power.

СТВОРЕННЯ БАНКУ ЯК ПРЕДМЕТ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ

Важливим напрямом реформування відносин держави та приватної особи є правильне законодавче визначення основ адміністративних процедур, зокрема вимог щодо принципів, етапів, результату. При реалізації цього напрямку дії держави можуть бути проаналізовані та оцінені щодо їх законності і, за необхідності, оскаржені. У цьому контексті спробуємо проаналізувати діяльність зі створення банків як адміністративну процедуру.

На початку, варто визначити такі поняття, як «банк» та «створення банку». Це допоможе з'ясувати, коли починається та закінчується створення банку, з огляду на адміністративно-правове регулювання.

У загальному вигляді вивченню поняття «банк» присвячено досить багато наукових робіт, зокрема, таких вчених, як П.Д. Біленчук, Л.К. Воронова, Н.В. Воротіна, І.Б. Заверуха, Н.К. Ісаєва, Є.В. Карманов, А.О. Селіванов, О.А. Костюченко, О.О. Качан, О.П. Орлюк, В.О. Міхневич, А.Г. Пишний, А.О. Підпригора, О.В. Прилуцький, В.Д. Чернадчук, І.А. Шамрай та ін. Однак єдності поглядів на це поняття досі не існує. Більше того, наявний чіткий розподіл підходів до визначення поняття «банк» у різних правових системах, на що у своєму дослідженні вказує О.П. Орлюк¹. Країни, що належать до континентальної системи права, розглядають банки через сукупність здійснюваних ними функцій. У країнах англосаксонської правової системи акцент з поняття «банк» зміщений на регулювання банківської діяльності, тобто правил (наприклад, умов договорів), які застосовуються в банківській практиці².

Для прикладу, О.А. Підпригора зазначає, що банки – це установи, функцією яких є кредитування суб'єктів господарської діяльності та громадян за рахунок залучення коштів підприємств, організацій, населення та інших кредитних ресурсів, касове та розрахункове обслуговування народного господарства, виконання валютних та інших банківських операцій, передбачених законом³.

О.М. Горбунова вважає, що «банк» – це кредитна організація, яка має виняткове право здійснювати в сукупності певні банківські операції⁴.

І.Б. Заверуха розглядає банк як особливу категорію підприємств – фінансових посередників. Фінансове посередництво передбачає залучення коштів від інвестора (вкладника) та інвестування (вкладення) цих коштів з метою одержання прибутку. Фінансові посередники займають позицію між інвестором та кінцевим споживачем вкладених коштів. Інвестор при фінансовому посередництві вступає у відносини виключно з посередником, а не з фірмою чи проектом, у який вкладає кошти⁵.

На думку З.М. Васильченко, під банком слід розуміти грошово-кредитного посередника, що найбільшою мірою пристосований до концентрації та збереження грошових ресурсів і примноження капіталів, для якого прибуток втрачає своє особливе значення як єдина цільова величина, а стратегія розвитку та функціонування загалом визначається самодостатньою конкурентною поведінкою як самостійного інституту в економіці держави⁶.

У цілому погляди вчених щодо визначення поняття «банк» можна згрупувати наступним чином: 1) банк – це установа; 2) банк – кредитна організація або інститут чи фінансово-кредитна установа, або кредитно-фінансове підприємство; 3) юридична категорія «банк» пов'язується зі статутом і дозволеною банківською діяльністю; 4) поняття «банк» визначається шляхом перерахування окремих функцій, що виконуються ним, найчастіше ототожнюючи функції банків із певними напрямками чи видами їх діяльності, а іноді просто з окремими операціями⁷.

Звертаючись до зарубіжного досвіду з цього питання, варто згадати, що у законодавстві Європейського Союзу поняття банку в якості кредитного інституту було закріплено Першою банківською Директивою. За цією Директивою «кредитна установа» означає підприємство, яке займається одержанням від населення депозитів чи інших коштів, що підлягають погашенню, і наданням кредитів за свій власний рахунок. Усі наступні нормативні акти ЄС, які стосувалися питань регулювання діяльності кредитних інститутів, виходили саме із поняття кредитного інституту, наданого Першою банківською Директивою⁸.

Віддаючи належне результатам досліджень поняття «банк», вважаємо можливим спиратися на визначення банку, наведене у Законі України «Про банки і банківську діяльність» (далі – Закон про банки), а саме: «банк – юридична особа, яка на підставі банківської ліцензії має виключне право надавати банківські послуги, відомості про яку внесені до Державного реєстру банків»⁹. На нашу думку, таке визначення поняття «банк» є доволі прийнятним для цілей дослідження.

У цьому визначенні варто розглянути всі складові компоненти, які, згідно з цим Законом, надають можливість визначити певну особу в якості банку: по-перше, це має бути юридична особа; по-друге, така особа

має виключне право надавати банківські послуги на підставі банківської ліцензії; по-третє, відомості про таку особу повинні бути внесені до Державного реєстру банків. Зважаючи на це, можемо висунути припущення, що створення банку закінчується моментом внесення даних про таку юридичну особу до Державного реєстру банків, а також обґрунтувати зазначене припущення.

У подальшому слід згадати погляди науковців на питання створення банків. Зокрема, І.А. Шамрай, дослідивши окремі аспекти створення фінансових установ, зокрема банків, запропонувала авторський погляд на співвідношення понять «створення банку» і «державна реєстрація банку». Так, на її думку, в стадію створення банку до початку державної реєстрації входить прийняття рішення про його заснування, підписання установчого (засновницького) договору, підготовка проекту статуту. Стадія державної реєстрації банку розпочинається, коли всі зазначені документи підготовлені та весь сформований пакет, згідно із законодавством, передається уповноваженим органам для його державної реєстрації¹⁰. Щодо віднесення ліцензування до створення банків, І.А. Шамрай, з одного боку, наводить міркування, що підтверджують необхідність включення ліцензування до створення банків, зокрема: «... державна реєстрація і ліцензування є інтегрованим процесом, що являють собою єдиний акт, особливо це стосується порядку створення банків»¹⁰ та вказує, що створення фінансової установи не має сенсу без наміру здійснювати надання певних фінансових послуг¹⁰. З іншого боку, авторка доводить, що «ліцензування не є елементом процесу створення фінансової установи, однак нерозривно пов'язане з кінцевою метою вказаного процесу: входження фінансової установи на ринки фінансових послуг в якості повноцінного їх учасника»¹⁰. Саме для пояснення останнього нею було застосовано поняття «легітимації фінансових установ».

На нашу думку, доволі складно погодитись із вказаною позицією І.А. Шамрай, оскільки, по-перше, як зазначає сам науковець, метою створення будь-якої фінансової установи є утворення фінансова установа, тому ліцензування є частиною процедури її створення. По-друге, в своїй роботі, присвяченій організаційно-правовим засадам створення банків в Україні, вона спиралась на діюче на той час законодавство, в якому окремо регулювались процедури реєстрації банку і видачі ліцензії на здійснення банківських операцій Національним банком України. На сьогодні законодавство суттєво змінилось, отже, наявні підстави для проведення нових досліджень та, вочевидь, формування нових висновків.

О.В. Прилуцький доводить, що процес створення банків, згідно з чинним законодавством, складається із трьох основних етапів: а) підготовча робота; б) державна реєстрація банку як юридичної особи; в) одержання ліцензії¹¹. Можемо підтримати позицію вченого, за якою ліцензування віднесено до «процесу створення банку», однак слід вказати, що такий окремих етап у цьому процесі, як створення акціонерного товариства, науковцем не згадується.

О.А. Костюченко, характеризуючи створення комерційних банків, не виділяє окремих стадій, проте вказує, що цей процес є досить складною процедурою, пов'язаною з оформленням численних документів, добором кваліфікованих кадрів, вибором відповідного приміщення, забезпеченням його необхідним обладнанням тощо¹².

У навчальному посібнику, створеному колективом авторів, за загальною редакцією А.О. Селіванова, зазначається, що реєстрація та ліцензування банків – це початкові стадії банківського нагляду¹³.

М.А. Пожидаєва виділяє наступні етапи створення банку: 1) погодження статуту банку, 2) державна реєстрація, 3) набуття статусу банку з моменту отримання ліцензії та внесення до реєстру банків¹⁴.

Відаючи належне проведеним науковим дослідженням, слід зазначити, що в даних роботах хоча й здійснювався певний аналіз порядку створення банків, однак не з точки зору процедурних аспектів.

Вважаємо слушними висновки, що вказують на необхідність включення ліцензування до створення банків, адже, спираючись на встановлену в Законі про банки ознаку банку – включення до Державного реєстру банків, та враховуючи вимоги п. 1.3. глави 1 розділу III Положення про порядок реєстрації та ліцензування банків, відкриття відокремлених підрозділів, затвердженого постановою Правління Національного банку України від 8 вересня 2011 р. № 306 (далі – Положення № 306), Національний банк України вносить відомості про юридичну особу до Державного реєстру банків одночасно з прийняттям рішення про надання банківської ліцензії¹⁵.

Виходячи з цього, створення банків слід розглядати як діяльність, що включає в себе проведення підготовчих заходів для створення банку, його державну реєстрацію та ліцензування банківських операцій. Таким чином, момент створення банку нерозривно пов'язаний з моментом отримання ліцензії та внесенням даних до державного реєстру. До того часу банк не вважається створеним. Це означає, що створення банку обов'язково має включати в себе ліцензування, яке супроводжується внесенням змін до Державного реєстру банків.

Для розгляду питання створення банку крізь призму адміністративної процедури варто згадати, що визначення адміністративної процедури, наведене в проекті Закону України «Про адміністративну процедуру», відповідно до якого адміністративна процедура – це визначений законодавством порядок адміністративного провадження. При цьому адміністративне провадження – це сукупність процедурних дій, послідовно вчинених адміністративним органом, і прийнятих процедурних рішень з розгляду та вирішення адміністративної справи, що завершується прийняттям і, у необхідних випадках, виконанням прийнятого адміністративного акту; адміністративна справа – справа, що стосується публічно-правових відносин, щодо забезпечення реалізації та захисту прав і законних інтересів фізичної або юридичної особи, а також виконання нею визначених законом обов'язків, розгляд якої здійснюється адміністративним органом; адміністративний акт – рішення індивідуальної дії, прийняте адміністративним органом, спрямоване на набуття, зміну чи припинення прав та обов'язків фізичної або юридичної особи (осіб)¹⁶.

Проведений нами аналіз наукових джерел дає змогу зробити висновок про існування наступних напрямів в розумінні поняття «адміністративна процедура».

1. Для початку варто вказати на позицію І.М. Лазарєва, за якою адміністративна процедура – це врегульована адміністративно-процесуальними нормами правозастосовна діяльність органів виконавчої влади, спрямована на реалізацію своїх повноважень у відносинах з не підпорядкованими їм громадянами, організаціями і не пов'язану з розглядом спорів або застосуванням примусових заходів¹⁷. Вважаємо, що вказане визначення є доволі дискусійним, адже термін «процедура» зазвичай тлумачиться як «офіційно встановлений чи узвичаєний порядок здійснення, виконання або оформлення чого-небудь»¹⁸. Тому, за своїм значенням, процедура не може бути діяльністю, а скоріше виступає порядком її здійснення.

2. Не досить вдалою, виходячи із розуміння суті поняття «процедура», є і позиція Р.С. Тихого, який визначає адміністративну процедуру як нормативну регламентацію діяльності органів виконавчої влади, що забезпечує порядок прийняття владних управлінських рішень посадовими особами, у тому числі, розгляду і вирішення конкретних адміністративних справ¹⁹. Адже в сучасних умовах реформування публічного управління все більшої ваги набуває концепція органів публічної адміністрації, функціональний зміст якої не обмежується лише виконавчою владою. Водночас доволі вживаним є і поняття «адміністративного органу» та «суб'єкта владних повноважень», які також набагато ширші, ніж органи виконавчої влади.

3. В.П. Тимошук, О.С. Лагода, Р.О. Куйбіда, В.І. Шишкін, В.В. Галуцько та інші пропонують розглядати адміністративну процедуру в якості порядку розгляду та вирішення індивідуальних адміністративних справ, що встановлений законодавством.

Зокрема, В.П. Тимошук вважає, що процедура – це загальний встановлений порядок розгляду та вирішення окремої справи адміністративним органом (модель провадження), а провадження – власне розгляд та вирішення окремої справи (тобто конкретна активна діяльність)²⁰.

На думку О.С. Лагоди, адміністративна процедура – встановлений законом порядок розгляду та вирішення індивідуальних адміністративних справ органом виконавчої влади і місцевого самоврядування, який закінчується прийняттям адміністративного акту або укладанням адміністративного договору²¹.

Р.О. Куйбіда та В.І. Шишкін доводять, що адміністративна процедура – це встановлений законодавством порядок вирішення адміністративними органами індивідуальних адміністративних справ. Оскільки ця діяльність здійснюється публічною адміністрацією з використанням владних повноважень та з урахуванням публічних інтересів, їх ознакою є публічність, а також індивідуальний характер, оскільки рішення в справі стосується конкретних фізичних або юридичних осіб²².

За визначенням В.В. Галуцька, адміністративна процедура – це встановлений законодавством порядок розгляду і вирішення органами публічної адміністрації індивідуальних адміністративних справ з метою забезпечення прав, свобод та законних інтересів фізичних і юридичних осіб, нормального функціонування громадянського суспільства й держави²³.

Для означеного напряму наукових досліджень характерним є виділення наступних ознак адміністративної процедури: це певний порядок, визначений законодавством, спрямований на розгляд і вирішення індивідуальних адміністративних справ.

Саме таке розуміння суті адміністративної процедури стало основою і для Закону про процедуру.

4. Е.Ф. Демський вважає, що адміністративна процедура – встановлений нормами адміністративного процесуального права порядок діяльності суб'єктів правовідносин щодо реалізації нормативно-правового регулювання у сфері державного управління та розгляду і вирішення конкретних адміністративних справ²⁴. Такий підхід, на нашу думку, не є застосовним для цілей нашого дослідження, адже предмет адміністративного права на сьогодні становлять не тільки і не стільки відносини державного управління, а й неуправлінські відносини між органами публічної адміністрації та приватними особами.

5. Деякі вчені намагаються поширити адміністративну процедуру на порядок діяльності з нормотворчості, організацію роботи апарату органів влади, контрольну діяльність тощо.

Так, на думку О.І. Миколенка, адміністративна процедура – це врегульована адміністративно-процедурними нормами послідовність дій суб'єктів нормотворчої і правозастосовної діяльності, структурованих відповідними процедурними відносинами, щодо прийняття нормативно-правових актів управління та вирішення адміністративних справ; при цьому він пропонує відмовитись від поняття «адміністративний процес» як всеохоплюючого поняття²⁵.

Л.Л. Попов розуміє адміністративні процедури як процедури здійснення різних видів позитивної управлінської діяльності (процедури нормотворчої діяльності, процедури реалізації прав і обов'язків громадян та організацій у сфері управління, процедури контрольної діяльності), а також процедури, пов'язані з організацією роботи апарату органів виконавчої влади. Така діяльність характеризується як організаційно-процедурна, що здійснюється органами виконавчої влади у процесі реалізації своїх функцій²⁶.

Вважаємо такі позиції доволі дискусійними, оскільки, по-перше, це призводить до ототожнення адміністративної процедури із правозастосовною діяльністю органів виконавчої влади; по-друге, адміністративна процедура як законодавчо визначений загальний порядок має стосуватися діяльності не лише органів виконавчої влади, а й діяльності інших органів публічної адміністрації.

5. Не досить вдалими видаються і доволі широкі за змістом визначення адміністративної процедури, запропоновані Т.Ф. Весельською та А.В. Філатовою, з наступних міркувань. Зокрема, Т.Ф. Весельська під адміністративною процедурою розуміє ініційоване належним суб'єктом адміністративне провадження щодо

реалізації конкретного права чи забезпечення конкретного обов'язку²⁷. Вважаємо, що таке тлумачення адміністративної процедури не дає чіткої відповіді на питання, хто є таким належним суб'єктом, і чи всі права та обов'язки реалізуються через адміністративну процедуру.

А.В. Філатова визначає адміністративну процедуру як нормативно-правове закріплення (правову модель) певних видів діяльності, що реалізуються в межах адміністративних правовідносин і відбиваються в певній, встановленій законом, правовій формі²⁸. На нашу думку, така позиція є також не прийнятною, адже із визначення залишається незрозумілим, які саме види діяльності, що реалізуються в межах адміністративних відносин і отримали нормативне закріплення, є адміністративною процедурою.

Враховуючи зазначені напрацювання, можемо запропонувати наступне визначення адміністративної процедури – це визначений законодавчими актами порядок діяльності уповноваженого державою органу у публічно-правовій сфері щодо розгляду і вирішення конкретних справ з метою забезпечення реалізації прав, свобод, законних інтересів та обов'язків фізичних і юридичних осіб, що завершується прийняттям адміністративного рішення індивідуального характеру; а також порядок виконання уповноваженим органом інших його функцій та повноважень, в тому числі при оскарженні адміністративних актів, процедурних рішень, дій чи бездіяльності адміністративного органу.

Діяльність зі створення банків містить ознаки адміністративної процедури: врегульована адміністративним законодавством; здійснюється у сфері публічно-правових відносин, пов'язана з діяльністю уповноважених державою органів і супроводжується використанням ними владних повноважень, є порядком здійснення провадження, визначає саме дії уповноважених державою органів, а не відносини між окремими особами, завершується прийняттям адміністративного рішення, що оформлюється відповідним актом, який виступає метою адміністративної процедури, прийняте у справі рішення має індивідуальний характер застосування, тобто стосується конкретних фізичних або юридичних осіб.

Враховуючи викладене, адміністративною процедурою створення банку є встановлений законодавчими актами порядок діяльності уповноважених державою органів щодо розгляду і вирішення конкретних справ з метою забезпечення реалізації права фізичних та юридичних осіб на створення банків, результатом чого є отримання банком ліцензії та внесення банку до Державного реєстру банків.

¹ Орлюк О.П. Банківська система України. Правові засади організації / О.П. Орлюк. – К.: Юрінком Інтер, 2003. – 6 с.

² Вишневский А.А. Банковское право Европейского Союза: учеб. пособ. / А.А. Вишневский. – М.: Статут, 2000. – 6 с.

³ Підпригора О.А. Цивільне право: підручник для студентів юрид. вузів та факультетів / О.А. Підпригора. – К.: Вентурі, 1997. – С. 224.

⁴ Додонов В.Н. Финансовое и банковское право. Словарь-справочник / В.Н. Додонов, М.А. Крылова, А.В. Шестаков; под ред. д.ю.н. О.Н. Горбуновой. – М.: ИНФРАГМ, 1997. – С. 25.

⁵ Заверуха І.Б. Банківське право: навч. посіб. / І.Б. Заверуха. – Л.: Астролябія, 2002. – С. 34.

⁶ Васильченко З.М. Методологічні аспекти дослідження сутності банківських установ як фінансових посередників / З.М. Васильченко // Банківська справа. – 2008. – № 4. – С. 11–23.

⁷ Савелко Т.В. Поняття і ознаки банку як головного елемента банківської системи / Т.В. Савелко // Інвестиції: практика та досвід. – 2001. – № 21. – С. 32–35.

⁸ Перша Директива Ради 77/780/ЄЕС «Про координування законів, постанов та адміністративних положень щодо початку та ведення діяльності кредитних установ» від 12 грудня 1977 року : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994_297

⁹ Про банки і банківську діяльність : Закон України від 07 грудня 2000 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: № 2121-III <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/2121-14/ed20001207>

¹⁰ Шамрай І.А. Правові основи створення фінансових установ в Україні та ліцензування їх операцій: дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.07 «Адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право» / І.А. Шамрай; Інститут держави і права імені В.М. Корецького Національної академії наук України. – К., 2007.

¹¹ Прилуцький О.В. Організаційно-правові засади діяльності комерційних банків в Україні : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07 / Прилуцький Олександр Васильович. – Х., 2008. – С. 56.

¹² Костюченко О.А. Банківське право: підручник / О.А. Костюченко. – 3-тє вид. – К.: А.С.К., 2003. – С. 95.

¹³ Банківське право України: навч. посіб. / кол. авт.: Жуков А.М., Іоффе А.Ю., Кротюк В.Л., Пасічник В.В., Селіванов А.О. та ін. / за заг. ред. А.О. Селіванова. – К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 2000. – С. 251.

¹⁴ Пожидаєва М.А. Банківське право: Конспект лекцій / М.А. Пожидаєва. – К.: КНТ, 2011. – С. 60.

¹⁵ Положення про порядок реєстрації та ліцензування банків, відкриття відокремлених підрозділів, затвердженого Постановою Правління Національного банку України від 08.09.2011 р. № 306 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1203-11>

¹⁶ Проект Закону України «Про адміністративну процедуру»: Проект (неофіційний текст) / Офіційний веб-сайт Міністерства юстиції України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://old.minjust.gov.ua/discuss>

¹⁷ Лазарев І.М. Административные процедуры в сфере взаимоотношений граждан и их организаций с органами исполнительной власти в Российской Федерации: дисс. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.14 / И.М. Лазарев; РАН Институт государственного права. – М., 2002. – С. 53–54.

¹⁸ Словник української мови: в 11 т. / ред. коллег. І.К. Білодід (голова) та ін. – К.: Наукова думка, 1970–1980. – Т. 8, 1977. – С. 343.

¹⁹ Тихий Р.С. Проблемы правового регулирования административных процедур в Российской Федерации: дисс. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.14 / Тихий Роман Сергеевич; Тюменский гос. ун-т. – Тюмень, 2005. – С. 74.

²⁰ Тимошук В.П. Адміністративна процедура та адміністративні послуги. Зарубіжний досвід і пропозиції для України / авт.-упоряд. В.П. Тимошук. – К., 2003. – С. 24.

²¹ Лагода О.С. Адміністративна процедура: теорія і практика застосування: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.07 / Лагода Олександр Сергійович. – Ірпінь; Нац. ун-т Держ. податкової служби України, 2007. – С. 18.

²² Основи адміністративного судочинства та адміністративного права : навч. посіб. / за заг. ред. Р.О. Куйбіди, В.І. Шишкіна. – К. : Старий світ, 2006. – С. 174.

²³ Адміністративне право України: навч. посіб.: у 2 т. / В.В. Галунько, В.І. Олефір, М.П. Пихтін та ін. – Херсон: ПАТ «Херсонська міська друкарня», 2011. – Т. 1: Загальне адміністративне право. – С. 276.

²⁴ Демський Е.Ф. Адміністративне процесуальне право України : навч. посіб. / Е.Ф. Демський. – К. : Юрінком Інтер, 2008. – С. 245.

²⁵ Миколенко О.І. Місце адміністративного процедурного права в системі юридичних знань та системі права України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.07 «Адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право» / О.І. Миколенко. – Запоріжжя, 2011. – С. 25, 29.

²⁶ Попов Л.Л. Административное право Российской Федерации / Л.Л. Попов, Ю.И. Мигачев, С.В. Тихомиров; под ред. Л.Л. Попова. – М.: Юрайт, 2010. – С. 222.

²⁷ Весельська Т.Ф. Адміністративні процедури та їх індивідуально-регламентуючий характер / Т.Ф. Весельська // Право України. – 2009. – № 7. – С. 145.

²⁸ Филатова А.В. Регламенты и процедуры в сфере реализации государственного контроля (надзора): монография / А.В. Филатова; под ред. Н.М. Конины. – Саратов: Науч. кн., 2009. – С. 92.

Резюме

Лоук І.А. Створення банку як предмет адміністративно-правового регулювання.

У даній статті розглянута діяльність зі створення банку крізь призму адміністративних процедур, визначено межі діяльності зі створення банку, виходячи з поняття «банк», та сформульовано поняття адміністративної процедури створення банку.

Ключові слова: банк, створення банку, адміністративна процедура.

Резюме

Лоук И.А. Создание банка как предмет административно-правового регулирования.

В данной статье рассмотрена деятельность по созданию банка через призму административных процедур, определены границы деятельности по созданию банка, исходя из понятия «банк» и сформулировано понятие административной процедуры создания банка.

Ключевые слова: банк, создание банка, административная процедура.

Summary

Loiuk I. Creation of a bank as a subject of administrative and legal regulation.

In this article, considered creating of bank through the light of administrative procedures. Based on the notion «bank» and the notion «administrative procedure», the boundaries of the bank's activities are defined and formulated the notion of an administrative procedure for creating a bank.

Key words: bank, bank creation, administrative procedure.

УДК 342.9

А.В. НЕФЕДОВА

Альона Валеріївна Нефедова, аспірант Київського національного торговельно-економічного університету

АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВА КВАЛІФІКАЦІЯ ТА КВАЛІФІКАЦІЯ АДМІНІСТРАТИВНИХ ПРОСТУПКІВ: ВИЗНАЧЕННЯ І СПІВВІДНОШЕННЯ ПОНЬЯТЬ

Важливою запорукою ефективного функціонування інституту адміністративної відповідальності є своєчасна та безпомилкова кваліфікація адміністративних проступків, котра гарантує невідворотність, співмірність та обґрунтованість реагування держави на порушення адміністративно-деліктного законодавства. З огляду на свою актуальність проблематика кваліфікації адміністративних проступків дедалі частіше обговорюється в наукових і практичних колах. Її розгляду присвячена велика кількість галузевих досліджень, науково-практичних конференцій і методичних семінарів. Здавалося б, широка увага наукового загалу має зумовити повну визначеність у концептуальних питаннях про сутність кваліфікації адміністративного проступку, її співвідношення із суміжними явищами, формулювання відповідних дефініцій тощо. Проте існуючий стан справ свідчить про протилежне. На сьогодні широке коло питань кваліфікації адміністративних

проступків лишається невирішеним. Більш того, ні вітчизняне законодавство, ані теорія адміністративного права не пропонують єдиної, узгодженої дефініції цього поняття.

І це суттєва проблема, адже наявність всебічно обґрунтованої дефініції служить запорукою ясності змісту того чи іншого поняття. Передусім саме вона гарантує єдине розуміння предмета дискусії, однозначний підхід до тлумачення змісту юридичних норм, відсутність «різнобою» в нормотворенні та правозастосуванні. Визначення понять, якими оперує право, – обов'язкова умова ефективності його норм¹. Цілком очевидним є той факт, що навіть найретельніше вивчення кваліфікації адміністративного проступку не може бути успішним за відсутності чіткого уявлення про її сутність, вираженого в універсальному науковому визначенні.

Теоретичні, правові та організаційні аспекти кваліфікації адміністративних проступків у своїх працях розглядали такі дослідники, як: І.П. Голосніченко², А.В. Гуржій^{3,4}, Т.О. Гуржій^{5,6,7}, В.В. Колпаков⁸, О.І. Остапенко⁹, О.М. Стороженко¹⁰ та інші. Проте наразі єдиного, узгодженого погляду на сутність адміністративно-правової кваліфікації та її різновидів у вітчизняній науці не вироблено.

Метою статті є формування концептуального підходу до визначення та співвідношення адміністративно-правової кваліфікації та кваліфікації адміністративних проступків.

Об'єктом дослідження є адміністративно-деліктні відносини.

Предметом дослідження є доктринальні визначення понять «адміністративно-правова кваліфікація» та «кваліфікація адміністративних проступків».

Одним із перших визначень поняття «кваліфікація адміністративного проступку» в новітній історії вітчизняної адміністративно-правової науки є визначення, сформульоване І.П. Голосніченком, М.Ф. Стахурським та Н.І. Золотарьовою, згідно з яким під кваліфікацією пропонується розуміти: «встановлення відповідності конкретного діяння ознакам складу адміністративного проступку, передбаченого Кодексом України про адміністративні правопорушення»¹¹. Теоретичну значущість даного визначення важко переоцінити. Воно ознаменувало появу сталого наукового інтересу до питань кваліфікації в адміністративному праві незалежної України, послужило відправною точкою численних наукових дискусій та, в кінцевому підсумку, лягло в основу практично всіх сучасних концепцій адміністративно-правової кваліфікації.

Але розглядаючи це визначення крізь призму чинного законодавства, мусимо констатувати наявність у ньому окремих дискусійних моментів. Як неважко помітити, воно пов'язує кваліфікацію адміністративних проступків з використанням виключно одного нормативно-правового акта – КУпАП. Водночас загальновідомим є той факт, що на відміну від норм про відповідальність за злочини, акумульованих в єдиному кодифікованому акті (КК України), норми про відповідальність за конкретні адміністративні проступки розпорошені по декількох нормативно-правових актах¹². Окрім КУпАП, вони містяться в Митному кодексі України, Законі України «Про виконавче провадження», Законі України «Про запобігання корупції», Законі України «Про основні принципи та вимоги до органічного виробництва, обігу та маркування органічної продукції» та ряді інших^{13,14,15,16,17}. Звісно, практично завжди при кваліфікації уповноважений суб'єкт мусить звертатися до змісту КУпАП, який закріплює загальні ознаки адміністративних правопорушень (осудність, винність тощо). Проте очевидно й те, що на основі положень одного лише КУпАП всі адміністративні правопорушення кваліфікувати неможливо, оскільки в багатьох випадках специфічні ознаки таких проступків визначаються іншими актами законодавства. З нашої точки зору, ця обставина обов'язково має бути врахована при побудові дефініцій поняття «кваліфікація адміністративного проступку».

Крім того, неспірним моментом визначення І.П. Голосніченка, М.Ф. Стахурського та Н.І. Золотарьової є теза про закріплення складів адміністративних проступків безпосередньо в КУпАП. За визнанням більшості вчених, склад адміністративного проступку – це суто теоретична конструкція, яка не закріплюється в адміністративно-деліктному законодавстві*. Вона слугує своєрідним науково-практичним шаблоном для зіставлення юридично значущих ознак фактичного діяння з ознаками адміністративних проступків, визначеними у законі¹⁸. Відповідно, на сьогодні вести мову про нормативно-правове визначення складів адміністративних проступків вважаємо не зовсім доречним.

Аналогічне зауваження може бути висловлене й у відношенні авторських дефініцій Д.П. Калайнова, В.К. Колпакова, О.І. Остапенка та В.В. Чернія, котрі розглядають кваліфікацію адміністративного проступку, як: «встановлення й процесуальне закріплення точної відповідності між ознаками вчиненого діяння (дій або бездіяльності) та ознаками складу правопорушення, передбаченого адміністративним законодавством»^{19,20,21}. Попри те, що наведене визначення охоплює низку важливих аспектів кваліфікації (зокрема, процесуальне закріплення її результатів), воно також ґрунтується на ідеї законодавчої визначеності складів адміністративних проступків, а отже, є вразливим для критики. Зважаючи на це, важко погодитись з авторами, які вважають його найбільш обґрунтованим з-поміж усіх наявних у вітчизняній адміністративно-правовій літературі²².

Вагомий внесок у розбудову наукових засад розуміння природи та сутності кваліфікації адміністративних проступків здійснив професор Т.О. Гуржій, який підніс дослідження цього явища на якісно новий рівень, розглянувши його в розрізі законів формальної логіки, пізнавальної діяльності людини, правового регулювання та правозастосовної практики. Як наголошує цей науковець, всебічне уявлення про кваліфіка-

* У чинному КУпАП відповідний термін згадано лише один раз (у примітці до ст. 14-2), та й то в контексті характеристики режиму фотозйомки (відеозапису), як засобу фіксації обставин правопорушень на транспорті.

цію адміністративного проступку можна побудувати лише на основі визначення його загальних (притаманних для юридичної кваліфікації в цілому) і спеціальних (обумовлених галузевою специфікою) сутнісних ознак²³. До таких ознак Т.О. Гуржій відносить:

- здійснення шляхом оцінки фактичних обставин справи, котра полягає у співвіднесенні фактичного діяння з нормативно визначеними ознаками правопорушення (ознаками проступку, передбаченого адміністративно-деліктним законодавством);
- здійснення спеціально уповноваженими суб'єктами (суб'єктами адміністративної юрисдикції);
- обов'язкову констатацію наявності у скоєному всіх ознак правопорушення (адміністративного проступку);
- офіційне закріплення в процесуальних документах (постанові про притягнення до адміністративної відповідальності)²⁴.

На підставі аналізу перерахованих ознак та доктринальних підходів до розуміння кваліфікації адміністративного проступку Т.О. Гуржій зазначає, що переважна більшість авторських визначень нерозривно пов'язують її з позитивним результатом – констатацією ознак делікту в скоєному. При цьому наголошується на необхідності дослідження явища кваліфікації в усій множині його проявів, зокрема й тих, які мали наслідком з'ясування відсутності ознак адміністративного проступку або ж наявності обставин, що унеможливають його визнання адміністративним деліктом (наприклад, у разі конкуренції норм кримінального та адміністративно-деліктного права)²⁵.

Такий висновок вбачається цілком закономірним, адже сприйняття кваліфікації виключно як процесу, що «увінчується» виявленням правопорушення та притягненням порушника до юридичної відповідальності є до певної міри обмеженим. Як свідчить практика, в багатьох випадках юридична оцінка фактичного діяння має протилежні результати. Однак це аж ніяк не впливає на цілі, характер і послідовність логічних операцій, які відбуваються в ході такої оцінки. Остання не втрачає свого значення і не перестає бути кваліфікацією, так само, як і проведений аналіз лишається аналізом, незалежно від отриманих результатів.

З урахуванням викладеного Т.О. Гуржій увів до наукового обігу узагальнене поняття «адміністративно-правова кваліфікація», визначивши його як: «оцінку суб'єктом розгляду справ про адміністративні правопорушення діяння, що містить формальні ознаки адміністративного делікту, яка полягає у співвіднесенні такого діяння з належною нормою адміністративного права та в юридичному закріпленні відповідного висновку»²⁶. Як неважко помітити, наведене визначення не конкретизує суть висновку за результатами кваліфікації, а отже, поширюється й на ті випадки, коли процес кваліфікації завершується висновком про відсутність ознак правопорушення в скоєному.

Разом із тим ідея побудови універсального визначення кваліфікації, яке б охоплювало всі прояви цього багатогранного явища, має перспективи подальшого розвитку. Адже дефініція Т.О. Гуржій розкриває лише публічно-владний аспект кваліфікації, «омінаючи» випадки її здійснення пересічними громадянами та фаховими юристами, котрі не мають юрисдикційних повноважень. Між тим, і такого роду оціночна діяльність за своєю психологічною і юридичною природою являє собою кваліфікацію. Більш того, неофіційна кваліфікація інколи буває більш точною, ніж офіційна, яка теж не застрахована від помилок.

Зважаючи на це, вважаємо за доцільне розширити логічний обсяг поняття «адміністративно-правова кваліфікація» та визначити його як: «юридичну оцінку фактичного діяння на основі зіставлення його сутнісних ознак з ознаками адміністративного правопорушення, закріпленими в адміністративно-деліктному законодавстві». На наш погляд, саме за такого формулювання воно може вважатися видовим по відношенню до всієї множини понять, пов'язаних з кваліфікацією, здійснюваною на основі норм адміністративно-деліктного права.

Повертаючись до поняття кваліфікації адміністративного проступку, варто зазначити, що воно втілює не лише процес юридичної оцінки, а й її підсумковий результат. Остаточний висновок про наявність у скоєному ознак адміністративного проступку робиться тільки по завершенню адміністративного розслідування та фіксується в постанові про притягнення порушника до адміністративної відповідальності. Лише після цього можна констатувати, що в даному випадку мала місце кваліфікація саме адміністративного, а не іншого правопорушення.

Як уже зазначалося, таке розуміння кваліфікації адміністративного проступку «червоною ниткою» проходить крізь більшість сучасних досліджень. Так, наприклад, А.І. Берлач визначає дане поняття як: «встановлення та процесуальне закріплення тотожності юридично значущих ознак посягання ознакам делікту, передбаченого адміністративним законодавством»²⁷. На думку П.С. Гагая, кваліфікація адміністративного проступку – це оцінка суб'єктом адміністративно-правової кваліфікації юридичного факту, який містить формальні ознаки адміністративного делікту, що полягає у співвіднесенні такого діяння з відповідною нормою законодавства про адміністративні правопорушення та у необхідному юридичному реагуванні, встановленому вищезазначеним законодавством²⁸. З точки зору Є.В. Кириленка, правова кваліфікація адміністративного правопорушення являє собою діяльність уповноважених суб'єктів з установаження та процесуальної закріплення тотожності юридично значущих ознак діяння суб'єкта адміністративної відповідальності ознакам делікту, передбаченого адміністративним законодавством²⁹. У свою чергу, К.О. Чишко розглядає її як діяльність спеціально уповноваженого органу (посадової особи) щодо пізнання (визначення) юридично значущих ознак діяння (правопорушення), їх аналіз, узагальнення та зіставлення з ознаками юридичного складу проступку, визначеного законодавством про адміністративні правопорушення³⁰.

Попри очевидні відмінності наведених визначень всі вони ґрунтуються на єдиному концептуальному підході, відповідно до якого кваліфікація адміністративного проступку має офіційний характер, здійснюється уповноваженими суб'єктами, передбачає юридичне закріплення зроблених висновків. Безумовно, в даному аспекті їх автори мають рацію. Адже без остаточного вирішення питання про наявність у фактичному посяганні ознак адміністративного проступку кваліфікація мислиться лише як оціночний, пізнавальний процес з невизначеним результатом. Безумовно, цей процес є кваліфікацією, але не обов'язково – адміністративного проступку.

Зазначені визначення цікаві також і тим, що, попри концептуальну подібність, кожне з них втілює індивідуальний підхід до розуміння кваліфікації адміністративного проступку, акцентуючи увагу на її окремих аспектах: колі суб'єктів, послідовності логічних операцій, фактичних і нормативних підставах, юридичній формі абощо. У цілому вони дають змогу розглянути явище кваліфікації адміністративного проступку під різними кутами та, відповідно, збагатити загальне уявлення про його сутність.

Але водночас вони не позбавлені дискусійності. По-перше, деякі з них переобтяжені додатковими змістовними елементами, котрі, хоч мають важливе значення, але презюмуються і без згадки у визначенні. Це, зокрема, стосується вказівки на те, що в ході кваліфікації відбувається пошук тотожності юридично значущих ознак посягання з ознаками делікту, передбаченого законодавством (хоча ознаки, які не мають юридичного значення, *a priori*, не можуть бути тотожними нормативним положенням). Сюди ж можна віднести семантичну конструкцію «правова кваліфікація адміністративного правопорушення», котра породжує риторичне питання про те, чи може кваліфікація правопорушення бути неправовою. Недоцільною видається також і окрема згадка про те, що кваліфікація адміністративного проступку здійснюється суб'єктом адміністративно-правової кваліфікації.

По-друге, у переважній більшості наведених визначень кваліфікація адміністративного проступку розглядається як процес зіставлення та пошуку тотожності між ознаками вчиненого діяння та нормативно визначеними ознаками правопорушення. Такий підхід видається дещо однобічним. Він не передбачає комплексного аналізу правопорушення в сукупності його суб'єктивних та об'єктивних ознак, а акцентує увагу лише на поведінковому аспекті скоєного – діянні. Слід погодитись з О.М. Стороженко, на думку якої подібний підхід може хибно орієнтувати уповноваженого суб'єкта на те, що в ході кваліфікації ознаки фактичного посягання слід «приміряти» виключно до ознак об'єктивної сторони адміністративного делікту³¹. З нашої точки зору, в даному контексті доречно вести мову не про діяння, а про посягання чи правопорушення загалом.

По-третє, окремі автори у своєму розумінні кваліфікації адміністративного проступку виходять далеко за рамки її реальних місця і ролі в механізмі адміністративної відповідальності. Зокрема, П.С. Гагай покладає на кваліфікацію адміністративного проступку функцію юридичного реагування на делікт, з чим категорично не можна погодитись. Головна мета кваліфікації – дати юридичну оцінку скоєному та з'ясувати питання про наявність або відсутність фактичних підстав для відповідальності особи. Реагування на делікт (притягнення порушника до відповідальності) відбувається вже після вирішення цього питання, на підставі завершеної кваліфікації. Воно ґрунтується на висновках кваліфікації, але при цьому не є її складовою. Не впливає кваліфікація і на вибір конкретної форми юридичного реагування (міри відповідальності). Приймаючи рішення про застосування конкретного виду і розміру стягнення, уповноважений суб'єкт юрисдикційної діяльності не кваліфікує скоєне (адже його кваліфікація вже відбулася), а оцінює особистісні якості порушника з метою індивідуалізації його відповідальності.

По-четверте (передусім це стосується авторського визначення К.О. Чижка), будучи проявом пізнавальної діяльності, іманентній тільки людині, кваліфікація не може здійснюватись певним органом чи іншою організаційною структурою. Кваліфікація адміністративного проступку – це складний когнітивний процес, який протікає в людській свідомості. Він не мислиться без людини. Навіть у тих випадках, коли результати кваліфікації оформлені рішенням органу юрисдикції (наприклад, постановою суду), вона здійснюється конкретною посадовою особою. Така особа може діяти від імені певного органу, але безпосереднім суб'єктом кваліфікації виступає саме вона.

Ще одним дискусійним моментом дефініції К.О. Чижка вважаємо представлення кваліфікації у вигляді суворо детермінованої послідовності логічних операцій: визначення, аналізу, узагальнення та зіставлення²³. Зі свого боку, зауважимо, що всі ці операції є формами пізнавальної діяльності, які протікають і тісно «переплітаються» між собою. Їх неможливо розташувати в чіткій темпоральній послідовності, оскільки кожна має місце на всіх етапах кваліфікації. Зокрема, визначення ознак посягання неможливе без їх аналізу. Відповідний аналіз завжди передбачає їх зіставлення з нормами права. А зіставлення, у свою чергу, здійснюється комплексно, у тому числі – за допомогою узагальнення. Безумовно, алгоритм здійснення кваліфікації – це дуже важливе наукове і практичне питання. Але предметний інтерес воно становить в аспекті загальної послідовності мислення (оцінка фактичних обставин, пошук та вибір належної норми тощо), а не послідовності окремих логічних операцій, які на практиці часто повторюються, міняють свій порядок або здійснюються синхронно.

З урахуванням викладених міркувань та спираючись на існуючі теоретичні напрацювання, кваліфікацію адміністративного проступку можна визначити як: «встановлення та процесуальне закріплення відповідності фактичних ознак посягання ознакам адміністративного правопорушення (проступку), визначеним законодавством». Як уявляється, представлена дефініція досить повно та, водночас, лаконічно характеризує

явище кваліфікації адміністративного проступку, як складову правозастосовного процесу та специфічний різновид адміністративно-правової кваліфікації. Зважаючи на це, в перспективі вона може слугувати як підґрунтям подальших тематичних досліджень, так і основою для відповідного законодавчого визначення.

- ¹ *Петрицький А.Л.* Правові та організаційні засади захисту персональних даних: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07 / А.Л. Петрицький. – К., 2015. – 223 с.
- ² *Голосніченко І.* Попереднє адміністративне розслідування як стадія провадження в справах про адміністративні проступки / І. Голосніченко, М. Стахурський, Н. Золотарьова // *Право України.* – 2002. – № 2. – С. 26–30.
- ³ *Гуржій А.В.* Сутність і значення адміністративно-правової кваліфікації / А.В. Гуржій // *Право і суспільство.* – 2012. – № 1. – С. 197–200.
- ⁴ *Гуржій А.В.* Поняття адміністративно правової кваліфікації / А.В. Гуржій // *Юридичний електронний науковий журнал.* – 2016. – № 2. – С. 187–188.
- ⁵ *Гуржій Т.О.* Місце юридичної кваліфікації у процесі правозастосування / Т.О. Гуржій // *Право України.* – 2006. – № 4. – С. 29–31.
- ⁶ *Гуржій Т.О.* Логіко-філософські категорії і класифікація об'єктів адміністративного делікту / Т.О. Гуржій // *Право України.* – 2003. – № 1. – С. 13–17.
- ⁷ *Гуржій Т.О.* Перспективи розвитку адміністративно-деліктного законодавства України / Т.О. Гуржій // *Адміністративне право і процес.* – 2014. – № 3. – С. 156–158.
- ⁸ *Колпаков В.К.* Адміністративно-деліктний правовий феномен: монографія / В.К. Колпаков. – К.: Юрінком-Інтер, 2004. – 528 с.
- ⁹ *Остапенко О.І.* Кваліфікація адміністративних правопорушень: монографія / О.І. Остапенко. – Л.: Львівський інститут внутрішніх справ при НАВСУ, 2000. – 173 с.
- ¹⁰ *Стороженко О.М.* Теоретичні проблеми визначення поняття кваліфікації адміністративного делікту / О.М. Стороженко // *Держава і право: зб. наукових праць.* – 2007. – Вип. 35. – С. 270–276.
- ¹¹ *Голосніченко І.* Попереднє адміністративне розслідування як стадія провадження в справах про адміністративні проступки / І. Голосніченко, М. Стахурський, Н. Золотарьова // *Право України.* – 2002. – № 2. – С. 26–30.
- ¹² *Відповідальність у публічному праві: монографія / за заг. ред. І. Безклубого.* – К.: Грамота, 2014. – 496 с.
- ¹³ Кодекс України про адміністративні правопорушення // *Відомості Верховної Ради Української РСР.* – 1984. – Дод. до № 51. – Ст. 1122.
- ¹⁴ Митний кодекс України від 13.03.2012 р. № 4495-VI // *Офіційний вісник України.* – 2012. – № 32. – Ст. 1175.
- ¹⁵ Про виконавче провадження: Закон України від 02.06.2016 р. № 1404-VIII // *Офіційний вісник України.* – 2016. – № 53. – Ст. 1852.
- ¹⁶ Про запобігання корупції: Закон України від 11.10.2014 р. № 1700-VII // *Офіційний вісник України.* – 2014. – № 87. – Ст. 2474.
- ¹⁷ Про основні принципи та вимоги до органічного виробництва, обігу та маркування органічної продукції: Закон України від 10.07.2018 р. № 2496-VIII // *Офіційний вісник України.* – 2018. – № 62. – Ст. 2131.
- ¹⁸ *Стороженко О.М.* Адміністративно-правова кваліфікація зловживань монополієм (домінуючим) становищем на ринку: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07 / О.М. Стороженко. – К., 2008. – 183 с.
- ¹⁹ *Калайнов Д.П.* Адміністративні проступки, підвідомчі міліції, та їх профілактика: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07 / Д.П. Калайнов. – Одеса, 1998. – 187 с.
- ²⁰ *Черній В.В.* Протидія адміністративним деліктам у сфері громадського порядку, як складова діяльності дільничних інспекторів міліції: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07 / В.В. Черній. – К., 2004. – 180 с.
- ²¹ *Гуржій Т.О.* Перспективи розвитку адміністративно-деліктного законодавства України / Т.О. Гуржій // *Адміністративне право і процес.* – 2014. – № 3. – С. 156–158; *Колпаков В.К.* Адміністративно-деліктний правовий феномен: монографія / В.К. Колпаков. – К.: Юрінком-інтер, 2004. – 528 с.
- ²² Про запобігання корупції: Закон України від 11.10.2014 р. № 1700-VII // *Офіційний вісник України.* – 2014. – № 87. – Ст. 2474.
- ²³ *Гуржій Т.О.* Логіко-методологічні засади визначення поняття адміністративно-правової кваліфікації / Т.О. Гуржій // *Вісник Української Академії державного управління при Президентові України.* – 2002. – № 4. – С. 218–223.
- ²⁴ *Гуржій Т.О.* Керування автотранспортними засобами: адміністративно-деліктний аспект: монографія / Т.О. Гуржій. – Кіровоград: Полімед-сервіс, 2007. – 255 с.
- ²⁵ *Калайнов Д.П.* Адміністративні проступки, підвідомчі міліції, та їх профілактика: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07 / Д.П. Калайнов. – Одеса, 1998. – 187 с.
- ²⁶ Там само.
- ²⁷ *Берlach А.І.* Теоретичні проблеми кваліфікації адміністративного делікту / А.І. Берlach, О.М. Стороженко // *Право України.* – 2007. – № 10. – С. 5–8.
- ²⁸ *Гагай П.С.* Адміністративно-правова кваліфікація та її зв'язок з адміністративним процесом / П.С. Гагай // *Форум права.* – 2009. – № 1. – С. 99–104.
- ²⁹ *Кириленко Є.В.* Правова кваліфікація адміністративного делікту: сучасний стан і перспективи розвитку: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.08 «Адміністративне право і процес, фінансове право, інформаційне право». – К, 2013. – 8 с.
- ³⁰ *Чишко К.О.* Адміністративно-правова кваліфікація та кваліфікація адміністративного правопорушення (проступку): поняття, ознаки, передумови / К.О. Чишко // *Вісник Харківського національного університету.* – 2015. – № 3. – С. 150–158.
- ³¹ *Остапенко О.І.* Кваліфікація адміністративних правопорушень: монографія / О.І. Остапенко. – Л.: Львівський інститут внутрішніх справ при НАВСУ, 2000. – 173 с.

Резюме

Нефедова А.В. Адміністративно-правова кваліфікація та кваліфікація адміністративних проступків: визначення і співвідношення понять.

Стаття присвячена аналізу сучасних наукових підходів до розуміння сутності й співвідношення адміністративно-правової кваліфікації та кваліфікації адміністративних проступків. На прикладі найбільш значущих галузевих досліджень окреслені загальні закономірності і тенденції розвитку наукового уявлення про кваліфікацію адміністративних проступків. Розглянуто формально-логічні аспекти визначення понять адміністративно-правової кваліфікації та кваліфікації адміністративних проступків, запропоновані їх авторські дефініції.

Ключові слова: адміністративна відповідальність, адміністративний проступок, адміністративно-правова кваліфікація, кваліфікація адміністративного проступку.

Резюме

Нефедова А.В. Административно-правовая квалификация и квалификация административных проступков: определение и соотношение понятий.

Статья посвящена анализу современных научных подходов к пониманию сущности и соотношения административно-правовой квалификации и квалификации административных проступков. На примере наиболее значимых отраслевых исследований очерчены общие закономерности и тенденции развития научного представления о квалификации административных проступков. Рассмотрены формально-логические аспекты определения понятий административно-правовой квалификации и квалификации административных проступков, предложены их авторские дефиниции.

Ключевые слова: административная ответственность, административный проступок, административно-правовая квалификация, квалификация административного проступка.

Summary

Nefedova A. Administrative-legal qualification and qualification of administrative mistakes: definition and correlation of concepts.

The article is devoted to the analysis of modern scientific approaches to understanding the essence and correlation of administrative-legal qualification and qualification of administrative misconduct. The example of the most significant branch studies outlines the general patterns and trends in the development of scientific understanding of the qualification of administrative misconduct. The formal-logical aspects of definition of concepts of administrative-legal qualification and qualification of administrative mistakes are considered, their author's definitions are offered.

Key words: administrative responsibility, administrative offenses, administrative-legal qualification, qualification of administrative offense.

УДК 347.73

Є.О. РОМАНЕНКО

*Євген Олександрович Романенко, аспірант
Інституту держави і права ім. В.М. Корецького
НАН України*

**ДОСВІД ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ЗАСТОСУВАННЯ
ПРОГРАМНО-ЦІЛЬОВОГО МЕТОДУ В БЮДЖЕТНІЙ СФЕРІ
НА ПРИКЛАДІ ФЕДЕРАТИВНОЇ РЕСПУБЛІКИ НІМЕЧЧИНА**

Останні півстоліття в багатьох країнах відзначилися переходом від постатейної форми складання й подальшого виконання бюджету до орієнтованого на результат бюджетування із застосуванням програмно-цільового методу в бюджетній сфері. Існують різновиди останнього, і вибір серед них оптимального визначався конкретними обставинами у відповідній країні. Разом з тим загальними для країн, що переходили до орієнтованого на результат бюджетування, були намагання, зокрема, посилити економічну ефективність діяльності міністерств і відомств, результативність їх роботи, упорядкувати складання бюджету, підвищити якість прийнятих при цьому рішень, впровадити інструменти для забезпечення раціонального розподілу ресурсів, збереження коштів, підзвітності виконавчих органів перед законодавчим та громадськістю¹.

Названий період характеризувався активним впровадженням програмно-цільового методу в бюджетній сфері як на етапі підготовки бюджетів відповідних рівнів, так і на етапі забезпечення виконання бюджетів. У багатьох розвинених країнах поширилася практика прийняття таких бюджетів, у тому числі бюджетів пріоритетів на середньостроковий та довгостроковий періоди, спрямованих на забезпечення стратегічних загальнонаціональних інтересів.

У свою чергу, на думку автора, враховуючи активні процеси законодавчого реформування бюджетного процесу в Україні, а також подальше впровадження процесів децентралізації, питання широкого застосування програмно-цільового методу в бюджетній сфері стає для нашої країни все більш актуальним.

Метою статті є дослідження досвіду країн Європейського Союзу у правовому регулюванні застосування програмно-цільового методу в бюджетній сфері на прикладі Федеративної Республіки Німеччина.

Федеративна Республіка Німеччина, як найбільш економічно потужна країна Європейського Союзу, має багатий досвід ефективного розвитку правового регулювання застосування програмно-цільового методу як на загальнодержавному (федеральному) рівні, так і на місцевому (земельному) рівні.

Ця країна є федеративною, демократичною, парламентською республікою. До складу Федеративної Республіки Німеччина входять 16 земель як адміністративно-територіальні одиниці. За організаційною структурою їх пропонується співвідносити з областями в Україні². У Німеччині і на федеральному рівні, і на рівні земель наявні власні органи законодавчої влади, виконавчої влади, судової влади. На першому рівні приймаються ті рішення, що мають загальнодержавний масштаб, а на другому – що мають значення для конкретної землі як адміністративно-територіальні одиниці. На федеральному рівні виконання законодавчої функції покладено на Бундестаг, а на земельному – на земельний парламент, що в одних адміністративно-територіальних одиницях називається лантагом, а в інших – бюргершафтом. На федеральному рівні виконавчу функцію закріплено за Федеральним урядом, який очолює бундесканцлер, а на земельному – за земельним урядом, який очолює прем'єр-міністр.

Фундаментом її правового регулювання є Основний закон Федеративної Республіки Німеччина, ст. 109 якого закріплено самостійність й незалежність бюджетних систем федерації та земель³.

Управління бюджетної діяльністю на рівні федерації та на рівні земель здійснюються в автономних режимах, а відповідні бюджети мають бути збалансованими, що відповідає положенням прийнятого у 1967 р. Закону про сприяння економічній стабільності та зростанню – «Gesetz zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft»⁴, і узгоджуватиметься з прийнятими в Європейському Союзі фінансовими вимогами⁵.

Положення, що визначають правові аспекти бюджетної системи Німеччини, формування бюджетів земельного та федерального рівнів деталізовані у відповідних законах, прийнятих у землях та у федерації, зокрема, у прийнятому в 1969 р. Федеральному бюджетному кодексі «Bundeshaushaltsordnung»⁶, у прийнятому в 1969 р. Основному законі про бюджет федерації та земель – «Gesetz über die Grundsätze des Haushaltsrechts des Bundes und der Länder»⁷.

Так, згідно з останнім до 1 січня 2010 р. земельний бюджет мав бути постатейним, однак дозволялося його одночасне (паралельне) формування також і за принципом орієнтованого на результат бюджетування. У зв'язку з тим, що такий підхід ускладнював бюджетний процес в тих землях, які вважали орієнтоване на результат бюджетування більш доцільним, був підданий реформуванню згаданий Основний закон про бюджет федерації та земель – «Gesetz über die Grundsätze des Haushaltsrechts des Bundes und der Länder»⁸.

Внаслідок цього кожна земля отримала право починаючи з 1 січня 2010 р. обирати ту структуру бюджету, яку вважає для себе оптимальною: 1) постатейний бюджет; 2) орієнтоване на результат бюджетування. Це відіграло позитивну роль у поширенні використання останнього в сфері публічних фінансів на земельному рівні⁹.

Вже у 2009 р. роботою зі впровадження орієнтованого на результат бюджетування були охоплені землі Баден-Вюртемберг, Гессен, Нижня Саксонія, Нижній Рейн-Вестфалія, Рейнланд-Пфальц, а також такі землі, як місто Берлін, місто Бремен, місто Гамбург. Хоча ряд основних чинників ініціації змін у бюджетному процесі могли виявлятися схожими (як наприклад у столиці Німеччини Берліні та в землі Гессен, де до таких відносили наміри досягти максимальної результативності й ефективності, прозорості, підзвітності, обгрунтованості у прийнятті рішень стосовно бюджету, справедливого розподілу ресурсів), проте, зважаючи на приналежність запровадження орієнтованого на результат бюджетування в землях до компетенції відповідних органів останніх, мотиви, форми й шляхи його введення в сферу публічних фінансів мали й регіональні особливості. Так, в землі Гессен, де запровадження орієнтованого на результат бюджетування, за що у системі виконавчої влади відповідає Міністерство фінансів, має на меті вивести її в лідери за показниками економічного та соціального розвитку, супроводжується введенням відповідних програм та інформації про результативність діяльності як обов'язкових складових до проекту бюджету, що підлягає внесенню до земельного парламенту для затвердження¹⁰.

Узагальнюючи досвід впровадження названої моделі бюджетування, П. Крауліх і Г. Вайланд акцентують увагу на таких важливих, на їхню думку, елементах цього процесу: «1. Визначення системи цілей, приміром на основі коаліційної угоди між проурядовими політичними партіями, та подальша конкретизація цих політичних цілей за допомогою спеціалізованих галузевих цілей. 2. Розроблення бюджетних програм та їх підпорядкування системі цілей. 3. Встановлення результативних показників по окремих бюджетних програмах. 4. Підпорядкування бюджету програмам»¹¹.

При цьому названі дослідники звертають також увагу на підготовку розпорядниками бюджетних коштів у землях Гессен саме тих програм, які є орієнтованими на реалізацію передбачених законодавством завдань та досягнення політичних цілей, і наголошують на обов'язковому визначенні результативних показників за програмами й перевірки після закінчення бюджетного року досягнення запланованих цілей¹².

Для порівняння зазначимо, що в Берліні перехід від постатейного бюджету до орієнтованого на результат бюджетування відбувався в умовах обмежених фінансових ресурсів, не супроводжувався введенням до

проекту бюджету інформації про програми та результативність діяльності, а така інформація виступала лише додатковим до нього елементом¹³. Причому в Берліні, до складу якого входять 12 територіальних одиниць і який характеризуються децентралізованими адміністративною структурою й управлінням бюджетним процесом, пошук узгоджених рішень заінтересованими в складанні бюджету сторонами набуває особливої актуальності. Відповідальним у системі виконавчої влади за розробку бюджету Міністерством фінансів Берліна програми включаються до статей бюджету, які й підлягають затвердженню в земельному парламенті. Таким чином, Уряд Берліну використовує програми для обґрунтування бюджетних рішень, наводить їх у формі постатейного бюджету й потім вносить до земельного парламенту для розгляду. Згаданий підхід забезпечує контроль останнього за розподілом фінансових ресурсів. Вважається, що орієнтоване на результат бюджетування в Берліні має ознаки програмно-цільового бюджетування з метою презентації бюджету¹⁴.

Що ж стосується федерального рівня, то незважаючи на те, що 80 % його постатейного бюджету становили трансферні платежі (вони направляються на земельний рівень, а також використовуються для обслуговування процентних ставок), а реальному структурному реформуванню могли підлягати лише решта у 20 %, Міністерство фінансів Федеративної Республіки Німеччина у 2006 р. започаткувало роботу з підготовки до впровадження орієнтованого на результат бюджетування в сфері публічних фінансів, проте у 2010 р. парламентом країни не були підтримані пропозиції уряду країни з відповідного реформування бюджетного процесу¹⁵.

У подальшому після консультацій, що відбулися у 2011–2012 рр. за участі, зокрема, федеральних міністерств (вони є складовими федеральної виконавчої влади Німеччині й незалежні в реалізації завдань, передбачених Коаліційною угодою при формуванні парламентської більшості), були внесені зміни в бюджетну документацію, що підлягає поданню до законодавчого органу країни для розгляду, а запропоновані нововведення до бюджету 2013 р. – апробовані в Міністерстві фінансів, в Міністерстві економіки, в Міністерстві сільського господарства з поступовим поширенням починаючи з 2014 р. в інших міністерствах федерального рівня і зараз в Німеччині на федеральному рівні знаходить, як вважається, впровадження модель презентаційного програмного бюджетування¹⁶.

При цьому бюджетна документація містить певний опис цілей, проте не включає інформації стосовно зв'язку бюджетних програм зі стратегічною метою чи з результативними показниками¹⁷.

У рамках бюджетного процесу федеральним Міністерством фінансів відповідно до Закону про сприяння економічній стабільності та зростанню – «Gesetz zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft»¹⁸ готується п'ятирічний Фінансовий план, що містить фінансові дані й плани стосовно, відповідно, поточного бюджетного року, наступного за поточним бюджетного року, наступних за останнім трьох бюджетних років, який разом з проектом бюджету подається до парламенту щорічно у серпні¹⁹.

Моніторинг, координацію і корегування бюджетної політики на федеральному й земельному рівнях, контроль за її відповідністю чинним фінансовим вимогам, зобов'язанням Німеччини як члена Європейського Союзу у фінансовій сфері зараз на регулярній основі покладено на Раду стабільності, до складу якої входять федеральний міністр фінансів, відповідальні за фінанси міністри земель, федеральний міністр економіки і технологій, що закріплено прийнятим у 2009 р. відповідним Законом про Раду стабільності – «Gesetz zur Errichtung eines Stabilitätsrates und zur Vermeidung von Haushaltsnotlagen». Названий орган було створено на заміну започаткованої у 1967 р. Ради фінансового планування²⁰.

Чинна зараз у Федеративній Республіці Німеччина Рада стабільності збирається щонайменше двічі на рік і робить висновки та виносить рекомендації на підставі аналізу звітів, наданих відповідними урядовими федеральними структурами та землями. Діяльність Ради стабільності набуває важливого значення й зважаючи на наявність понад 13000 місцевих адміністрацій (муніципалітетів), які в тих питаннях, що належать до компетенції земель, підлеглі земельним урядам, а виходячи з Основного закону про бюджет федерації та земель – «Gesetz über die Grundsätze des Haushaltsrechts des Bundes und der Länder» – наділені правом управління місцевим бюджетом²¹.

Враховуючи викладене, на думку автора, досвід правого регулювання застосування програмно-цільового методу в бюджетній сфері Федеративної Республіки Німеччина є цікавим та перспективним для подальшого врахування при розробці законодавчих ініціатив з питань регулювання бюджетного процесу в Україні як на загальнодержавному, так і на місцевому рівнях.

¹ Принципы стратегического консультирования по вопросам внедрения бюджетирования, ориентированного на результаты: какие уроки можно извлечь из опыта стран ОЭСР для целей сотрудничества в области развития? – Бонн, Эшборн: Немецкое общество международного сотрудничества, 2011 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://www.pempal.org/sites/pempal/files/attachments/12%2003%2020%20GIZ_resultoriented%20budget%20advisory%20approach-RUS.pdf

² Система державного управління Федеративної Республіки Німеччина: досвід для України / авт.-упоряд.: Ю.В. Ковбасюк, С.В. Загороднюк, П.І. Крайнік; за заг. ред. Ю.В. Ковбасюка. – К.: НАДУ, 2010. – 76 с.

³ Основной закон Федеративной Республики Германии, 23 мая 1949 г. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://jurist-online.org/laws/foreign/const_germany/_doc.pdf

⁴ Gesetz zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft. Ausfertigungsdatum: 08.06.1967 // Ein Service des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz sowie des Bundesamts für Justiz : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://www.gesetze-im-internet.de/stabg/StabG.pdf>

⁵ Budget Review: Germany // OECD Journal of Budgeting. – 2017. – № 2 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/EN/Standardartikel/Topics/Fiscal_policy/Articles/2014-12-05-budget-system-scores-well-in-oecd-review-pdf.pdf?__blob=publicationFile&v=3

⁶ Bundeshaushaltsordnung (BHO). Ausfertigungsdatum: 19.08.1969 // Ein Service des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz sowie des Bundesamts für Justiz : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://www.gesetze-im-internet.de/bho/BHO.pdf>

⁷ Gesetz über die Grundsätze des Haushaltsrechts des Bundes und der Länder (Haushaltsgrundsätzegesetz – HGrG). Ausfertigungsdatum: 19.08.1969 // Ein Service des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz sowie des Bundesamts für Justiz : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://www.gesetze-im-internet.de/hgrg/HGrG.pdf>

⁸ Там само.

⁹ Принципы стратегического консультирования по вопросам внедрения бюджетирования, ориентированного на результаты: какие уроки можно извлечь из опыта стран ОЭСР для целей сотрудничества в области развития? – Бонн, Эшборн: Немецкое общество международного сотрудничества, 2011 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://www.pempal.org/sites/pempal/files/attachments/12%2003%2020%20GIZ_resultsoriented%20budget%20advisory%20approach-RUS.pdf

¹⁰ Там само.

¹¹ Крауліх П. Программно-цільовий метод бюджетування у Федеральній землі Гессен, Німеччина / П. Крауліх, Г. Вайланд // Фінанси України. – 2014. – № 11. – С. 7–16.

¹² Там само.

¹³ Принципы стратегического консультирования по вопросам внедрения бюджетирования, ориентированного на результаты: какие уроки можно извлечь из опыта стран ОЭСР для целей сотрудничества в области развития? – Бонн, Эшборн: Немецкое общество международного сотрудничества, 2011 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://www.pempal.org/sites/pempal/files/attachments/12%2003%2020%20GIZ_resultsoriented%20budget%20advisory%20approach-RUS.pdf

¹⁴ Там само.

¹⁵ Budget Review: Germany // OECD Journal of Budgeting. – 2017. – № 2 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/EN/Standardartikel/Topics/Fiscal_policy/Articles/2014-12-05-budget-system-scores-well-in-oecd-review-pdf.pdf?__blob=publicationFile&v=3

¹⁶ OECD (2017), Government at a Glance 2017. – Paris: OECD Publishing, 2017 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://dx.doi.org/10.1787/gov_glance-2017-en; Budget Review: Germany // OECD Journal of Budgeting. – 2017. – № 2 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/EN/Standardartikel/Topics/Fiscal_policy/Articles/2014-12-05-budget-system-scores-well-in-oecd-review-pdf.pdf?__blob=publicationFile&v=3

¹⁷ Budget Review: Germany // OECD Journal of Budgeting. – 2017. – № 2 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/EN/Standardartikel/Topics/Fiscal_policy/Articles/2014-12-05-budget-system-scores-well-in-oecd-review-pdf.pdf?__blob=publicationFile&v=3

¹⁸ Gesetz zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft. Ausfertigungsdatum: 08.06.1967 // Ein Service des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz sowie des Bundesamts für Justiz : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://www.gesetze-im-internet.de/stabg/StabG.pdf>

¹⁹ Budget Review: Germany // OECD Journal of Budgeting. – 2017. – № 2 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/EN/Standardartikel/Topics/Fiscal_policy/Articles/2014-12-05-budget-system-scores-well-in-oecd-review-pdf.pdf?__blob=publicationFile&v=3

²⁰ Там само.

²¹ Gesetz über die Grundsätze des Haushaltsrechts des Bundes und der Länder (Haushaltsgrundsätzegesetz – HGrG). Ausfertigungsdatum: 19.08.1969 // Ein Service des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz sowie des Bundesamts für Justiz : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://www.gesetze-im-internet.de/hgrg/HGrG.pdf>; Budget Review: Germany // OECD Journal of Budgeting. – 2017. – № 2 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/EN/Standardartikel/Topics/Fiscal_policy/Articles/2014-12-05-budget-system-scores-well-in-oecd-review-pdf.pdf?__blob=publicationFile&v=3

Резюме

Романенко Є.О. Досвід правового регулювання застосування програмно-цільового методу в бюджетній сфері на прикладі Федеративної Республіки Німеччина.

У даній статті здійснено аналіз розвитку нормативно-правового регулювання застосування програмно-цільового методу в бюджетній сфері у Федеративній Республіці Німеччина. З'ясовано особливості запровадження на законодавчому рівні застосування програмно-цільового методу в бюджетній сфері на загальнодержавному та місцевому рівнях в цій країні.

Ключові слова: бюджет, програмно-цільовий метод, бюджетна сфера, федеральний рівень, бюджетування.

Резюме

Романенко Е.А. Опыт правового регулирования применения программно-целевого метода в бюджетной сфере на примере Федеративной Республики Германия.

В данной статье проведен анализ развития нормативно-правового регулирования применения программно-целевого метода в бюджетной сфере в Федеративной Республике Германия. Выявлены особенности введения на законодательном уровне применения программно-целевого метода в бюджетной сфере на общегосударственном и местном уровнях в этой стране.

Ключевые слова: бюджет, программно-целевой метод, бюджетная сфера, федеральный уровень, бюджетирование.

Summary

Romanenko I. Experience of legal regulation of the application of the program-target method in the public budgeting sector on the example of the Federal Republic of Germany.

This article analyzes the development of legal regulation of the application of the program-target method in the public budgeting sector in the Federal Republic of Germany. Clarified features of introducing at the legislative level of the application of the program-target method in the public budgeting sector at the national and local levels in this country.

Key words: budget, program-target method, budget sphere, federal level, budgeting.

УДК 341.82

Т.Р. ХАМЗІН

Тимур Рафаїлович Хамзін, аспірант Інституту права імені Володимира Сташиса Класичного приватного університету

ДЕЯКІ ПРАКТИЧНІ АСПЕКТИ ЗАСТОСУВАННЯ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ПОРУШЕННЯ МИТНИХ ПРАВИЛ ЗА СТАТТЕЮ 476 МИТНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ

На основі аналізу вітчизняного митного законодавства важливо дослідити практичні аспекти застосування відповідальності за порушення митних правил за ст. 476 Митного кодексу України (далі – МК), зокрема необхідність проведення експертизи під час зупинення органом доходів і зборів митного оформлення товарів, описати предмет порушень, суб'єкт відповідальності та особливості судового розгляду справи.

Аспекти адміністративної відповідальності за порушення прав інтелектуальної власності під час переміщення товарів, що містять об'єкти права інтелектуальної власності, досліджували С.П. Филь, В.П. Свирида, І.В. Стрижак, Г.О. Швець, П.В. Солошенко, С.А. Петренко та інші. Попри наявність зазначених досліджень, це питання підлягає дослідженню в аспекті практичного застосування ст. 476 Митного кодексу України.

Мета статті – проаналізувати умови застосування ст. 476 Митного кодексу України, зокрема проведення експертизи як необхідну умову порушення справи про порушення митних правил, а також аспекти судового розгляду справ про порушення митних правил за ст. 476 Митного кодексу України.

Розділ XIV діючого Митного кодексу України «Сприяння захисту прав інтелектуальної власності під час переміщення товарів через митний кордон України» містить положення про дієвий та актуальний механізм захисту прав інтелектуальної власності (далі – ПІВ), який передбачає:

1) ведення органами доходів і зборів митного реєстру об'єктів права інтелектуальної власності, які охороняються відповідно до закону, на підставі заяв правовласників;

2) призупинення митного оформлення товарів на строк до 10 робочих днів, а в разі необхідності – продовження цього строку на 10 робочих днів.

Невід'ємною та важливою складовою цього механізму є ст. 476 Митного кодексу України, яка передбачає адміністративну відповідальність за переміщення товарів через митний кордон України з порушенням прав інтелектуальної власності, а саме: ввезення на митну територію України або вивезення за межі цієї території товарів, призначених для виробничої або іншої підприємницької діяльності, з порушенням охоронюваних законом прав інтелектуальної власності. Зазначені дії тягнуть за собою накладення штрафу в розмірі однієї тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян (основне адміністративне стягнення) з конфіскацією товарів, що переміщуються з порушенням права інтелектуальної власності (додаткове адміністративне стягнення)¹.

У зазначеному розділі, який складається з глави 57 «Заходи органів доходів і зборів щодо сприяння захисту прав інтелектуальної власності під час переміщення товарів через митний кордон України», та відповідно ст. ст. 397–403, досить детально описані дії органів доходів і зборів, які застосовуються з метою захисту ПІВ.

Особливої уваги заслуговують наступні положення ст. 399 МК України.

У разі, якщо орган доходів і зборів на підставі даних митного реєстру об'єктів ПІВ, які охороняються відповідно до закону, виявляє ознаки порушення ПІВ щодо товарів, пред'явлених до митного контролю та митного оформлення, їх митне оформлення призупиняється, а товари підлягають розміщенню на складі цього органу (ч. 1 ст. 399 МК України).

Рішення про призупинення митного оформлення товарів на строк до 10 робочих днів і в разі необхідності продовження цього строку не більш як на 10 робочих днів приймає керівник органу доходів і зборів або особа, яка виконує його обов'язки.

Про факт пред'явлення цих товарів до митного оформлення повідомляється правовласник, декларант повідомляється про причини призупинення митного оформлення товарів.

У разі, якщо протягом зазначених строків до органу доходів і зборів, що призупинив митне оформлення товарів, не буде подано ухвалу суду про заборону вчинення певних дій у справі про порушення прав інте-

лектуальної власності або відповідне рішення іншого уповноваженого державного органу, то за відсутності ознак порушення митних правил товари, щодо яких було прийнято рішення про призупинення митного оформлення, підлягають митному оформленню в установленому порядку.

Правовласник та/або декларант можуть з дозволу органу доходів і зборів брати проби (зразки) товарів, щодо яких прийнято рішення про призупинення митного оформлення, і передавати їх на експертизу. Один примірник висновку, отриманого за результатами експертизи, подається органу доходів і зборів. Правовласник зобов'язаний забезпечити проведення такої експертизи (ч. ч. 12, 13 ст. 399 МК України).

Така конструкція правової норми, коли, по-перше, правовласник зобов'язаний забезпечити проведення експертизи, а, по-друге, правовласник та/або декларант можуть брати проби (зразки) товарів лише з дозволу органів доходів та зборів, є не досить вдалою. Реалізація обов'язку правовласника забезпечити проведення експертизи залежить від дозволу державного органу. При цьому не зазначено, що надання такого дозволу є обов'язком органу доходів і зборів.

Зрозуміло, що взяття проб (зразків) товарів – це такий процес, який повинен відбуватися під контролем та за участю представника органу доходів і зборів. Так, згідно з п. 6 ч. 1 ст. 356 МК України взяття проб (зразків) товарів здійснюється посадовими особами органу доходів і зборів у рамках процедур митного контролю та митного оформлення з метою одержання характеристик, визначальних для встановлення належності товарів до таких, що виготовлені з використанням об'єктів права інтелектуальної власності, що охороняються відповідно до закону. Взяття проб (зразків) товарів проводиться уповноваженими посадовими особами органу доходів і зборів на підставі вмотивованого письмового рішення керівника цього органу доходів і зборів або особи, яка виконує його обов'язки (ч. 2 ст. 356 МК України).

Проте від надання дозволу на взяття проб (зразків) органом доходів та зборів може в цілому залежати реалізація правовласником права на захист об'єкта ПІВ.

Також у разі, якщо протягом зазначених строків порушення прав інтелектуальної власності під час переміщення через митний кордон України товарів, щодо яких прийнято рішення про призупинення митного оформлення, буде підтверджене висновком експертизи, проведеної відповідним уповноваженим органом, то в установленому цим Кодексом порядку орган доходів і зборів порушує справу про порушення митних правил, а товари – безпосередні предмети правопорушення вилучаються (ч. 14 ст. 399 МК).

Отже, зазначені норми Митного кодексу України надають правовласнику два варіанти дій з метою захисту свого порушеного права з боку власника товару:

а) звернутися до відповідного суду (найчастіше господарського) з позовом про захист прав інтелектуальної власності та заявою про забезпечення позову шляхом заборони митному органу здійснювати митне оформлення відповідного товару. Мета цього заходу: 1) насамперед призупинення митного оформлення товарів до розгляду справи судом; 2) у перспективі – отримання судового рішення, яке б дозволило в примусовому порядку захистити права правовласника на об'єкт інтелектуальної власності;

б) відібрати проби (зразки) товару, митне оформлення якого призупинене, направити зразки для проведення експертизи та надати отриманий висновок митному органу. Мета цих заходів: отримання доказів для розгляду справи у суді, покладення адміністративної відповідальності за ст. 476 МК України, конфіскація товарів, що є предметом порушення митних правил.

При цьому зазначені варіанти не виключають один одного.

За загальними правилами, встановленими частинами другою та третьою ст. 357 МК України, дослідження (аналізи, експертизи) проводяться експертами спеціалізованого органу з питань експертизи та досліджень центрального органу виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізує державну податкову і митну політику, чи його відокремленого підрозділу або інших експертних установ (організацій), призначених органом доходів і зборів. Зазначені дослідження (аналізи, експертизи) проводяться з метою забезпечення здійснення митного контролю та митного оформлення і не є судовими експертизами. Призначення дослідження (аналізу, експертизи) в інших установах (організаціях) допускається лише у разі неможливості проведення дослідження (аналізу, експертизи) спеціалізованим органом з питань експертизи та досліджень центрального органу виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізує державну податкову і митну політику, чи його відокремленим підрозділом або за заявою декларанта чи уповноваженої ним особи для підтвердження чи спростування результатів проведеного дослідження (аналізу, експертизи).

Департамент податкових та митних експертиз ДФС є спеціалізованим органом з питань експертизи та досліджень у системі територіальних органів Державної фіскальної служби. Проте експертиз, пов'язаних з інтелектуальною власністю, цей орган ДФС не проводить.

Тобто дослідження зразків товару на предмет порушення ПІВ є винятком із загального правила. І Митний кодекс не містить конкретного припису, в якому саме закладі або установі необхідно правовласнику замовити проведення експертизи.

Також важливим фактором є те, що таку експертизу необхідно провести в досить скорочені строки.

Як свідчить судова практика, експертні дослідження із зазначеного питання здійснювалися експертними установами, судовими експертами.

Вважаємо, що такі експертизи мають проводити саме судові експерти.

Згідно зі ст. 1 Закону України «Про судову експертизу» судова експертиза – це дослідження на основі спеціальних знань у галузі науки, техніки, мистецтва, ремесла тощо об'єктів, явищ і процесів з метою надання висновку з питань, що є або будуть предметом судового розгляду.

Підставою проведення судової експертизи за ст. 7-1 цього Закону є відповідне судове рішення чи рішення органу досудового розслідування, або договір з експертом чи експертною установою – якщо експертиза проводиться на замовлення інших осіб².

Наведені положення Закону України «Про судову експертизу» є результатом змін, внесених Законом України «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів» № 2147-VIII від 03 жовтня 2017 року³.

Згідно з положеннями Цивільного процесуального кодексу України (ст. 102)⁴ та Господарського процесуального кодексу України (ст. 98)⁵ висновок експерта може бути підготовлений на замовлення учасника справи.

Ці норми дають можливість правовласнику замовляти висновки судових експертів, що їх можливо було б використовувати як підставу для порушення справи про порушення митних правил, так і як доказ під час розгляду справи в суді.

Про кожний випадок виявлення порушення митних правил уповноважена посадова особа органу доходів і зборів, яка виявила таке порушення, невідкладно складає протокол за формою, установленюю центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізує державну податкову і митну політику (ст. 494 МК України). Тобто, в разі наявності позитивного висновку експертизи, відповідно до якого посадова особа органу доходів і зборів дійде висновку про наявність порушення прав інтелектуальної власності, ця посадова особа складає протокол про порушення митних правил за ст. 476 МК України.

Доказами у справі про порушення митних правил є будь-які фактичні дані, на основі яких у визначеному законом порядку встановлюються наявність або відсутність порушення митних правил, винність особи у його вчиненні та інші обставини, що мають значення для правильного вирішення справи. Такі дані встановлюються:

1) протоколом про порушення митних правил, протоколами процесуальних дій, додатками до зазначених протоколів;

2) поясненнями свідків;

3) поясненнями особи, яка притягується до відповідальності;

4) висновком експерта;

5) іншими документами (належним чином завіреними їх копіями або витягами з них) та інформацією, у тому числі тими, що перебувають в електронному вигляді, а також товарами – безпосередніми предметами порушення митних правил, товарами із спеціально виготовленими сховищами (тайниками), що використовувалися для приховування безпосередніх предметів порушення митних правил від митного контролю, транспортними засобами, що використовувалися для переміщення безпосередніх предметів порушення митних правил через митний кордон України (ст. 495 МК України).

Як свідчить судова практика, доказами у справах про порушення митних правил за ст. 476 МК України зазвичай є протокол про порушення митних правил, СМР, інвойс, контракт, специфікація, акт про відібрання зразків, експертний висновок.

Згідно з ч. 2 ст. 522 МК України справи про порушення митних правил за ст. 476 Кодексу розглядаються місцевими судами (суддями).

За ст. 487 МК України провадження у справах про порушення митних правил здійснюється відповідно до цього Кодексу, а в частині, що не регулюється ним, – відповідно до законодавства України про адміністративні правопорушення.

Тобто, розгляд справи про порушення митних правил за ст. 476 МК України здійснюється судом в частині, не врегульованій Митним кодексом України, за правилами Кодексу України про адміністративні правопорушення.

Митним кодексом України встановлені певні особливості для розгляду справ про порушення митних правил судом.

Так, справа про порушення митних правил розглядається суддею: а) одноособово; б) за місцезнаходженням органу доходів і зборів, посадові особи якого здійснювали провадження у цій справі; в) у п'ятнадцятиденний строк з дня отримання судом (суддею) матеріалів, необхідних для вирішення справи.

У справі про порушення митних правил суддя, який розглядає справу, виносить одну з таких постанов:

1) про проведення додаткової перевірки;

2) про накладення адміністративного стягнення;

3) про закриття провадження у справі.

Відповідно до ч. 2 ст. 467 МК України адміністративне стягнення за порушення митних правил може бути накладено не пізніше, ніж через шість місяців з дня вчинення правопорушення.

Зазвичай необхідною умовою настання адміністративної відповідальності та стягнення накладення адміністративного стягнення за ст. 476 МК України є наявність складу адміністративного правопорушення: об'єкт, об'єктивна сторона, суб'єкт, суб'єктивна сторона.

Найчастіше суб'єктом цього адміністративного правопорушення є посадові особи юридичних осіб, які здійснюють переміщення товарів через митний кордон України з порушенням права інтелектуальної власності. Якщо переміщення здійснюється фізичною особою-підприємцем, то саме ця особа і є суб'єктом правопорушення та саме щодо неї складається протокол про порушення митних правил.

Предметом цього порушення є товари, що відповідають усім наступним критеріям: а) переміщуються через митний кордон України; б) містять об'єкти права інтелектуальної власності, а саме – об'єкти авторського права і суміжних прав, винаходи, корисні моделі, промислові зразки, торговельні марки, географічні зазначення (зазначення походження товарів) та сорти рослин; в) призначені для виробничої або іншої підприємницької діяльності.

Товари, конфісковані за рішенням суду відповідно до ст. 476 цього Кодексу, підлягають безоплатній передачі для потреб лікувальних, навчальних закладів, закладів та установ соціально-культурної сфери, інших закладів та установ, що фінансуються за рахунок державного чи місцевих бюджетів, або переробці, утилізації чи знищенню (ч. 8 ст. 283 МК України).

Отже, підсумовуючи вищевикладене, можна зазначити, що адміністративна відповідальність, передбачена ст. 476 МК України, є важливим, актуальним та дієвим інструментом захисту ПІВ. Необхідною умовою застосування цієї відповідальності є проведення експертизи на стадії зупинення митного оформлення товарів митним органом. У разі порушення митним органом провадження за ст. 476 МК України остаточне рішення у справі приймається судом.

¹ Митний кодекс України № 4495-VI від 13.03.2012 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/4495-17>

² Про судову експертизу : Закон України № 4038-XII від 23.02.1994 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/4038-12>

³ Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів: Закон України № 2147-VIII від 03.10.2017 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2147a-19>

⁴ Цивільний процесуальний кодекс України № 1618-IV від 18.03.2004 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1618-15>

⁵ Господарський процесуальний кодекс України № 1798-XII від 06.11.1991 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1798-12>

Резюме

Хамзін Т.Р. Деякі практичні аспекти застосування адміністративно-правової відповідальності за порушення митних правил за статтею 476 Митного кодексу України.

Проаналізовано деякі положення законодавства України стосовно практичного застосування адміністративної відповідальності за порушення митних правил за ст. 476 Митного кодексу України. Виявлено певні недоліки конструкції ст. 399 Митного кодексу України. Зроблено висновки щодо проведення експертизи з питань інтелектуальної власності, яка є підставою для оформлення протоколу про порушення митних правил за ст. 476 Митного кодексу України. Висвітлено деякі практичні аспекти судового розгляду справ про порушення митних правил за цією статтею.

Ключові слова: права інтелектуальної власності, Митний кодекс, об'єкти інтелектуальної власності, митний орган, переміщення товарів через митний кордон України.

Резюме

Хамзін Т.Р. Некоторые практические аспекты применения административно-правовой ответственности за нарушение таможенных правил за статьей 476 Таможенного кодекса Украины.

Проанализированы некоторые положения законодательства Украины относительно практического применения административной ответственности за нарушение таможенных правил за ст. 476 Таможенного кодекса Украины. Выявлены определенные недостатки конструкции ст. 399 Таможенного кодекса Украины. Сделаны выводы относительно проведения экспертизы по вопросам интеллектуальной собственности, которая является основанием для оформления протокола о нарушении таможенных правил за ст. 476 Таможенного кодекса Украины. Освещены некоторые практические аспекты судебного разбирательства дел о нарушении таможенных правил за этой статьей.

Ключевые слова: права интеллектуальной собственности, Таможенный кодекс, объекты интеллектуальной собственности, таможенный орган, перемещение товаров через таможенную границу Украины.

Summary

Khamzin T. Some practical aspects of application administrative-legal responsibility for the mistress of customs rules according to article 476 of the Customs code of Ukraine.

It was considered some practical aspects of Ukraine legislation according practical application of the administrative responsibility for the violation of customs rules according to the article 476 of the Customs Code of Ukraine. It was revealed some defects of the construction of the article 399 of the Customs Code of Ukraine. It was made conclusions about the expertise on the intellectual property questions, which is the base for the drafting of the protocol of the violation of the customs rules according the article 476 of the Customs Code of Ukraine. It was covered some practical aspects of the court hearing the cases by the violation of the customs rules according above mentioned article.

Key words: intellectual property rights, Customs Code, items of intellectual property, customs authority, movement of goods across the customs border of Ukraine.

К.В. ЯРОВИЙ*Кирило Васильович Яровий, ад'юнкт Національної академії внутрішніх справ, старший лейтенант поліції*

АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ПРИНЦИПІВ ВЗАЄМОДІЇ НАЦІОНАЛЬНОЇ ПОЛІЦІЇ УКРАЇНИ З ІНШИМИ СУБ'ЄКТАМИ ПУБЛІЧНОЇ АДМІНІСТРАЦІЇ НА ТЕРИТОРІЇ ПРОВЕДЕННЯ ОПЕРАЦІЇ ОБ'ЄДНАНИХ СИЛ

Взаємодія Національної поліції України (далі – НПУ) із різними суб'єктами публічної адміністрації на території проведення операції Об'єднаних сил (далі – ООС) є важливою складовою спільних заходів щодо забезпечення національної безпеки, зокрема державної, економічної, інформаційної, гуманітарної та екологічної, відсічі і стримування збройної агресії Російської Федерації (далі – РФ) у Донецькій та Луганській областях, відновлення територіальної цілісності України.

Аналіз основних досліджень і публікацій показав, що питання про принципи взаємодії правоохоронних органів порушували у своїх роботах Т.В. Авер'янов, Ю.В. Аллеров, Ю.П. Бабков, Р.С. Белкін, О.О. Вовк, А.М. Колодій, А.С. Крищенко, М.М. Литвин, В.М. Олійник, С.П. Погребняк, А.М. Подоляка, Г.Т. Цимбал, П.В. Шумський, М.К. Якимчук та інші. Однак необхідність вдосконалення системи взаємодії між НПУ та іншими суб'єктами публічної адміністрації під час проведення ООС потребує подальшого вивчення означеної проблеми.

Мета статті полягає у тому, щоб на основі аналізу наукових праць, чинного законодавства України та відповідних підзаконних нормативно-правових актів запропонувати таку систему принципів взаємодії НПУ з іншими суб'єктами публічної адміністрації, яка б дала змогу ефективно забезпечувати права і свободи громадян та національну безпеку України на території проведення ООС.

Відповідно до Закону України «Про особливості державної політики із забезпечення державного суверенітету України на тимчасово окупованих територіях у Донецькій та Луганській областях»¹ на сучасному етапі суб'єктами взаємодії з НПУ на території проведення ООС виступають: Міністерство оборони України, Збройні Сили України, Державна спеціальна служба транспорту, Міністерство внутрішніх справ України, Національна гвардія України, Державна прикордонна служба України, Державна міграційна служба України, Державна служба України з надзвичайних ситуацій, Служба безпеки України, Управління державної охорони України, Державна служба спеціального зв'язку та захисту інформації України, Апарат Ради національної безпеки і оборони України, розвідувальні органи України, а також центральний орган виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізує державну військово-промислову політику.

Однак у зазначеному Законі не визначені принципи взаємодії вказаних суб'єктів. Розглянемо принципи взаємодії НПУ з іншими суб'єктами публічної адміністрації.

У юридичній літературі поняття «принципи» трактується як загальні положення, що повинні задовольняти наукові припущення, гіпотези або теорії, наприклад, принцип причинності, принцип еквівалентності, принцип відповідності, принцип невизначеності тощо. Принципи відрізняються від законів природи тим, що їхнє формулювання загальніше, менш конкретне. Від аксіом принципи відрізняються тим, що обираються не довільно, а формулюються в процесі пошуку істини, а тому можуть виникати, змінюватися і застарівати².

Як відомо, термін «принцип» походить від латинського «principium», що означає основні, найзагальніші, вихідні положення, засоби, правила, які визначають природу і соціальну сутність явища, його спрямованість і найсуттєвіші властивості³.

Термін «принцип» може мати такі значення:

- 1) основне, вихідне положення якоїсь теорії, вчення, науки, світогляду, теоретичної програми⁴;
- 2) переконання, погляд на речі;
- 3) основна особливість в улаштуванні чого-небудь.

Слід підкреслити, що принципи мають власну структуру. Як зазначається в літературі, вони складаються з ядра та рухливої частини⁵. Ядро – це незмінна частина принципу, що характеризує явище в його первісному вигляді, відображаючи його найсуттєвіші риси. Разом із тим, хоча принципи і піддаються тлумаченню, яке змінює та розвиває їх зміст, є, проте, ядро, котре необхідно оберігати, якщо ми бажаємо надати принципам певне значення⁶. Зміна ядра принципу тягне зміну всього явища чи процесу; таку зміну взагалі можна порівняти з революцією в його сприйнятті. У зв'язку з цим ядро виконує зберігаючу роль, відкидаючи від принципу зайве та має властивість об'єктивності. Ця частина виникає разом із явищем, і її не створюють, а відкривають. Але, як зазначається у правовій літературі, юридична практика не може чекати, доки законодавець виявить і сформулює необхідні керівні положення. Саме життя примушує її відкривати істотні закономірності в суспільних відносинах і відображати отримані результати спочатку у вигляді індивідуальних вимог, а у подальшому вони набувають загального характеру⁷.

Рухлива частина дає змогу принципів орієнтуватися в динамічному соціальному просторі та орієнтувати суб'єкта в його діяльності, утім, зберігаючи суть явища. Завдяки існуванню рухливої частини принципи здатні впливати на поведінку сучасного суб'єкта найбільш ефективним способом, застосовуючи для цього актуальні переконливі аргументи. Через це рухлива частина має властивість гнучкості, тобто вона здатна змінюватися відповідно до вимог здійснення суб'єктивних прав і з урахуванням змін в об'єктивному праві надає необхідну «рухливість», динамізм застосуванню об'єктивного права, гарантує адекватний захист правовідносин, ефективність правового регулювання, цілісність правової системи⁸. При характеристиці принципу зазвичай звертається увага на те, що він, по-перше, являє собою ідею, положення, вимогу, цінність, стандарт і, по-друге, він є не простим положенням, ідеєю, вимогою, цінністю, стандартом, а основним, основоположним, засадничим, фундаментальним, вихідним, загальним, керівним, відправним, провідним. У цілому більшість цих слів є синонімами, однак при більш ретельному погляді на термінологію можна побачити деяку відмінність між категоріями «принцип», «ідея», «положення», «вимога», «цінність», «стандарт».

Так, ідея (від грец. *idea* – вигляд, образ, об'єкт мислення) – це форма осягнення світу в думці; у науковій сфері ідеї узагальнюють досвід попереднього розвитку знання в тій чи іншій галузі, вони служать основою, що синтезує знання в цілісну систему, виконують роль евристичних принципів пояснення світу⁹. Це поняття широко використовується в різноманітних філософських системах для позначення найбільш розвинутих форм духу (пізніше – знання). Ідея – форма наукового пізнання, що відображає зв'язки, закономірності дійсності та спрямована на її перетворення, а також поєднує істинне знання про дійсність і суб'єктивну мету її перетворення. Вона не просто відображає дійсність такою, як вона є, а й її розвиток, можливі тенденції тощо.

Як зазначає С.П. Погребняк, в основі кожного принципу знаходиться певна ідея. Відомо, що будь-яка загальна ідея проходить кризу історію у своїх специфічних формах, обумовлених особливостями буття людей і рівнем їх цивілізації. Термін «ідея» відображає генетичний аспект принципу, допомагає продемонструвати, що принципи є інтелектуально-духовними засадами та надають принципам такої риси, як універсальність, самоочевидність, самодостатність¹⁰.

Принципи визначаються також через категорію вимог. Взагалі вимога – це побажання, прохання, висловлене так, що не допускає заперечень¹¹; правило, умова, обов'язкова для виконання. Слід також зауважити, що саме вимога відображає властивість імперативності, категоричності, обов'язковості принципів. Інакше кажучи, саме вимога позбавляє принцип ефемерності, витягає його з людської свідомості та об'єктивує в реальному житті.

Безспірним є також зв'язок принципів з цінностями, хоча він і не є беззаперечним. Взаємовідносини цих категорій можна відобразити таким чином: будь-який принцип є цінністю, проте не всяка цінність є принципом.

Цінності – це специфічні соціальні визначення об'єктів навколишнього світу, що виявляють їх позитивне або негативне значення для людини і суспільства. Зовні цінності виступають як властивість предмета або явища. Проте цінності притаманні їм не від природи, не просто через внутрішню структуру об'єкта самого по собі, а тому, що об'єкт втягнутий у сферу суспільного буття людини і стає носієм певних соціальних відносин. Іншими словами, цінність – суб'єктивна¹², принцип же, в свою чергу, є об'єктивним. Це обумовлює незліченну кількість цінностей і обмежену – принципів. Саме з цієї причини не можна стверджувати, що кожній цінності відповідає свій принцип – положення, яке приписує реалізувати певну цінність.

Слід зазначити, що існує також зв'язок між категоріями «принцип» і «стандарт». У словниках стандарт зазвичай визначається як взірець, еталон, модель, що береться як вихідний для зіставлення з ними інших подібних об'єктів¹³. Принцип може стати стандартом у тому разі, коли він визначається через чітку систему вимог, які закріплюються у праві. Можна навіть сказати, що стандарти – це принципи, які досягли стану найвищої регламентованості, закріпленості та обов'язковості. Тобто, щоб стати стандартом, принцип має пройти відповідне визнання і потім – нормативне закріплення. Інакше кажучи, принцип може існувати в людській свідомості, стандарт же повинен мати джерело свого закріплення. Цим обумовлюється те, що стандарт є не філософською, а загалом юридичною чи технічною категорією.

Таким чином, принципи співвідносні з багатьма категоріями – «ідея», «вимога», «положення», «цінність», «стандарт», що відображають їх як насичене, різноаспектне явище¹⁴.

А.М. Кучук вважає, що під принципами у правоохоронній діяльності необхідно розуміти об'єктивно властиві цьому виду суспільної діяльності відправні засади, незаперечні вимоги, які ставляться перед суб'єктами здійснення правової охорони, що виражають найважливіші закономірності цього типу відносин і відрізняються універсальністю, вищою імперативністю, загальною значущістю та стабільністю¹⁵.

Можна погодитись з думкою А.М. Кучука, тому що принципи, на яких ґрунтується правоохоронна діяльність, становлять цілісну систему, до якої потрібно віднести, по-перше, загальносоціальні принципи, що визначаються рівнем розвитку суспільства – принципи гуманізму, демократизму, соціальної справедливості, рівності всіх перед законом; по-друге, спеціальні принципи – своєрідна система координат, у межах якої розвивається правоохоронна діяльність: принципи верховенства права; законності; законслухняності громадян; гласності; взаємодії з органами державної влади України, органами місцевого самоврядування, громадськими формуваннями, населенням; професіоналізму та компетентності; незалежності суб'єктів правоохорони; гуманізму і поваги до особистості; універсальності; нормативності; формальної визначеності; обов'язковості; комплексності (системності); рівнозначності; об'єктивності; стабільності; науковості; правової упорядкованості, плановості тощо.

Д.Г. Заброта, аналізуючи взаємодію правоохоронних органів у сфері протидії корупції, зазначає, що під принципами взаємодії суб'єктів боротьби з корупцією необхідно розуміти систему установок, керівних начал,

відправних положень, які відбивають об'єктивні закономірності розвитку правоохоронних відносин у сфері боротьби з корупцією на сучасному етапі існування суспільства і визначають сутність взаємовідносин між суб'єктами, які взаємодіють з метою розв'язання покладених на них загальних та індивідуальних завдань¹⁶.

До основних принципів взаємодії суб'єктів боротьби з корупцією вчений відносить принципи законності, науковості, економічної доцільності, безперервності, плановості, гласності, системності, комплексності, спільності інтересів, «головної ланки», маневреності, паритетності (рівності), спеціалізованості (оптимального використання можливостей суб'єктів, що взаємодіють), пропорційної відповідальності за наслідки взаємодії, посилення управляючих параметрів системи, комплексного використання сил та засобів взаємодіючих сторін тощо.

В основі удосконалення взаємодії суб'єктів системи МВС України, на думку В.В. Ковальської, повинні бути покладені принципи надійності системи управління; раціональної мінімізації обсягу функцій – максимальної економічності; простоти й гнучкості оргструктур; пріоритетної орієнтації оперативно-службової діяльності кожної служби і підрозділу незалежно від їх функціональної спеціалізації; взаємодії з іншими суб'єктами правоохоронної діяльності; плановості; поступовості та гласності здійснення усіх функцій; наукової обґрунтованості прийнятих рішень¹⁷.

Треба зазначити, що принципи взаємодії не лише дискутуються в науковій літературі, а й знайшли своє закріплення у нормативно-правових актах. Насамперед згідно з п. 6 ст. 119 Конституції України та ст. 3 Закону України «Про місцеві державні адміністрації» забезпечення взаємодії місцевих державних адміністрацій з органами місцевого самоврядування є одним з її основних завдань. Відповідно до ст. 4. Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні» принцип поєднання державних і місцевих інтересів повинен реалізовуватися саме внаслідок взаємодії цих суб'єктів. Принцип взаємодії закріплено і в нормативних актах, що регламентують статус суб'єктів правоохоронної системи, зокрема, в Законах України «Про Державну прикордонну службу України», «Про розвідувальні органи України», «Про контррозвідувальну діяльність», «Про Національну поліцію України», «Про Службу безпеки України» тощо, а також в Указах Президента України «Про заходи щодо зміцнення правопорядку і посилення взаємодії місцевих органів виконавчої влади та правоохоронних органів», «Про додаткові заходи щодо запобігання зникненню людей, удосконалення взаємодії правоохоронних та інших органів виконавчої влади в їх розшуку» тощо.

Метою вказаних нормативно-правових актів є підвищення ефективності взаємодії усіх суб'єктів публічної адміністрації на території проведення ООС у межах визначеної законодавством компетенції задля захисту державного суверенітету, конституційного ладу, територіальної цілісності, економічного, науково-технічного і оборонного потенціалу України, законних інтересів держави, конституційних прав і свобод громадян, їх особистої безпеки, протидії найбільш небезпечним посяганням на особу та її власність від розвідувально-підривної діяльності іноземних спеціальних служб, посягань з боку окремих організацій, груп та осіб, забезпечення охорони державної таємниці тощо.

На нашу думку, взаємодія НПУ з іншими суб'єктами публічної адміністрації на території проведення ООС має ґрунтуватися на таких принципах: верховенства права; законності та неухильного додержання прав і свобод людини і громадянина; комплексного використання з цією метою правових, політичних, соціально-економічних, інформаційно-пропагандистських та інших можливостей; пріоритетності попереджувальних заходів; невідворотності покарання за участь у терористичній діяльності; пріоритетності захисту життя і прав осіб, які наражаються на небезпеку внаслідок терористичної діяльності; поєднання гласних і негласних методів боротьби з тероризмом; нерозголошення відомостей про технічні прийоми і тактику проведення антитерористичних операцій, а також про склад їх учасників; єдиноначальності в керівництві силами і засобами, що залучаються для проведення антитерористичних операцій; співробітництва у сфері боротьби з тероризмом з іноземними державами, їх правоохоронними органами і спеціальними службами, а також з міжнародними організаціями, які здійснюють боротьбу з тероризмом.

Проведений нами аналіз наукових джерел та чинних нормативно-правових актів щодо принципів взаємодії дає нам змогу зробити такі висновки:

- а) принципи взаємодії є похідними від загальних принципів правоохоронної діяльності;
- б) такі принципи є нормативно визначеними та відповідають загальним принципам нормативно-правового забезпечення;
- в) їх різноманітність та значущість для практичної діяльності потребує застосування комплексного підходу для їх дослідження й використання;
- г) сукупність зазначених принципів являє собою певну систему, де кожен принцип посідає власне місце, що відповідає його функціональному призначенню і значенню для характеристики процесів взаємодії у сфері боротьби з тероризмом.

Таким чином, принципи взаємодії НПУ з іншими суб'єктами публічної адміністрації на території проведення ООС можна визначити як сукупність науково обґрунтованих та нормативно закріплених основних засад діяльності уповноважених суб'єктів, які залучаються до здійснення заходів із забезпечення національної безпеки і оборони, відсічі та стримування збройної агресії РФ на території проведення ООС, які відображають важливі, головні сторони і прояви їх взаємодії, взаємозв'язки й відносини між ними.

Проведені нами наукові розвідки свідчать не лише про необхідність подальшого дослідження принципів взаємодії НПУ з іншими суб'єктами публічної адміністрації, а й про потребу врахування результатів цих досліджень у безпосередній діяльності відповідних суб'єктів.

Крім цього, впровадження розробок науковців щодо принципів взаємодії може бути здійснено шляхом їх визначення як базових під час розроблення загальнодержавних програм у сфері забезпечення національної безпеки і оборони, законодавчих та підзаконних нормативно-правових актів, планування спільних заходів щодо забезпечення правопорядку, здійснення контролю та нагляду за правоохоронною діяльністю в означеній сфері тощо.

¹ Про особливості державної політики із забезпечення державного суверенітету України на тимчасово окупованих територіях у Донецькій та Луганській областях. Верховна Рада України; Закон від 18.01.2018 р. № 2268-VIII : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2268-19>

² Вовк О.О. Теоретико-правовий погляд на принципи забезпечення національної безпеки / О.О. Вовк // Наше право. – 2013. – № 9. – С. 13.

³ Колодій А.М. Принципи права: генеза, поняття, класифікація, місце і роль у правовій системі України / А.М. Колодій // Правова система України: історія, стан та перспективи: у 5 т. / за заг. ред. М.В. Цвіка, О.В. Петришина. – Х.: Право, 2008. – Т. 1: Методологічні та історико-теоретичні проблеми формування і розвитку правової системи України. – 2008. – С. 693.

⁴ Советский энциклопедический словарь / под ред. А.М. Прохорова. – [4-е изд.]. – М.: Сов. энциклопедия, 1989. – С. 1071.

⁵ Прийма С.В. Принципи тлумачення норм права: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Прийма Сергій Васильович. – Х., 2010. – С. 81–82.

⁶ Погребняк С.П. Основоположні принципи права (змістовна характеристика): монографія / С.П. Погребняк. – Х.: Право, 2008. – С. 31.

⁷ Колодій А.М. Вказана праця. – С. 692.

⁸ Скурко Е.В. Принципы права: монография / Е.В. Скурко. – М.: Ось-89, 2008. – С. 12.

⁹ Огурцов А.П. Идея / А.П. Огурцов // Новая философская энциклопедия: в 4 т. / под ред. В.С. Степина. – М.: Мысль, 2000 – 2001. – Т. 2. – 2001. – С. 83.

¹⁰ Погребняк С.П. Основоположні принципи права (змістовна характеристика): монографія / С. П. Погребняк. – Х.: Право, 2008. – С. 25–26.

¹¹ Словник синонімів української мови: у 2 т. / Бурячок А.А., Гнатюк Г.М., Головащук С.І. та ін. – К.: Наукова думка, 1999–2000. – Т. 1. – 1999. – С. 183.

¹² Мизес Л. фон. Теория и история: интерпретация социально-экономической эволюции / Л. фон Мизес; [пер. с англ.; под ред. А.Г. Грязновой]. – М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2001. – С. 295 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.libertarium.ru/lib_evolut_01

¹³ Новый энциклопедический словарь / под ред. А.Е. Махова, Л.И. Петровской, В.М. Смолкина, В.Д. Шолле. – М.: Большая Российская энциклопедия: РИПОЛ классик, 2004. – С. 1156.

¹⁴ Прийма С.В. Принципи тлумачення норм права: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Прийма Сергій Васильович. – Х., 2010. – С. 25.

¹⁵ Кучук А.М. Теоретико-правові засади правоохоронної діяльності в Україні: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень» / А.М. Кучук. – К., 2007. – С. 20.

¹⁶ Заброта Д.Г. Взаємодія суб'єктів боротьби з корупцією (адміністративно-правовий аспект) : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07 / Д.Г. Заброта. – К., 2005. – С. 233.

¹⁷ Ковальська В.В. Нормативно-правове регулювання та механізм взаємодії правоохоронних органів держави / В.В. Ковальська // Вісник Харківського національного університету імені В.Н. Каразіна. – 2009. – № 841. – С. 174. – (Серія «Право»).

Резюме

Яровий К.В. Адміністративно-правове регулювання принципів взаємодії Національної поліції України з суб'єктами публічної адміністрації на території проведення операції Об'єднаних сил.

У даній статті розглядаються питання принципів взаємодії Національної поліції України з іншими суб'єктами публічної адміністрації на території проведення операції Об'єднаних сил та напрями їх удосконалення.

Ключові слова: взаємодія, принципи, Національна поліція України, суб'єкти публічної адміністрації, операція Об'єднаних сил.

Резюме

Яровой К.В. Административно-правовое регулирование принципов взаимодействия Национальной полиции Украины с субъектами публичной администрации на территории проведения операции Объединенных сил.

В данной статье рассматриваются вопросы принципов взаимодействия Национальной полиции Украины с другими субъектами публичной администрации на территории проведения операции Объединенных сил и пути их усовершенствования.

Ключевые слова: взаимодействие, принципы, Национальная полиция Украины, субъекты публичной администрации, операция Объединенных сил.

Summary

Yarovoy K. Administrative and legal regulation of the principles of interaction of the National Police of Ukraine with the subjects of public administration in the territory of the operation of the United Forces.

This article discusses the principles of the interaction of the National Police of Ukraine with other subjects of public administration in the territory of the operation of the United Forces and ways to improve them.

Key words: interaction, principles, National Police of Ukraine, subjects of public administration, operation of the joint forces.

УДК 346.1

О.М. ГОНЧАРЕНКО

Олена Миколаївна Гончаренко, кандидат юридичних наук, доцент, доцент Київського національного торговельно-економічного університету

ПИТАННЯ МЕТИ, ФУНКЦІЙ ТА ЗАВДАНЬ САМОРЕГУЛІВНИХ ОРГАНІЗАЦІЙ

Важливим моментом при дослідженні питання правової природи саморегулівних організацій (далі – СРО) є з'ясування мети, функцій їх створення. В умовах сьогодення ці організації виконують роль не тільки регулятора ринку та представника певної підприємницької або професійної спільноти, а й низку публічних функцій, несуть майнову та моральну відповідальність за діяльність своїх членів. Зміна парадигми ролі бізнесу у суспільстві відбилася і на правовому становищі СРО, тому при визначенні їх мети, завдань та повноважень присутнім є як публічний, так і приватний аспект.

Метою статті є дослідження мети, функцій, завдань СРО на сучасному етапі.

Проблематику мети діяльності, функцій СРО в Україні досліджували такі учені: В. Полухович, В. Суслова, Г. Чижиков, Н. Філатова та ін. Однак ці погляди потребують удосконалення та осучаснення з огляду на зміни, які сталися у господарсько-правових відносинах.

Н. Філатова зазначає, що «... мета утворення СРО полягає не просто у здійсненні «регулювання для регулювання», а в розробці додаткових правил, норм і підвищених стандартів діяльності для їх членів і здійсненні контролю за їх дотриманням з метою задоволення інтересів широкого кола споживачів, з одного боку, а також забезпечення ділових інтересів членів СРО – з іншого»¹. Водночас Є. Поліщук додає: «Разом із тим, саморегулівні організації – це не лише розробка загальних правил гри або захист інтересів. Це й досі нерідко відокремлений ринок, доступ на який обмежений вимогами щодо професіоналізму й етики, обсягу торгівлі й капіталу тощо. Тобто створення саморегулівної організації – це, зазвичай, торгова угода»².

А. Огус вказує: «Підприємці можуть об'єднуватися в організації з метою підвищення привабливості для споживачів своїх товарів і послуг (наприклад, за рахунок підвищення своєї репутації), а значить і прибутку. Ще однією метою створення та вступу підприємств в СРО є зниження витрат за рахунок подолання «провалів ринку»»³.

У свою чергу М. Олсон визначає негативні аспекти цільової діяльності бізнес-асоціацій. Так, учений зазначає, що «сильні бізнес-асоціації» фактично завдають шкоди національній економіці, оскільки протистоять ринковій конкуренції; гальмують впровадження і широке розповсюдження нових технологій, оскільки відстоюють інтереси своїх найменш енергійних членів, а також тому, що нові технології здатні підірвати угоди картельного характеру, досягнуті окремими галузевими асоціаціями; протистоять ефективності та економічності, які є чинниками міжнародної торгівлі⁴.

Метою діяльності саморегулівних організацій ринку фінансових послуг є забезпечення ефективної діяльності професійних учасників цього ринку, які є їх членами, розробка й затвердження правил, стандартів професійної поведінки та здійснення відповідного виду професійної діяльності⁵. Л. Пономарьова зазначає: «Однак вважати, що єдиним приводом до об'єднання є можливість спільного розв'язання проблем і захисту, помилково. Бізнес-асоціації (як форма громадських організацій) є невід'ємною складовою громадянського суспільства»⁶. Мета СРО є значно ширшою за захист та представництво її членів.

Тому проводячи аналіз мети створення СРО, можна дійти висновку про її публічні та приватні аспекти. Єдиною метою є упорядкування певної сфери, галузі, виду діяльності власними силами, однак за можливого погодження з державою. Тому публічним аспектом буде прагнення до підвищення стандартів та захисту прав споживачів, приватним же – зниження ризику збільшення державного регулювання, спрощення ведення господарської діяльності, встановлення зрозумілих та ефективних правил на ринку.

Мета втілюється у завданнях, які ставляться перед СРО та реалізуються в її повноваженнях. Завдання – це наперед визначений, запланований для виконання обсяг роботи, справа і т. ін.; мета, до якої прагнуть; те, що хочуть здійснити⁷.

Слід зазначити, що передусім мета та завдання СРО на сьогодні залежать від можливості делегування повноважень та фактично диференціюються, виходячи з критерію первинної реєстрації організації. Другий момент, який органічно пов'язаний з першими – це здійснення СРО публічних та приватних функцій. Враховуючи реалії сьогодення, світові стандарти та закордонний досвід, СРО фактично зобов'язані закріплювати та реалізувати певні публічні функції та завдання поряд із суто приватною метою.

Функція – це робота кого-, чого-небудь, обов'язок, коло діяльності когось, чогось; призначення, роль чого-небудь; явище, яке залежить від іншого явища, є формою його виявлення і змінюється відповідно до його змін⁸. Функції СРО – це основні напрями їх діяльності, упорядкування відносин відповідно до мети та завдань. Звичайно, функції СРО взаємопов'язані між собою та реалізуються за допомогою певних засобів притаманних як іншим невідприємницьким організаціям, так і виключно СРО.

До основних функцій СРО можна віднести нормування та контроль професійної діяльності своїх членів у межах своєї компетенції; захист професійних інтересів своїх членів у спорах з органами влади та споживачами; гарантія цивільної відповідальності своїх членів у мінімально встановлених розмірах; професійна громадська експертиза законопроектів⁹. До функцій СРО на фондовому ринку В. Полохович відносить: нормотворчу, організаційну, контрольну, інформаційну, захисну або арбітражно-представницьку¹⁰. До обов'язкових функцій належать нормотворча, контрольна й пунітивна¹¹. Функції бізнес-асоціацій: захисна; представницька; консультаційно-освітня; методична; надання послуг тощо¹². І. Рекуненко, Є. Бондаренко до основних функцій відносять: нормотворчу, контрольну, функцію примусу, арбітражну, інформаційну, організаційну¹³. На думку О. Онуфрієнка: «Основними функціями саморегульованих організацій є: розробка обов'язкових правил і стандартів професійної діяльності та операцій на ринку цінних паперів; здійснення підготовки кадрів та встановлення вимог для роботи на ринку; контроль за дотриманням учасниками правил і нормативів; забезпечення достовірною інформацією учасників ринку; громадське регулювання, або регулювання через громадську думку; в кінцевому рахунку, реакція широких верств суспільства, з якої починаються ті чи інші регулятивні дії держави¹⁴. Як бачимо, вказаний автор визначає функції СРО через виконання завдань. Враховуючи міжнародну практику та вимоги міжнародних норм щодо функціонування СРО, запровадження дієвого саморегулювання пов'язано із виконанням СРО регуляторних, лобістських і технологічних функцій¹⁵.

Детально досліджуючи вказану проблематику, В. Сулова до функцій СРО відносить такі: «... акумулююча та об'єднувальна функція інтересів своїх засновників щодо порядку здійснення ними своєї господарської або професійної діяльності; нормотворча, засновницька, регулятивна, представницька, контрольна, інформаційно-аналітична, освітньо-кваліфікаційна, судова, умовно-страхова, правоохоронна»¹⁶.

Аналізуючи різноманітність поглядів науковців щодо спектру функціонального призначення СРО, можна підсумувати таке: відмічається поглядів щодо назв функцій СРО та їх складових і змістових елементів не збігаються; під однією назвою у одного автора фактично розуміється зміст функції, який існує у другого науковця під іншою назвою та комплексом елементів; розрізняють основні та додаткові функції СРО. Отже, зважаючи на зазначене та проілюстроване вище, фактично відсутні концептуальні наукові розбіжності щодо поняття та функцій СРО. Різноманітність назв функцій та їх змістове наповнення є елементами наукової творчості та різноманітності підходів авторів до досліджуваної проблематики. Тому доцільно запропонувати власний погляд на систему функцій СРО.

До зазначеного слід зауважити, що перелік функцій, які реалізує СРО, залежать від ринку, сфери, виду господарської діяльності, рівня державного втручання та виду саморегулювання.

Оскільки основною метою СРО є самостійне упорядкування відносин, то відповідно основною функцією є регулятивна, яка виявляється у статичних та динамічних аспектах. СРО можуть додатково встановлювати саморегульовані норми, які закріплюються у стандартах, етичних кодексах тощо. Характерними для членів СРО є встановлення підвищених стандартів діяльності порівняно зі встановленими державою або ж дотримання кращих практик у цій галузі. Водночас для членів СРО можуть встановлюватися і певні норми-заборони. Наприклад, для членів Асоціації певної молочної галузі заборона використання пальмової олії, соєвого білка тощо.

Виконання СРО регуляторних функцій є не стільки можливістю, скільки обов'язком СРО перед своїми членами¹⁷.

Стимулюючий, динамічний аспект виявляється у активній діяльності членів СРО, використанні засобів, які дають їм змогу на практиці реалізувати поставлені завдання. Зокрема, дотримання певних трудових стандартів, що реалізується у використанні засобів стимулювання праці, страхуванні, оздоровленні працівників підприємства тощо.

До регулятивної функції можна віднести виконання завдань щодо допуску осіб до здійснення певного виду професійної або господарської діяльності (надання ліцензій, сертифікація). Наприклад, тільки члени СРО можуть здійснювати певний вид господарської діяльності (сертифікація архітекторів, надання дозволів на виконання певних видів будівельних робіт тощо).

Функціонування СРО допомагає зменшити державний тиск та адміністративні бар'єри. Можливі ситуації, коли відміняється державне ліцензування або ж інші інструменти впливу, однак запроваджуються систе-

ми сертифікації, атестації або інші механізми, які би дозволяли підтримувати стандарти у певній галузі уже на рівні СРО.

В умовах, коли органи державної влади підбирають заходи впливу на суб'єктів господарювання з арсеналу визначених, саморегулювання пропонує нові підходи впливу, які можуть бути не менш ефективними та не потребують затвердження шляхом задіяння механізму держави¹⁸.

Учені часто до функцій СРО відносять нормотворчу. Нормотворча функція виявляється і в можливості СРО створювати саморегулятивні норми і в їх активній діяльності щодо створення проектів норм, які би пропонувалися до законодавчого закріплення. Нормотворчу функцію СРО можна розглядати як складову регулятивної, тобто нормотворча функція ніби «поглинається» регулятивною.

Саморегулятивні організації впливають на нормативну діяльність органів державної влади. Зокрема, за сприяння Координаційно-експертного центру об'єднання підприємців в Україні Верховною Радою України було ухвалено Закон «Про ліцензування певних видів господарської діяльності», а також відмінено гербовий збір¹⁹.

До регулятивної функції можна віднести і систему організаційних завдань, які здійснюють СРО. Організаційні завдання можуть сприяти вирішенню низки питань щодо взаємовідносин учасників господарювання на певному ринку між собою та між клієнтами, органами державної влади та місцевого саморегулювання.

Надання консультативно-освітніх, методичних, інформаційних послуг – це окремі завдання СРО, які є важливими з огляду на стрімкі зміни кон'юнктури ринку та напряду захисту власного ринку.

Аналізуючи проблематику діяльності банків на фондовому ринку, О. Болдуєва вказує: «Проте, саморегульовані організації, більшою мірою, є лише інформаційними бюро для своїх учасників, а також свого роду рейтинговими агентствами своїх учасників, хоча спрямованість їх діяльності повинна сприяти розвитку фондового ринку, усуненню існуючих недоліків його інфраструктури»²⁰. Як бачимо з цього прикладу, інформаційна функція часом стає основною у діяльності СРО.

Вчасно надана інформація забезпечить від багатьох ризиків та допоможе швидше зорієнтуватися в ситуації. Тому завданням щодо інформування завжди приділяється окрема увага. Виконання інформаційних завдань СРО – це певна перевага порівняно із державним регулюванням. Органи державної влади не завжди володіють усією потрібною оперативною інформацією.

Виконання інформаційних завдань відображається у просвітницьких акціях СРО, спрямованих на споживачів товарів та послуг. СРО рекламує здобутки власних учасників та переваги, якими можуть скористатися клієнти.

В. Босон вказує: «Завдяки саморегулюванню скорочуються трансакційні витрати професійних учасників фінансових ринків, що виникають внаслідок обмеженої довіри між ними та асиметричного розподілу інформації. Оскільки інформація є ключовою для кожного члена СРО, вони є більш дієвими порівняно із державними регуляторами щодо забезпечення розкриття інформації своїми членами»²¹.

Інформаційні завдання СРО корелюються із обов'язками її членів щодо інформаційної відкритості у своїй діяльності. Нормативно-правовим актами або ж внутрішніми актами СРО можуть визначатися зобов'язання щодо фінансової та нефінансової звітності СРО, у межах захисту комерційної таємниці.

У більшості випадків СРО має вести публічний реєстр своїх членів, у якому надається правдива та достовірна інформація про них.

Реалізація освітніх завдань та поряд з ними консультативних, методичних і аналітичних допомагає удосконалювати роботу членів СРО, визначати єдині напрями подальшого розвитку ринку (не заважаючи при цьому вільному підприємництву та ризику), передбачати загрози, які можуть виникнути та способи їх подолання. Фахове навчання, підвищення кваліфікації задіює механізми самозбереження учасників певного ринку та робить їх ліпшими професіоналами певної сфери економічної діяльності.

Вивчення кращих закордонних практик та позитивного досвіду власних членів відповідної СРО допомагає в реалізації інших завдань, покладених на СРО – це методичне сприяння. Надання рекомендацій для поліпшення діяльності, обмін досвідом, проведення конференцій та семінарів також викликають серйозний інтерес у членів СРО.

Регулятивна функція може виражатися і у виконанні представницьких (репрезентативних) повноважень СРО. Так, СРО є фактично уповноваженими представниками своїх членів перед органами державної влади та місцевого самоврядування, відповідальними представниками перед споживачами товарів та послуг, загалом громадянським суспільством. При тому СРО є репрезентативними як на національному рівні, так і на міжнародній арені.

Зарубіжний досвід надає такий приклад. Основними функціями Федерації рекламних агентств Франції є лобювання інтересів рекламистів в органах законодавчої та виконавчої державної влади²².

У аспекті репрезентаційності важливим моментом виступає принцип репутаційної відповідальності СРО. Зокрема, споживач може з меншими моральними та матеріальними витратами отримати компенсацію збитків за шкоду, заподіяну членом СРО. У разі ігнорування вимог споживача можливі репутаційні втрати СРО (визнання СРО не вартою довіри).

Також до функцій СРО відносять захисну. Однак доцільніше вказати на охоронну, яка може проявлятися і в захисному аспекті. СРО можуть встановлювати норми, спрямовані на гарантування права споживачів товарів та послуг (публічний аспект охоронної функції). Можливість страхування діяльності членів СРО допомагає надійно гарантувати споживачам товарів та послуг захист від неправомірної поведінки, яка вияв-

ляється в компенсаторних засобах. Можливість звернення споживача до органів СРО зі скаргою на її учасника спрощує механізм врегулювання спорів на рівні покупець-продавець, не застосовуючи судовий процес, який є більш обтяжливим.

Це можуть бути як певні профілактичні, так і запобіжні заходи. Такі заходи превентивно запобігатимуть проявам недобросовісної конкуренції, допуску на ринок неякісного товару тощо. Водночас СРО як представники певної сфери, ринку можуть захищати інтереси своєї організації та її членів в органах державної влади, судах, інших організаціях.

Захисна функція проявляється і у вирішенні конфліктів між членами самої організації (приватний аспект, внутрішнє врегулювання спорів між учасниками СРО). Зокрема, врегулювання спорів може відбуватися як за допомогою альтернативних методів врегулювання спорів (переговори, медіація, третейський суд, експертиза тощо), так і інших внутрішніх органів СРО (виконавчого органу, дисциплінарної комісії). Н. Мазаракі констатує: «Альтернативні методи врегулювання, як правило, визначаються як методи, процедури, процеси вирішення спорів не звертаючись за рішенням суду. Дослідники та практики завжди вказують на консенсусність природи як наріжний камінь альтернативних методів врегулювання спорів, досягнення справедливості, пошук компромісу, безпрограшність у вирішенні спору, звільнення від тягаря врегулювання спору судової системи тощо»²³. Тому застосування СРО альтернативних методів врегулювання спорів як при вирішенні зовнішніх, так і внутрішніх конфліктів є додатковою перевагою їх функціонування. Альтернативні методи врегулювання спорів – це ефективні інструменти досудового вирішення конфліктів на основі професійних суджень та довіри учасників провадження.

Отже, охоронна (захисна) функція може стосуватися не тільки членів СРО, а й споживачі товарів та послуг, оскільки до сутності правової природи СРО відносять її публічний аспект.

Однією з важливих функцій є контрольна. Вона полягає в повноваженнях відповідних органів СРО здійснювати компетентний контроль за діяльністю членів СРО саме щодо взятих на себе зобов'язань.

Контроль полягає і у самоконтролі СРО. Так, СРО повинні публічно викладати інформацію щодо своєї діяльності, яка може полягати у фінансових та нефінансових звітах.

Компетентні органи СРО можуть накладати певні дисциплінарні санкції, а то й майнові у разі вчинення порушення членом СРО. Як правило, у СРО встановлюються виборність органів та відповідно механізм відповідальності. Забезпечується механізм страхування членів СРО та компенсаційні заходи у разі порушення прав споживачів тощо.

Гене́за мети та функцій СРО не була сталою. Від моменту зародження первинних, прабатьківських СРО (цехи, асоціації), які дещо нагадують сучасні, відбулася зміна уявлень щодо ролі цих організацій. Тому важливим моментом став публічний аспект функціонування СРО. Історичний розвиток інституалізації СРО довів, що приватні інтереси мають збалансовуватися із загальним інтересом, коли йдеться про непідприємницькі товариства суб'єктів господарювання та професійні об'єднання. З моменту зародження СРО, де переважували виключно приватні інтереси учасників, на сьогодні спостерігаємо тенденцію посилення публічної заінтересованості держави у розвитку СРО.

¹ Філатова Н. Поняття та ознаки саморегульованих організацій / Н. Філатова // Вісник Академії правових наук України. – 2013. – № 1. – С. 284.

² Поліщук С.А. Саморегульовані організації як складова концепції розвитку небанківських фінансових установ Стратегія економічного розвитку України : зб. наук. пр. / С.А. Поліщук, В.П. Левченко ; М-во освіти і науки, молоді та спорту України, ДВНЗ «Київ. нац. екон. ун-т ім. Вадима Гетьмана», Укр. Союз промисловців і підприємців, Ін-т світ. екон. і міжнар. відносин НАНУ ; редкол.: А.П. Наливайко (голов. ред.) та ін. – К. : КНЕУ, 2014. – № 35. – С. 189.

³ Ogun A. Rethinking Self-Regulation / A. Ogun // Oxford J Legal Studies. – 1995. – Vol. 15. – № 1. – P. 97–108.

⁴ Olson M. Power and Prosperity: Outgrowing Communist and Capitalist Dictatorships / M. Olson. – New York, Basic Books, 2000. – 360 p.

⁵ Рекуненко І.І. Особливості діяльності саморегульованих організацій на ринку фінансових послуг. 2010 / І.І. Рекуненко, Є.П. Бондаренко : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.nbuv.gov.ua/old_jrn/Soc_Gum/pprbsu/2010_29/10_29_44.pdf (дата звернення: 12.12.2018).

⁶ Пономарьова Л.С. Бізнес-асоціації в Україні як суб'єкти регуляторної політики та самоорганізація підприємництва / Л.С. Пономарьова // Державне будівництво. – 2007. – № 1 (1) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://nbuv.gov.ua/UJRN/DeVu_2007_1%281%29_25 (дата звернення: 8.12.2018).

⁷ Словник української мови: в 11 т. 1972. – Т. 3. – С. 40.

⁸ Словник української мови: в 11 т. 1979. – Т. 10. – С. 653.

⁹ Глаз К. Інститут стратегічних досліджень Саморегулювання і інститут саморегульованих організацій в Україні / К. Глаз : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://ukrstrategy.com/uk/analitika/item/55-samoregulirovanie.html> (дата звернення: 12.12.2018).

¹⁰ Полюхович В.І. Державне регулювання фондового ринку України: господарсько-правовий механізм : монографія / В.І. Полюхович ; НДІ приват. права і підприємництва Нац. акад. прав. наук України. – К., 2012. – С. 136–137.

¹¹ Філатова Н. Вказана праця. – С. 285–286.

¹² Чижиков Г.Д. Бізнес-асоціації в умовах інтеграції України в світове господарство : автореф. дис. ... д-ра екон. наук : спец. 08.05.01 «Світове господарство і міжнародні економічні відносини» / Г.Д. Чижиков. – Донецьк, 2006. – С. 23–25.

¹³ Рекуненко І.І. Вказана праця.

¹⁴ Онуфрієнко О.І. Правове становище саморегульованих організацій ринку цінних паперів / О.І. Онуфрієнко // Суб'єкти господарювання і економічна преступність: вопросы предупреждения. – Донецьк, 2002. – С. 22.

¹⁵ Objectives and Principles of Securities Regulation, IOSCO Report, September 1998 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD82.pdf/> (дата звернення: 12.12.2018).

¹⁶ *Суслова В.В.* Функціональні завдання саморегулювальної організації та їх законодавче закріплення / В.В. Суслова // Вісник Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого. – 2011. – № 4. – С. 122–130.

¹⁷ *Хоружий С.Г.* Розвиток саморегулювання у сфері біржового обігу цінних паперів як інструмент оптимізації державного регулювання / С.Г. Хоружий // Фінанси, облік і аудит. – 2011. – Вип. 18. – С. 199–200.

¹⁸ *Гончаренко О.* Державне регулювання та саморегулювання господарської діяльності: пошук балансу / О. Гончаренко // Підприємництво, господарство і право. – 2018. – № 3. – С. 43.

¹⁹ *Биковець В.* Вплив громадських об'єднань підприємців на становлення і розвиток малого та середнього бізнесу в Україні: регіональний аспект / В. Биковець // Економіка та держава. – 2007. – № 4. – С. 3.

²⁰ *Болдуєва О.В.* Підвищення ролі комерційних банків і саморегулювальних організацій як важливої складової сучасної моделі інфраструктури / О.В. Болдуєва // Вісник Житомирського державного технологічного університету. – 2011. – № 4 (58). – С. 332. – (Серія «Економічні науки»).

²¹ *Bossone B.* The Role of Financial Self-Regulation in Developing Economies / Biagio Bossone, Larry Promisel // Financial Sector of the World Bank Group : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www1.worldbank.org/finance/html/selfregulation-in-developing-.html> (дата звернення: 12.12.2018).

²² *Ромат С.В.* Державне регулювання рекламної діяльності: досвід Франції / С.В. Ромат // Статистика України. – 2002. – № 3. – С. 63.

²³ *Mazaraki N.A.* Effective system of commercial disputes resolution as a prerequisite of economic progress / N.A. Mazaraki // Scientific bulletin of Polissia. – 2018. – № 2 (14). – P. 2. – P. 185.

Резюме

Гончаренко О.М. Питання мети, функцій та завдань саморегулювальних організацій.

У статті досліджено мету, функції, завдання саморегулювальних організацій на сучасному етапі. Зроблено висновок, що саморегулювальні організації фактично зобов'язані закріплювати та реалізувати певні публічні функції та завдання поряд із суто приватною метою своєї діяльності. Розкрито сутність регулятивної, охоронної та контрольної функцій та відповідно завдань, які покладаються на саморегулювальні організації.

Ключові слова: саморегулювання, саморегулювальні організації, мета саморегулювальної організації, функції саморегулювальних організацій, публічні функції.

Резюме

Гончаренко О.М. Вопросы цели, функций и задач саморегулируемых организаций.

В статье исследованы цели, функции, задачи саморегулируемых организаций на современном этапе. Сделан вывод, что саморегулируемые организации фактически обязаны закреплять и реализовать определенные публичные функции и задачи наряду с сугубо частными целями в своей деятельности. Раскрыта сущность регулятивной, охранной и контрольной функций и соответственно задач, которые возлагаются на саморегулируемые организации.

Ключевые слова: саморегулирование, саморегулируемые организации, цель саморегулируемой организации, функции саморегулируемых организаций, публичные функции.

Summary

Honcharenko O. Questions about the goals, functions and tasks of self-regulatory organizations.

In the article the purpose, functions, tasks of self-regulatory organizations are examined at the present stage. It is concluded that self-regulatory organizations are in fact obliged to consolidate and implement certain public functions and tasks along with a purely private purpose of their activities. The essence of regulative, guarding and controlling functions and corresponding tasks assigned to self-regulatory organizations is disclosed.

Key words: self-regulation, self-regulatory organizations, the goal of self-regulatory organization, functions of self-regulatory organizations, public functions.

Е.М. ГРАМАЦЬКИЙ

Ернест Мірчевич Грамацький, кандидат юридичних наук, доцент Київського національного університету імені Тараса Шевченка

**ПРАВОВА КВАЛІФІКАЦІЯ У МІЖНАРОДНОМУ ПРИВАТНОМУ ПРАВІ:
ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ**

На сучасному етапі розвитку мають місце процеси демократизації, лібералізації, інтеграції України у європейський та світовий простір. Беззаперечне значення для них має підписання Угоди про асоціацію між Україною та Європейським Союзом від 27 червня 2014 року. Так, зближення України з Європейським співтовариством, що відбувається протягом останніх років, не може не вплинути на сферу приватноправових відносин, ускладнених іноземним елементом, тобто правовідносин, що становлять предмет галузі міжнародного приватного права.

Активний розвиток міжнародного цивільного обороту, ускладнення існуючих, виникнення якісно нових за змістом та об'єктами приватноправових відносин сприяє накопиченню надзвичайно об'ємного нормативного масиву, що має на меті врегулювати міжнародні приватноправові відносини. Однак, без врахування особливостей об'єктивного розвитку правових систем світу, економіки, соціально-політичного життя цей масив дуже швидко може перетворитися на мертве законодавства, що недопустимо в умовах сьогодення.

Безперечно, міжнародне приватне право характеризується особливістю предмета правового регулювання, неможливістю однаково врегулювати приватноправові відносини у всіх національних правових системах, що пов'язано з об'єктивною складністю вироблення єдиного підходу до їх регулювання в рамках глобальної правової системи. Однак на сьогодні в доктрині міжнародного приватного права все більшу увагу дослідники звертають не на аналіз окремих підгалузей та інститутів особливої частини міжнародного приватного права, а на глибоке розуміння та вивчення загальних положень цієї галузі права.

На нашу думку, на особливу увагу заслуговують питання, пов'язані з кваліфікацією та правозастосуванням у міжнародному приватному праві. Саме вивчення особливостей цих фундаментальних, основоположних інститутів загальної частини цієї галузі дають можливість проаналізувати не лише механізм правового регулювання, а і його проблеми та перспективи їх вирішення в рамках глобальної правової системи.

Питаннями проблем кваліфікації та правозастосування у доктрині міжнародного приватного права займалися такі видатні вітчизняні та зарубіжні вчені, як Л.А. Лунц, В.В. Луць, В.І. Кисіль, А.С. Довгерт, Р.А. Майданик, В.Л. Чубарєв, М.М. Богуславський, В.В. Балдинюк, І.В. Мироненко, С.Г. Кузьменко, О.М. Васильєв, Дж. Вестлейк, М. Вольф, Л. Лене, М. Лаббе, І. Лусуарн, У. Магнус, А. Батіфоль, П. Лагард, Дж. Сторі та інші видатні вчені. Разом із тим доволі значна кількість питань, пов'язаних з проблемами правозастосування, особливостями різних підходів до кваліфікації у міжнародному приватному праві не були детально досліджені.

Отже, **метою** цієї статті є висвітлення та аналіз окремих проблем кваліфікації та підходів до їх вирішення у міжнародному приватному праві.

На сьогодні вітчизняною правовою наукою доволі детально досліджено питання правової кваліфікації як у загальнотеоретичному плані, так і на рівні окремих галузевих юридичних наук. Звертаємо увагу на те, що саме по собі міжнародне приватне право у загальному можна визначити як науку про правозастосування у сфері приватноправових відносин, ускладнених іноземним елементом. Погоджуємося з думкою В.І. Кисіля, А.С. Довгерта, які у своїх працях зазначають, що правозастосування – це складний процес, основними стадіями якого є встановлення фактичних обставин справи, аналіз фактів, що мають істотне значення для справи, пошук правової норми, яка відповідає юридичній природі даних правовідносин, винесення та належне оформлення судового рішення¹. Безперечно, основою цього процесу є правова кваліфікація як сукупність дій, спрямованих на аналіз фактичних обставин, надання їм належної правової оцінки, здійснення підбору норми права, що застосовуються до відповідних правовідносин.

Легальне визначення поняття «правова кваліфікація» закріплено у ст. 1 Закону України «Про міжнародне приватне право», у якій зазначається, що правова кваліфікація – визначення права, що підлягає застосуванню до правовідносин з іноземним елементом. Вважаємо, що вищенаведене визначення повною мірою не відображає змісту даного поняття та сприяє спрощеному уявленню про процес правової кваліфікації у міжнародному приватному праві, що на сьогодні має місце у практичній площині.

Вважаємо за необхідне звернути увагу на доктринальні дефініції поняття правової кваліфікації. На думку таких зарубіжних дослідників, як Дж. Чешир, П. Норт процес кваліфікації – це віднесення до належної правової категорії питання, що постало з обставин справи, яку розглядає суд². Так, В.В. Балдинюк дотримується позиції, що під кваліфікацією у міжнародному приватному праві слід розуміти юридичну оцінку

правової норми, яка спрямована на з'ясування мети правової норми, визначення її фактичного складу, який покладено в її основу законодавцем, і таким чином призначена для віднесення фактичних обставин чи їх певного елемента до сфери дії відповідного правового інституту, норми. Дослідник пропонує визначати кваліфікацію у міжнародному приватному праві як багатоаспектне поняття, яке включає в себе як фактичну кваліфікацію, тобто дії, спрямовані на встановлення фактичних обставин відносин, ускладнених іноземним елементом, так і нормативну кваліфікацію, спрямовану на визначення правової мети норми права, спрямованої на регулювання відносин, ускладнених іноземним елементом³.

На нашу думку, слід звернути увагу на те, що в сучасній науці та практиці досить поширеними є випадки змішування понять «правова кваліфікація» та «тлумачення колізійної норми». У цьому відношенні важливо зазначити позицію В.В. Балдинюка, який, аналізуючи ці питання, дійшов висновку, що поняття кваліфікації та тлумачення норми права слід розрізняти за декількома ознаками. До першої ознаки слід віднести причину здійснення однієї з вищевказаних юридичних дій, або об'єктну характеристику. Так, йдеться про кваліфікацію, коли має місце конкретна життєва ситуація, як сукупність фактичних обставин. У той же час тлумачення стосується не життєвих ситуацій як сукупності фактів (у тому числі юридичних), а конкретної норми права⁴.

Розрізняють ці поняття і за метою: аналіз фактичних обставин справи, пошук відповідної норми права та мети правового регулювання прийнято вважати кваліфікацією. Що ж стосується встановлення змісту конкретної норми права, обсягу понять та термінів, які у сукупності становлять її диспозицію, гіпотезу або санкцію, то цей процес є тлумаченням.

Слід звернути увагу на такий критерій (ознаку) поділу, як механізм дії. Так, кваліфікація визначає правову природу фактичних обставин, «підводить» їх під норми певного інституту, віднаходить необхідну норму та визначає її мету, цілі і таким чином «зводить» життєву ситуацію з компетентною нормою; тлумачення «розкриває» застосовувану норму з огляду на її зміст, поняття слів, речень, груп слів, термінів, якими вона оперує.

Різний характер понять «кваліфікація» та «тлумачення» має наслідком отримання різних результатів від застосування однієї чи іншої правової процедури. Так, результатом правильно проведеної кваліфікації слід вважати вибір компетентної норми, щодо якої у подальшому слід здійснити тлумачення. Разом із тим внаслідок тлумачення конкретна норма права вже підлягає (або не підлягає) застосуванню. Слід звернути увагу на те, що правова кваліфікація, тлумачення є складовими етапами правозастосування, нівелювання якими може призвести до помилкового вибору правопорядку та відповідно норми права, які підлягають застосуванню до конкретних приватноправових відносин, ускладнених іноземним елементом.

На жаль, повне та правильне здійснення правової кваліфікації приватноправових відносин не є запорукою їх ефективного врегулювання. Однією з найбільш обговорюваних проблем кваліфікації та правозастосування у міжнародному приватному праві є конфлікт кваліфікації, який також позначається поняттям «приховані колізії». Одним із основних причин виникнення конфлікту кваліфікації слід вважати різне розуміння та іменування однакових правових явищ у різних правових системах⁵. Ф. Кан та Е. Бартен, які вперше звернули увагу на проблему конфлікту кваліфікації, зазначали, що навіть у тих державах, де мають місце аналогічні підходи до вирішення тих чи інших колізійних питань, можуть виникати приховані колізії як наслідок різного підходу до визначення правових понять та категорій, надання неоднакового змісту правовим інститутам⁶.

На нашу думку, однією з основних причин виникнення конфлікту кваліфікації слід вважати самотність кожної правової системи, її унікальність та певною мірою неповторність. Незважаючи на зовнішні подібності більшості правових норм та інститутів у межах однієї правової сім'ї, національна правова система кожної держави характеризується сукупністю лише її властивих ознак. Саме тому при аналізі кожної конкретної колізійної норми слід звертати увагу насамперед на аналіз змісту та значення правових термінів та понять, сфери їх застосування⁷. Для здійснення правильної кваліфікації правовідносин, тобто для віднесення їх до правильного типу (статуту), насамперед необхідно здійснити правову кваліфікацію понять матеріального права, які закладені в обсязі колізійної норми з урахуванням «національної належності» колізійної норми⁸. Це пов'язано насамперед з тим, що при конструюванні колізійної норми, яка за своєю природою, як правило, є нормою національного законодавства, законодавець використовує властиву для внутрішньої (національної) правової системи термінологію та дефініцію понять. Ця позиція активно критикувалася М.М. Богуславським, який зазначав, що при розробці колізійної норми в ній мають бути застосовані найбільш загальні правові поняття, спільні для багатьох правових систем. Водночас термінологія колізійної прив'язки має містити виключно правові поняття національної системи права⁹. Лише після визначення особливостей змісту та застосування обсягу колізійної норми аналогічна процедура має бути проведена з колізійною прив'язкою.

Безперечно, існування такого явища, як «національність» колізійної норми, створює істотні проблеми й складнощі у здійсненні правової кваліфікації та правозастосуванні у сфері міжнародного приватного права. На нашу думку, винятком можуть слугувати лише колізійні норми, закріплені у міжнародних договорах як джерелах міжнародного приватного права, адже при укладенні таких договорів враховуються особливості правових систем держав-учасниць договору. Однак, на жаль, частка таких норм залишається надзвичайно малою.

На думку В.В. Балдинюка, конфлікт кваліфікації має як об'єктивні, так і суб'єктивні причини виникнення. До об'єктивних насамперед слід віднести усі ті передумови, що стосуються особливостей певного правопорядку, наприклад, підхід до праворозуміння, розвиток та значення доктрини, правосвідомість, соці-

альні та політичні процеси, які безпосередньо впливають на явища правової дійсності, різне розуміння змісту юридичних термінів, інститутів, підгалузей та галузей системи права, підходів до структури та системи механізму правового регулювання¹⁰. Однак конфлікт кваліфікації, незважаючи на об'єктивні передумови свого існування, виникає і у зв'язку з дією деяких суб'єктивних чинників. До них слід віднести низький рівень кваліфікації та компетенції суб'єктів правозастосування, обмежені знання у суб'єкта правозастосування щодо змісту іноземного права, неправильне розуміння суб'єктами міжнародного приватного права змісту та особливостей застосування *lex voluntatis* тощо.

Аналіз наукових джерел та законодавства зарубіжних країн дає підстави зробити узагальнений висновок про випадки, коли потенційно може мати місце конфлікт кваліфікації, які умовно можна розподілити на три групи. Так, до першої та найбільш поширеної групи випадків слід віднести ситуацію, за якої правова кваліфікація за національним та іноземним правом відносить одні й ті самі правовідносини до різних інститутів або навіть галузей¹¹. На нашу думку, даний різновид конфлікту кваліфікації доволі легко усувається за допомогою здійснення кваліфікації за *lex fori*, що дає можливість однозначно визначити статут правовідносин.

Другою групою слід вважати випадки, коли відносини, що врегульовані за національним правом, не можуть бути належно врегульовані нормами іноземного права у зв'язку з відсутністю відповідного правового інституту у правовій системі іноземної держави. Яскравим прикладом може слугувати інститут довірчої власності (трасту) у країнах англосаксонської правової сім'ї та відсутність його прямого відповідника у країнах романо-германської правової системи. У цій ситуації доцільно звернутися до кваліфікації за *lex causae*, внаслідок якої застосування судом норм іноземного права призведе до правильного врегулювання відповідних приватноправових відносин, ускладнених іноземним елементом. Водночас не завжди застосування норми іноземного права є єдиним варіантом усунення конфлікту кваліфікації у цьому випадку. Саме для таких ситуацій свого часу був запропонований метод автономної кваліфікації, який, встановлюючи узагальнений зміст норм та інститутів, дає можливість правильно визначити колізійну норму, яка підлягає застосуванню до конкретних правовідносин.

Окрему увагу слід звернути на випадки, коли в іноземному праві відсутній правовий інститут, до якого відсилає національна колізійна норма внаслідок її застосування до правовідносин. Вважаємо, що максимально ефективним способом вирішення конфлікту кваліфікації в цьому випадку буде метод автономної кваліфікації, який після визначення змісту незакріплених у нормах іноземного права правовідносин надасть можливість віднайти їхній відповідник в іноземному праві.

Звертаючи увагу на особливості підходів до подолання конфлікту кваліфікацій у міжнародному приватному праві, вважаємо за необхідне проаналізувати переваги та недоліки окремих з них. Так, найбільш поширеним з існуючих на сьогодні підходів слід вважати *lex fori* (здійснення кваліфікації за законом країни суду), який знайшов своє закріплення у законодавстві більшості держав. Проаналізуємо його більш детально.

У доктрині міжнародного приватного права вважається, що першим дослідником, який ґрунтовно проаналізував підхід до кваліфікації, був Е. Бартен. Він звертає увагу на те, що колізійне право як складова міжнародного приватного права є складовою національної правової системи. Як наслідок, має місце застосування відповідної термінології та правових понять, інститутів, властивих кожній окремій правовій системі. Тлумачення колізійної норми з урахуванням змісту норм іноземного права є недопустимим, адже у більшості випадків призведе до хибного вибору правопорядку, що підлягає застосуванню для регулювання конкретних приватноправових відносин. Е. Бартен акцентував увагу на необхідності розробки загальної термінології, яка б застосовувалася у колізійному законодавстві усіх країн¹².

Одним із беззаперечних переваг підходу *lex fori* є термінологічний аспект, значення якого у вирішенні питання конфлікту кваліфікації важко перебільшити. Водночас цей підхід характеризується й іншими перевагами. Так, наприклад, у працях В. Алларус звертається увага на те, що застосування підходу *lex fori* сприяє забезпеченню ідеї єдності національного правопорядку. Так, враховуючи національну належність колізійних норм міжнародного приватного права єдиним підходом, який може використовувати суддя як особа, уповноважена від імені держави здійснювати правосуддя, є саме підхід *lex fori*, враховуючи, що суддя уповноважений на прийняття юридично значущих рішень лише в межах власного, національного правопорядку. Питання застосування іноземного права на території іншої держави викликають обґрунтовані сумніви щодо компетенції та можливості суду це зробити. Не слід забувати й про те, що здійснюючи фактичну кваліфікацію, тобто оцінюючи фактичні обставини справи, суд вдається до трактування таких обставин відповідно до норм та принципів національної правової системи¹³. Випадки здійснення фактичної кваліфікації відповідно до *lex fori*, а нормативної кваліфікації згідно з *lex causae*, на нашу думку, видаються сумнівними та малоефективними.

Однак слід звернути увагу і на певні недоліки, що містить у собі підхід *lex fori*. На думку іноземних авторів, таких як М. Рабел, Г. Батіфолд, *lex fori* сприяє існуванню юридичного ізоляціонізму, що в умовах інтеграції та наближення правових систем та економік різних країн є актуальною проблемою^{14,15}.

Що стосується таких підходів, як *lex causae* та метод автономної кваліфікації, зазначимо, що вони є менш поширеними. На нашу думку, це пов'язано з об'єктивною складністю їх застосуванню та відсутністю належної компетенції суб'єктів правозастосування.

Важливо звернути увагу на аналізу підходу до уникнення конфлікту кваліфікації, який закріплений у Законі України «Про міжнародне приватне право». Так, згідно зі ст. 7 Закону при визначенні права, що підлягає застосуванню, суд чи інший орган керується тлумаченням норм і понять відповідно до права України, якщо інше не передбачено законом. Якщо норми і поняття, що потребують правової кваліфікації, не відомі

праву України або відомі під іншою назвою або з іншим змістом і не можуть бути визначені шляхом тлумачення правом України, то при їх правовій кваліфікації також враховується право іноземної держави¹⁶.

Як бачимо, має місце ситуація, коли загальним, основним для здійснення правової кваліфікації є підхід *lex fori*, а *lex causae* застосовується як додатковий у випадку, коли відносини, що мають місце за національним правом, не мають відповідного правового інституту в іноземній державі або має місце застосування іншої термінології. Слід звернути увагу, що закріпленій у ч. 2 ст. 7 Закону підхід *lex causae* є доволі обмеженим, адже стосується не автентичного застосування норми права іноземної держави, а обмежується його врахуванням при здійсненні процедури правової кваліфікації. Ця норма кореспондує ст. 8 Закону, у якій передбачається, що при застосуванні права іноземної держави суд чи інший орган встановлює зміст його норм згідно з їх офіційним тлумаченням, практикою застосування і доктриною у відповідній іноземній державі. З метою встановлення змісту норм права іноземної держави суд чи інший орган може звернутися в установленому законом порядку до Міністерства юстиції України чи інших компетентних органів та установ в Україні чи за кордоном або залучити експертів. Особи, які беруть участь у справі, мають право подавати документи, що підтверджують зміст норм права іноземної держави, на які вони посилаються в обґрунтуванні своїх вимог або заперечень, іншим чином сприяти суду чи іншому органу у встановленні змісту цих норм. Якщо зміст норм права іноземної держави в розумні строки не встановлений, незважаючи на вжиті згідно з цією статтею заходи, застосовується право України (ч. 1–4 ст. 8 Закону)¹⁷.

Отже, на сучасному етапі розвитку міжнародного приватного права має місце велика кількість як теоретичних, так і практичних проблем, пов'язаних із правовою кваліфікацією. Джерелом проблем правової кваліфікації у міжнародному приватному праві слід вважати як об'єктивні, так і суб'єктивні фактори. Аналіз наукових джерел та законодавства зарубіжних країн дає підстави зробити узагальнення про випадки, коли потенційно може мати місце конфлікт кваліфікації. До них насамперед слід віднести: правова кваліфікація за національним та іноземним правом відносить одні й ті самі правовідносини до різних інститутів або навіть галузей; відносини, що врегульовані за національним правом, не можуть бути належно врегульовані нормами іноземного права у зв'язку з відсутністю відповідного правового інституту у правовій системі іноземної держави; в іноземному праві відсутній правовий інститут, до якого відсилає національна колізійна норма внаслідок її застосування до правовідносин. Вироблені світовою практикою підходи до правової кваліфікації з метою мінімізації впливу конфлікту кваліфікації дають підстави зробити висновок, що, незважаючи на окремі переваги та недоліки кожного з них, найбільш послідовним та легким у практичній реалізації суб'єктами правозастосування є підхід *lex fori*.

¹ Міжнародне приватне право. Загальна частина: підручник / за ред. А.С. Довгерта і В.І. Кисіля. – К.: Алерта, 2012. – 376 с. – С. 98–101.

² Чешир Д. Международное частное право / Д. Чешир, П. Норт. – М.: Прогресс, 1983. – 725 с. – С. 67.

³ Балдинюк В.В. Забезпечення застосування колізійної норми: кваліфікація, зворотне відсилання, обхід закону в міжнародному приватному праві : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільний право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / В.В. Балдинюк. – К., 2008. – 15 с. – С. 5.

⁴ Там само. – С. 7.

⁵ Lalive P.A. The Transfer of Chattels in the Conflict of Laws / P.A. Lalive. – 1955 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://www.i-law.com/ilaw/doc/view.htm?id=130405>

⁶ Bartin E. La Doctrine des Qualifications et ses Rapports avec le Caractere National des Regles du Conflit de Lois / Etienne Bartin : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://scribd.com/document/258531666/Etienne-Bartin-La-Doctrine-Des-Qualifications-Et-Ses-Rapports-Avec-Le-Character-National-Du-Conflit-Des-Lois>

⁷ Кох Х. Международное частное право и сравнительное правоведение / Х. Кох, У. Магнус, П. Вииклер фон Моренфельс. – М.: Международные отношения, 2001. – 690 с. – С. 101.

⁸ Forsyth C. Characterisation revisited: an essay in the theory and practice of the English conflict of laws / Ch. Forsyth. – 1998 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://theses.lse.ac.uk/1321/1/U062779.pdf>

⁹ Богуславский М.М. Международное частное право / М.М. Богуславский. – М., 2001. – 650 с. – С. 87.

¹⁰ Балдинюк В.В. Кваліфікація в міжнародному приватному праві / В.В. Балдинюк // Актуальні проблеми міжнародних відносин. – К.: Київський національний університет імені Тараса Шевченка. Інститут міжнародних відносин, 2006. – Вип. 43 (ч. II). – С. 107–108.

¹¹ Szászy. L'évolution des principes généraux du droit international privé dans les pays de démocratie populaire / Szászy. – 1969 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/05/4025-53-A-OCR-min.pdf>

¹² Bartin E. La Doctrine des Qualifications et ses Rapports avec le Caractere National des Regles du Conflit de Lois / Etienne Bartin : [Електронний ресурс]. – Режим доступу до ресурсу: <https://scribd.com/document/258531666/Etienne-Bartin-La-Doctrine-Des-Qualifications-Et-Ses-Rapports-Avec-Le-Character-National-Du-Conflit-Des-Lois>

¹³ Мажорина М.В. Институт правовой квалификации в международном частном праве: современный взгляд и перспективы / М.В. Мажорина // Юридическая наука и практика. – 2016. – Т. 12 – № 1. – С. 98–110. – С. 101.

¹⁴ Batiffol H. Aspects philosophiques du droit international privé / H. Batiffol. – 1956. – Режим доступу до ресурсу: <https://digitalcommons.law.lsu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2522&context=lalrev>

¹⁵ Rabel M.E. Le probleme de la qualification [Електронний ресурс] / M.E. Rabel : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/rvditp27&div=3&id=&page>

¹⁶ Про міжнародне приватне право: Закон України від 23.06.2005 р. (станом на 22.08.2018 р.) // Відомості Верховної Ради України. – 2005. – № 32. – Ст. 422.

¹⁷ Там само.

Резюме

Грамацький Е.М. Правова кваліфікація у міжнародному приватному праві: проблемні питання.

У статті проаналізовано теоретичні та практичні проблеми здійснення правової кваліфікації у міжнародному приватному праві. Визначено основні причини та випадки виникнення конфлікту кваліфікації, досліджено переваги та недоліки окремих підходів для усунення конфлікту кваліфікації у міжнародному приватному праві.

Ключові слова: правова кваліфікація, конфлікт кваліфікації, правозастосування, *lex fori*, *lex causae*.

Резюме

Грамацкий Э.М. Правовая квалификация в международном частном праве: проблемные вопросы.

В статье проанализированы теоретические и практические проблемы осуществления правовой квалификации в международном частном праве. Определены основные причины и случаи возникновения конфликта квалификации, исследованы преимущества и недостатки отдельных подходов для устранения конфликта квалификации в международном частном праве.

Ключевые слова: правовая квалификация, конфликт квалификации, правоприменение, *lex fori*, *lex causae*.

Summary

Gramatskiy E. Legal qualification in private international law: problematic issues.

Theoretical and practical issues of the implementation of legal qualifications in international private law are analyzed in the article. The main causes and cases of conflict of qualification are identified, the advantages and disadvantages of individual approaches to eliminate conflict of qualification in private international law are investigated.

Key words: legal qualification, qualification conflict, enforcement, *lex fori*, *lex causae*.

УДК 347.251.2

П.Д. ГУЙВАН

Петро Дмитрович Гуйван, кандидат юридичних наук, заслужений юрист України, докторант Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

ФЕНОМЕН ВЗАЄМНИХ ПЕРЕБІГІВ НАБУВАЛЬНОЇ ТА ПОЗОВНОЇ ДАВНОСТЕЙ

Правовий інститут набувальної давності не є новим, він був відомим здавна. Історично він характеризувався самостійним і незалежним володінням «як на праві повної власності», що виключає як можливість винагороди «документальному» власнику, так і право останнього на відібрання майна після спливу позовної давності¹. Адже за будь-яких обставин у разі початку набувального строку давнісний володілець не просто фізично утримує річ. Оскільки цивільно-правовий строк є невід'ємною складовою змісту суб'єктивного права, особа протягом набувальної давності реалізує своє право на безтитульне давнісне володіння. Такий процес не можна вважати фактичним станом, це суб'єктивне матеріальне право, яке має конкретний обсяг, обмежене строком і здатне до захисту².

Проблематика, пов'язана з правовим статусом давнісного володіння та користування майном, відображена у працях Д.І. Мейера, Г.Ф. Шершеневича, К.І. Скловського, В.А. Рахміловича, Д.В. Лоренца, В.І. Цікала та інших. Разом із тим, попри численні публікації, єдиного підходу до юридичного оформлення цих відносин не напрацьовано. Наразі відсутній належний їхній аналіз з темпоральної точки зору. Певної плутанини додає нечіткість сучасного цивільного законодавства та неоднозначність правозастосовних підходів у досліджуваній царині. Відсутнє однозначне розуміння добросовісності набуття чужого майна, моменту, від якого добросовісність виникає та тривалості її кваліфікуючих ознак, юридичного взаємозв'язку між перебігами набувальної та позовної давностей.

Відтак, метою даної праці є з'ясування питання про врегулювання у чинному законодавстві України порядку встановлення і строків давнісного володіння та користування чужою річчю, а також про правові наслідки такого володіння. Предметом дослідження є існуючий нормативний матеріал та судова практика, а також доктринальні напрацювання у коментованій царині.

Соціальна значимість права, яке тривалий час не використовується з огляду на небажання чи неможливість реалізації вірителем своїх повноважень, та, навпаки, досить довге користування боржником майном, всупереч закону та чужому праву, здавна привертала увагу дослідників. Вони розуміли, що фактор часу не може не враховуватися при побудові відповідного юридичного механізму. Втім, у різні історичні періоди правозгашувальне та правовстановлююче значення темпоральних матеріально-правових інститутів та їхня взаємопов'язаність мали далеко не однозначні фахові й нормативні інтерпретації. Тож абсолютно очікува-

ною та практичною за таких обставин була легітимація фактичного володіння у якийсь спосіб. З плином багатьох епох стало очевидним, що досягти суспільно бажаного результату можна лише завдяки задіянню темпоральних чинників. Фактично було запроваджене правило про отримання права власності на чужу річ у результаті спливу встановленого періоду належного володіння нею. Так, відповідно до Законів Дванадцяти таблиць за набувальною давністю (*usucapio*) рухома річ переходила у власність після спливу одного року володіння, а нерухома – після двох років. При цьому необхідним було дотримання ще низки умов: річ не повинна була бути вкраденою, вимагалася добросовісність володіння, строк давності повинен був текти безперервно³. Набуття права одним суб'єктом через давність володіння (*usucapio*) означало одночасно і втрату цього ж права іншим. Але момент такого переходу визначався вже не часом закінчення позовного домагання, а саме спливом набувального строку окупації. Іншими словами, в цивільному законодавстві почав застосовуватися матеріально-правовий інститут набувальної давності.

У подальшому механізм набуття права власності внаслідок тривалого володіння чужим майном розвивався поряд із розвитком суспільних відносин. Зокрема, у ст. 9 Псковської судної грамоти – правовій пам'ятці XIV–XV ст. ст. – давнісним визнається таке володінням, котре виключає сторонній вплив і виражається в обробці землі, або таке, у якому чітко простежується бажання володільця набувати земельну ділянку у власність. До умов давності володіння Грамота відносить: неперервність, беззаперечність, відкритість володіння, а також наявність строку (4 або 5 років)⁴.

Наступний поступ соціального прогресу супроводжувався розширенням сфери застосування давнісного набувального інституту та стабілізацією його юридичного нормування. Так, у Повному зводі законів Російської імперії, що був виданий на початку XX ст., давнісним володінням (земською давністю) визнавалося спокійне, беззаперечне його здійснення протягом законом визначеного часу, який називається строком давності. У ст. 533 Зводу були прописані наступні умови для обчислення вказаного давнісного строку: володіння має здійснюватися спокійно, беззаперечно та безперервно, «у вигляді власності» і має тривати десять років⁵.

На сучасному етапі регулювання майнових відносин правило про можливість набуття власності за давністю володіння сформульоване у ч. 1 ст. 344 ЦКУ. Набувальна давність починається від моменту добросовісного заволодіння чужою річчю і триває протягом всього часу відкритого та безперервного нею володіння. Будь-яких застережень щодо переривання чи зупинення даного строку закон не містить. Правило ч. 3 ст. 344 ЦКУ про набуття за давністю володіння майна у власність **особами, що заволоділи ним на підставі договору, не повернувши після закінчення дії договору**, можна розглядати як спеціальну норму, оскільки в такому випадку набувальна давність має місце при завідомо незаконному володінні на момент початку її перебігу. У зазначеному випадку набувальний строк починається після спливу позовного, тому після закінчення останнього незаконний недобросовісний володільець отримає можливість через певний час стати власником майна.

Аналіз Глави 24 Цивільного Кодексу України свідчить про те, що набувальна давність є самостійним способом набуття права власності із характерними ознаками, які дають підстави для його відокремлення від інших підстав⁶. Неважко помітити, що правова структура коментованого правового механізму не проста, особа може отримати право власності на чужу річ лише за наявності усіх чинників, що входять до його складу та мають юридичне значення. Як указано у ст. 344 ЦКУ, право власності набуває особа, що заволоділа майном у порядку, встановленому цією нормою, і продовжує надалі відкрито та безперервно володіти ним протягом визначених строків.

У цивілістичній літературі набувальна давність переважно оцінюється як певний строк, сплив якого має правове значення⁷. З такою тезою категорично не можна погодитися. Закінчення такого строку, безумовно, є визначальним для набуття права власності, і в цьому полягає цивільно-правова результативність його спливу. Проте початок та сам перебіг набувальної давності теж має неабияке значення для визначення обсягу матеріальних цивільних прав та обов'язків, правового положення їхніх носіїв. Український закон, хоча поки що невпевнено, але цілеспрямовано запроваджує механізм реалізації права володіння чужою річчю і права на захист від порушення такого володіння, в тому числі і від власника. Саме в розумінні проміжку часу, що визначає тривалість відповідних суб'єктивних прав такого володільця як складової змісту певного повноваження, і проявляється друга властивість набувальної давності.

Традиційно, і сучасний період не є винятком, низка досить авторитетних вчених-цивілістів протиставляє правовий механізм отримання власності в результаті спливу строку давнісного володіння іншому способу набуття даного права – добросовісному придбанню речі від неповноважного традента. Зокрема, вони вказують, що добросовісний набувач за відмови власникові у ввіндиваційному домаганні здатен отримати право власності тільки за давністю володіння, іншого способу не передбачено чинним законодавством⁸. Інакше кажучи, добросовісна особа, яка отримала захист від ввіндивації, продовжує володіти без титулу, незаконно і аби стати власником – потребує набувальної давності⁹. Інші дослідники більш толерантно оцінюють правовий механізм набуття власності в момент добросовісного отримання речі від неповноважного продавця, але при цьому вони також задіюють інститут давності набувальної, надаючи їй нульової тривалості (моментальна набувальна давність)¹⁰.

Ми вважаємо такий підхід не зовсім виваженим. Насправді, з урахуванням доктринальних напрацювань, можемо дійти обґрунтованого висновку про різну юридичну сутність набуття права власності добросовісним набувачем від неповноважного відчужувача та в режимі набувальної давності. Попри те, що дося-

гається, принаймні зовнішньо, однаковий результат, задіюються відмінні правові та соціальні стрижні. Давність як основа подальшої власності реалізує мовчазне погодження попереднього носія права на уступку іншій особі, це відбувається за згоди власника або без такої, але його пасивність протягом встановленого законом періоду вільно чи невільно має юридичне значення. Натомість за наявності обставин, вказаних у ч. 1 ст. 388 ЦКУ, можливість особи, яка втратила річ, повернути її припиняється якраз не з огляду на тривале користування іншим суб'єктом, а саме в зв'язку з набуттям останнім права власності. Сене та значення придбання права власності за давністю володіння полягає у тому, що власник втратив інтерес до права і не вимагає його здійснення. Слід визнати цілком правильним твердження В.А. Рахміловича: набувальна давність застосовується, зокрема, у тих випадках, коли річ могла бути витребувана у добросовісного набувача, коли ж майно не може бути витребуване – немає місця для набувальної давності¹¹.

І з урахуванням цього сфера застосування набувальної давності для добросовісних набувачів насправді значно звужується: за чинним українським законодавством такі суб'єкти стануть власниками утримуваного майна тільки за наявності складного фактичного складу: 1) річ отримана безоплатно або вона свого часу вибула від власника з дефектом волі останнього; 2) власник протягом позовної давності не витребував річ із добросовісного незаконного володіння. Відтак, саме звуженням застосування давнісного набувального інституту до добросовісних набувачів певною мірою пояснюється розширення кола осіб, що можуть отримати власність за давністю володіння, за рахунок суб'єктів, які не повернули майно після закінчення строку договору. Однак правовий режим набуття власності останніми та добросовісними особами не є тотожним. Різниця не тільки у тривалості належного давнісного володіння нерухомим майном (для добросовісних набувачів цей період становить 10 років, тоді як для володільців, що продовжують утримувати чуже майно після спливу договору – 15 років). Істотно відрізняється і порядок обчислення набувальної давності. У першому випадку вона починається від терміну заволодіння, а у другому – після закінчення позовної давності.

Між тим, свого часу дослідниками коментованого питання була висловлена думка, що набувальна давність, незважаючи на наявність всіх окремо для неї вказаних у законі умов, не може мати місце, якщо в той же самий час не було давності, що погашає право¹². І хоча дана теза була запроваджена ще тоді, коли згідно із законодавством вплив позовної давності за вимогами про повернення майна з чужого незаконного володіння одночасно означав і набуття нетитульним володільцем права власності на річ, вона, на нашу думку, зберегла певне обмежене втілення і зараз. У сучасній доктрині теж популярною є точка зору, відповідно до якої обов'язковою умовою набуття власності за давністю володіння мусить бути вплив позовної давності – періоду на судовий захист порушеного речового права первинного власника. Інакше, мовляв, ситуація буде абсурдною: у особи буде існувати право на відшкодування, тоді як набувальна давність вже спливла і володільць став власником¹³.

Це питання потребує детальнішого критичного дослідження. Дійсно, за чинним законодавством деякі набувні строки починаються тільки після спливу позовної давності, і в цьому аспекті озвучене правило є справедливим. Наприклад, перебіг набувальної давності для особи, яка заволоділа чужим майном на підставі договору і не повернула його після закінчення дії угоди, починається після спливу позовної давності (ч. 3 ст. 344 ЦКУ). Остання, в свою чергу, починається від моменту порушення суб'єктивного права власника (титульного володільця), тобто від дати, коли майно мало бути повернене (для договірних взаємин загальне правило про врахування при обчисленні позовного строку суб'єктивного чинника – моменту усвідомлення носієм права факту порушення та отримання інформації про порушника – не діє в силу припису ч. 1 п. 5 ст. 261 ЦКУ). Отже, для даної категорії набувачів давнісне володіння почнеться через три роки після порушення, якщо позовна давність не переривалась чи не зупинялась. Тож можна стверджувати, що без початку чи закінчення позовної давності не відбудеться перебіг давності набувальної у разі, коли особа заволоділа майном на підставі договору з його власником, але останній після закінчення дії угоди не вимагав повернення речі. У цьому випадку за прямою вказівкою закону перебіг давності набувальної починається тільки після спливу позовної.

Втім, дане правило не є абсолютним, у інших ситуаціях цивільне законодавство України створює можливість для набуття чужого майна у власність за давністю володіння незалежно від перебігу позовного строку, іноді навіть ще до того, як розпочнеться позовна давність за вимогами власника. Скажімо, неволодіючий власник майна може захистити своє суб'єктивне право, пред'явивши позов до суду з вимогою до володіючого невластника. Давнісний строк для захисту суб'єктивного права обчислюється від часу, коли віритель довідався про порушення чи про особу порушника. Якщо відповідач заволодів майном на підставі договору з його власником, термін початку перебігу давності обраховується, як правило, від дати порушення умов цивільно-правової угоди. Коли ж відносини з витребування регулюються нормами речового права (наприклад, при втраті власником речі не зі своєї волі), перебіг позовної давності починається, переважно, від часу встановлення особи, яка порушила право. Але в такому разі цілком припустимо, що перебіг давнісного строку почнеться вже після того, як добросовісний володільць стане власником речі за набувальною давністю, позаяк закон пов'язує перебіг набувального строку зі спливом давності лише для відносин, коли особа заволоділа майном на підставі договору з його власником. У результаті власник, від якого майно вибуло поза його волю, певний час не зможе звернутися до суду за захистом права власності, оскільки йому не відома особа, що порушила право. А потім після спливу набувального строку, навіть якщо ця особа стане відомою, судовий захист прав такого суб'єкта буде також неможливим, оскільки право власності на річ вже не буде йому належати і тому не підлягає захисту.

Як бачимо, діюча редакція цивільно-правових норм, що регулюють вказані відносини, несприятлива для неволодіючого власника. Крім того, конструкція ч. 1 ст. 261 ЦК України є такою, що практично не дає змоги власнику ефективно захистити своє матеріальне право при вибутті майна із його володіння поза волею останнього. Як уже зазначалося, положення коментованої норми про початок перебігу позовної давності від часу, коли суб'єкт довідався про особу, яка його порушила, має застосовуватися при порушенні абсолютних суб'єктивних прав, зокрема, права власності. При цьому заволодіння чужою річчю має відбуватися не на підставі цивільно-правового договору. Водночас внесення до ч. 1 ст. 344 Цивільного кодексу положення, аналогічного тому, що міститься в ч. 3 цієї статті щодо набуття права власності на чуже майно за набувальною давністю через певний строк після спливу позовної давності, а не після фактичного заволодіння річчю, може порушити права добросовісного нетитульного володільця: за умови, що перебіг давнісного строку за вимогами, які витікають з порушення речового права, починається від моменту отримання потерпілим відомостей про особу, яка вчинила порушення, а перебіг набувального строку почнеться після спливу давнісного, добросовісний володільця може взагалі не бути права власності на майно за набувальною давністю.

При цьому часто стає невизначеним момент набуття права власності за давністю володіння. Позовна давність протягом своєї тривалості може зупинитися чи перериватися. Чинники, які зумовлюють відповідне коригування обчислення даного строку, відомі, як правило, лише власникові, і навряд чи він буде їх оприлюднювати. За таких обставин буває важко встановити початок, а відтак, і момент закінчення набувального строку, бо володільцеві не завжди точно відомо, коли закінчилася позовне домагання за вимогами до нього. У такій ситуації, як вказував І.С. Енгельман, умалюється значення належних відповідачеві-володільцеві заперечень проти ввідикації. «Яка користь виставляти докази давнісного володіння, якщо позивач може спростувати їх тим, що для нього позовний строк починається не з того моменту, як те рахує відповідач»¹⁴.

З огляду на викладене вважаємо за необхідне внести зміни до чинного законодавства про набувальну давність: в усіх без винятку випадках її перебіг повинен починатися від часу заволодіння річчю. А особливості характеру заволодіння мають враховуватися шляхом встановлення різної тривалості набувального строку. Власне кажучи, запропонований варіант у абсолюті теж не є ідеальним, і ми це усвідомлюємо. Так, якщо завжди буквально дотримуватися правила про обов'язкове відмежування моментів закінчення позовної та початку набувальної давності, можуть виникнути деякі наслідки іншого небажаного стибу. Утім, вони набагато легше усуваються як шляхом нормативного коригування, так і на рівні правозастосування. Скажімо, за українським законодавством перебіг позовної давності за вимогами про витребування речі починається від моменту, коли власник дізнався про особу фактичного володільця – порушника його речового права. Цей момент може сильно відрізнятись від дати окупації майна. Для добросовісного набувача давнісне володіння починається від часу отримання речі і надалі триває до закінчення встановлених строків. Якщо протягом даного часу власник не отримує інформації про порушника, у нього не виникне позовне домагання, але це жодним чином не вплине на набувальну давність: після її закінчення володільця набуває право власності. На наш погляд, це цілком нормальне явище, оскільки за іншого способу регулювання і давність позовна, і як наслідок давність набувальна в окремих випадках не настане ніколи.

Дещо інший наслідок отримаємо, якщо позовна давність почалася протягом перебігу набувального строку (наприклад, власник у цей період дізнався про володіння), але до закінчення набувальної давності позов так і не був пред'явлений. Утім, в останньому випадку може трапитися, що позовна давність виникла якраз наприкінці набувального строку, що сильно ускладнить чи навіть унеможливить підготовку та пред'явлення ввідикаційного позову за дуже короткий період. Чи являє собою така ситуація незручність для власника? Безумовно. Ось тут і має спрацювати коригувальний правовий механізм для загального правила: дану конструкцію теж слід врахувати нормативно, наприклад шляхом подовження набувальної давності на мінімально необхідний строк для пред'явлення позову (наприклад, шість місяців), якщо протягом її нормальної тривалості власник пред'явить володільцеві несудову вимогу, і позовна давність за такою вимогою виникла не більш як за два місяці до спливу нормального перебігу набувальної давності.

На практиці цілком реальною є ситуація, коли пред'явлення ввідикаційного позову до нетитульного володільця річчю відбулося протягом набувального строку, але під час судового розгляду справи останній спливе. Оскільки жодних застережень стосовно можливості переривання чи зупинення набувальної давності у таких випадках цивільний закон не містить, отримаємо фактичне становище, згідно з яким на момент винесення судового рішення давнісний володільця перетвориться на власника, тоді як позивач втратить те матеріальне право, за захистом якого він звертався. Як результат, позивачу буде відмовлено у правовому захисті у зв'язку з припиненням існування самого суб'єктивного права. Таке становище не сприяє стабільності та одноманітності регулювання коментованих відносин.

На підставі проведеного дослідження можемо зробити певні **висновки**. Сучасне законодавство на відміну від законодавства XIX ст. не пов'язує момент закінчення позовної давності з моментом закінчення набувальної, воно також не завжди ув'язує початок набувальної давності із закінченням перебігу позовної. Відтак, між кінцевими термінами вказаних строків може бути досить тривалий проміжок часу. Протягом цього періоду документальний власник часто не може повернути собі річ, оскільки можливість примусового захисту права вже скінчилася, а інша особа, володіючи річчю, не стає її власником. Виникає фактично нове речове право – право на нетитульне давнісне володіння чужою річчю. Тривалість дії такого права становить час від добросовісного заволодіння (і в цьому випадку частково може збігатися з перебігом позовної давності) або від закінчення позовної давності при неповерненні речі, отриманої за договором.

У разі набуття нетитульним володільцем права власності на майно за набувальною давністю пред'явлення до нього віндикаційного позову виключається: з таким позовом до суду може звернутися лише власник, але у речі не може бути декількох власників, право власності позивача припиниться. Але цивільним законом попередньому власнику має бути надане право на судовий захист, а ст. 344 ЦК – доповнена нормою такого змісту: «При набутті володільцем права власності на майно за набувальною давністю право власності попереднього власника на дане майно припиняється. У разі, коли перебіг позовної давності за вимогами власника про повернення майна, яке вибуло з володіння не з його волі, не вплив до моменту набуття володільцем права власності на чуже майно за набувальною давністю, попередній власник може звернутися до суду з вимогою про визнання за ним права власності на спірне майно в межах строків позовної давності, що залишилися, а якщо цей строк становить менше шести місяців, то він продовжується до шести місяців». Подовження давнісного строку до шести місяців необхідне тому, що позивачу при пред'явленні позову буває важко встановити точну дату початку перебігу набувальної строку, а відтак і моменту набуття права власності за набувальною давністю. У ч. 3 ст. 344 ЦКУ слід також зазначити, що набувальна давність для визначених у ній випадків починає свій перебіг від моменту неповернення майна на виконання договору володільцем.

¹ Бутовский А.Н. Давность и юридические лица / А.Н. Бутовский // Вестник права и нотариата. – 1909.– № 2. – С. 2.

² Гаджиев Г.А. О субъективном имущественном праве добросовестного владельца / Г.А. Гаджиев // Актуальные проблемы науки и практики коммерческого права : сб. научных статей. – М.: Волтерс Клувер, 2005. – Вып. 5. – С. 274.

³ Памятники римского права: Законы XII таблиц. Институции Гая. Дигесты Юстиниана. – М.: Зерцало, 1997. – С. 8.

⁴ Российское законодательство X–XX веков: в 9 т. / под общ. ред. Чистякова О.И. – М.: Юридическая литература, 1984. – Т. 1: Законодательство Древней Руси / отв. ред. Янин В.Л. – С. 332.

⁵ Полный сводъ законовъ Россійской имперіи в 2-хъ книгахъ / сост. А.Л. Саатчиан. – СПб.: Законоведение, 1911. – Кн. 2. – С. 822–823.

⁶ Северова С.С. Набувальна давність у цивільному праві України: Питання застосування за матеріалами судової практики / С.С. Северова // Науковий вісник Ужгородського національного університету. – 2011. – Вип. 17. – С. 115. – (Серія «Право»).

⁷ Цікало В.І. Поняття набувної давності / В.І. Цікало // Держава і право. Юридичні і політичні науки. – К.: Інститут держави і права НАН України, 2001. – Вип. 13. – С. 289–290.

⁸ Авласевич А.И. Проблемы приобретения права собственности от неуправомоченного отчуждателя, владения и владельческой защиты / А.И. Авласевич : [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.ibil.ru/index.php?type=review&area=1&p=articles&id=708>

⁹ Скловский К.И. Собственность в гражданском праве: учеб.-практ. пособ. / К.И. Скловский. – М.: Дело, 1999. – С. 253.

¹⁰ Морандьер Жулио де ла. Гражданское право Франции / Жулио де ла Морандьер ; пер. с франц.: Е.А. Флейшиц. – М.: Иностранная лить-ра, 1960. – Т. 2. – С. 138.

¹¹ Рахмилович В.А. О праве собственности на вещь, отчужденную неуправомоченным лицом добросовестному приобретателю (к вопросу о приобретении права от неуправомоченного лица) / В.А. Рахмилович // Проблемы современного гражданского права: сб. статей / отв. ред. В.Н. Литовкин, В.А. Рахмилович. – М.: Городец, 2000. – С. 127–128.

¹² Боровиковский А. Отчет судьи. Давность / А. Боровиковский. – С-Пб., 1892. – С. 58.

¹³ Бабаев А.Б. Система вещных прав: монографія / А.Б. Бабаев. – М.: Волтерс Клувер, 2007. – С. 73.

¹⁴ Энгельман И.Е. О давности по русскому гражданскому праву: Историко-догматическое исследование / И.Е. Энгельман. – М.: Статут, 2003. – С. 18.

Резюме

Гуйван П.Д. Феномен взаємних перебігів набувальної та позовної давностей.

У статті проведено аналіз правової сутності набувальної давності в цивільному праві. Досліджено зміст суб'єктивного права незаконного набувача на давнісне володіння майном протягом встановленого законом строку і співвідношення його в темпоральному сенсі з правом власника на витребування речі з чужого володіння. Проаналізовано взаємозв'язки між перебігами набувальної і позовної давності та визначено наслідки закінчення зазначених періодів. На базі наукового аналізу змісту і призначення даних строків здійснено їх розмежування за специфічністю ознак та правових наслідків.

Ключові слова: набувальна давність, позовна давність, віндикація, документальний власник.

Резюме

Гуйван П.Д. Феномен взаимных течений приобретательной и исковой давности.

В статье проведен анализ правовой сущности приобретательной давности в гражданском праве. Исследовано содержание субъективного права незаконного приобретателя на давностное владение имуществом в течение указанного срока и соотношение его в темпоральном смысле с правом собственника на истребование вещи из чужого владения. Проанализированы взаимосвязи между течениями приобретательной и исковой давности и определены последствия окончания указанных сроков. На базе научного анализа содержания и назначения данных сроков осуществлено их разграничение по специфичности признаков.

Ключевые слова: приобретательная давность, исковая давность, вилдикация, документальный владелец.

Summary

Guyvan P. The phenomenon of the mutual course of acquisitive prescription and limitation of action.

The article analyzes the legal nature of acquisitive prescription in civil law. The content of the subjective right of an illegal purchaser to prescriptive possession of property during a specified period and its correlation in the temporal sense with the right of the owner to reclaim things from someone else's possession is researched. The relationship between courses of acquisitive prescription and

limitation of action are analyzed and the consequences of terminating these terms are defined. The differentiation of these terms by the specificity of characteristics is made on the basis of scientific analysis of contents and purposes of these terms.

Key words: acquisitive prescription, limitation of action, vindication, documentary owner.

УДК 349.22: [347.155:378.091.12-057.17] – (045)

Б.М. ГУК

Богдан Михайлович Гук, кандидат юридичних наук, доцент, начальник відділу кадрів Черкаського національного університету імені Богдана Хмельницького

ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВОГО СТАТУСУ ЗАВІДУВАЧА КАФЕДРИ ЗАКЛАДУ ВИЩОЇ ОСВІТИ: ТЕОРЕТИЧНІ АСПЕКТИ І ПРАКТИЧНІ ПРОБЛЕМИ

Серед пріоритетів державної політики в умовах реформування освітянської сфери вбачається необхідність формування якісного складу керівних і науково-педагогічних кадрів закладу вищої освіти, як обов'язкових учасників освітнього процесу.

Провідне місце в організації освітнього процесу в закладах вищої освіти III–IV рівня акредитації займає завідувач кафедри, який здійснює керівництво кафедрою, забезпечує організацію освітнього процесу, виконання навчальних планів і програм навчальних дисциплін, а також контроль за якістю викладання навчальних дисциплін, навчально-методичною та науковою діяльністю викладачів¹. За змістом таких законодавчо закріплених повноважень посада завідувача кафедри набуває статусу керівного працівника, що підтверджується і низкою підзаконних актів, проаналізованих нижче. Водночас ч. 1 ст. 55 Закону України «Про вищу освіту» посаду завідувача кафедри віднесено до категорії науково-педагогічних працівників, основним завданням яких є провадження навчальної, методичної, наукової та організаційної діяльності².

Таким чином, законодавець одночасно наділив завідувача кафедри, з одного боку, управлінськими функціями з організації та забезпечення освітнього процесу, а з іншого, як науково-педагогічного працівника, – функціями практичної реалізації навчальної (освітньої), методичної, наукової складової освітнього процесу, іншими словами – провадження викладацької роботи і наукових досліджень. Таке поєднання в одній посаді організаційних і практичних напрямів освітньої і наукової діяльності породжує низку проблем як у теоретичному визначенні поняття та змісту посади «завідувач кафедри», так і в правозастосовній практиці щодо визначення посадових обов'язків керівника кафедри при укладанні трудового договору із закладом вищої освіти. На таку думку наштовхує дослідження нормативних актів, наукових джерел, а також вивчення практичної діяльності окремих закладів вищої освіти щодо визначення статусу завідувача кафедри і його повноважень.

На різних наукових рівнях проблеми правового регулювання трудових відносин і статусу науково-педагогічних працівників, певною мірою й завідувача кафедри, досліджували І. Дзюба, Ю. Єпіфанова, Т. Романенко, Т. Красюк, Д. Черкашин, О. Святоцький, Г. Яковлева та інші науковці. Незважаючи на значний науковий інтерес до проблеми діяльності науково-педагогічних працівників, практично не досліджуються проблеми правового статусу завідувача кафедри у закладі вищої освіти III–IV рівня акредитації. На нашу думку, актуальною і нині залишається теза Д. Черкашина, що законодавство у сфері вищої освіти «є значною мірою невпорядкованим, суперечливим, складним і подекуди неможливим для реалізації»³. Таке становище призводить до «неоднозначності застосування переліку, зокрема неправильного зазначення посад, неточностей посад за назвою, віднесення до НПП інших працівників, які не можуть бути віднесені до них»⁴.

З огляду на колізійні положення нормативно-правових актів, що визначають місце керівника кафедри в освітньому процесі, неоднозначні нормативні й наукові підходи до формування понятійного апарату категорій науково-педагогічного працівника та завідувача кафедри, нині залишається актуальною потреба у продовженні дослідження цієї проблеми.

Метою даної статті є дослідження правової природи посади завідувача кафедри і її зіставлення з посадою науково-педагогічного працівника, визначення місця завідувача кафедри в системі управління закладом вищої освіти та освітньому процесі, формування власного бачення особливостей статусу й трудових відносин завідувача кафедри у закладі вищої освіти, розробка авторських пропозицій щодо шляхів вирішення порушеної проблеми.

Перші проблеми реалізації правових актів, що регулюють трудові відносини науково-педагогічних працівників, зокрема й завідувача кафедри, виникають уже при формуванні штатного розпису закладу вищої освіти й узгодження назви посади керівника кафедри з чинним законодавством, розрахунку кількості посад науково-педагогічних працівників, навчального навантаження тощо.

На законодавчому рівні визначено, що до складу кафедри входить не менше п'яти науково-педагогічних працівників, для яких кафедра є основним місцем роботи, і не менш як три з них мають науковий ступінь або вчене (почесне) звання⁵, а керівництво кафедрою, згідно з ч. 6 ст. 35 Закону України «Про вищу освіту», здійснює завідувач. Надавши завідувачу кафедри статусу керівника структурного підрозділу закладу вищої освіти, законодавець у ч. 7 ст. 35 Закону України «Про вищу освіту» закріпив і коло його повноважень з організації освітнього процесу, які за своїм змістом мають всі ознаки управлінської діяльності, що одночасно охоплює і категорію «керівництво», і тотожну категорію «управління». У теорії адміністративного права «управління» визначається як діяльність, спрямована на керівництво чимось, а також як цілісна система, що складається із взаємодіючих елементів⁶. Разом із тим термін «управління» використовується для визначення цілеспрямованої дії на об'єкт з метою зміни його стану або поведінки, збереження певної структури, підтримання оптимальної діяльності та реалізації певної програми режиму стосовно організованих систем, у тому числі й соціальної⁷. До компонентів управлінської системи науковці відносять суб'єкт управління; об'єкт управління; керуючий вплив; зворотні зв'язки⁸.

Практично всі ці елементи закріплено у повноваженнях завідувача кафедри, який є суб'єктом управління структурним підрозділом, керуючий вплив якого спрямовано на об'єкт управління – кафедру. Керуючий вплив завідувача кафедри на її колектив полягає у плануванні роботи кафедри щодо здійснення освітньої і наукової діяльності, постановці поточних і перспективних завдань, розподілі навчального навантаження між викладачами кафедри, погодженні індивідуальних планів викладача, що в цілому називається організацією освітнього процесу. Зворотній зв'язок полягає в отриманні завідувачем кафедри інформації про виконання навчального плану, дотримання графіку освітнього процесу і розкладу занять, успішність студентів, виконання запланованих заходів тощо. Тобто, завідувач кафедри, як керівник структурного підрозділу, наділений організаційно-розпорядчими функціями, під якими Пленум Верховного суду України розуміє «обов'язки по здійсненню керівництва галуззю промисловості, трудовим колективом, ділянкою роботи, виробничою діяльністю окремих працівників на підприємствах, в установах чи організаціях незалежно від форми власності. Такі функції виконують, зокрема, і завідувачі кафедрами»⁹.

До керівного складу посаду завідувача кафедри відносить і Національний класифікатор України ДК 003:210 «Класифікатор професій», у якому професійну назву роботи «завідувач кафедри» з кодом 1229.4 розміщено в підрозділі «Керівники підрозділів у сфері освіти та виробничого навчання»¹⁰. У свою чергу, Міністерство освіти і науки України звертає увагу керівників закладів вищої освіти, що виконання повноважень на посаді керівника кафедри передбачає здійснення адміністративних, управлінських (забезпечення організації та виконання) та контрольних функцій, так само, як і виконання повноважень на посадах ректора, проректора, керівника факультету (декана, начальника), керівника навчально-наукового інституту (директора, начальника) тощо, не дає йому можливості одночасно займати дві керівні посади¹¹. Тим самим центральний орган виконавчої влади у сфері освіти і науки підкреслює статус завідувача кафедри як керівника, що стоїть в одному ряду з іншими керівниками – організаторами освітнього процесу.

Викладене дає всі підстави стверджувати, що правова природа посади завідувача кафедри полягає в унормуванні Законом України «Про вищу освіту» та іншими законами й підзаконними актами її організаційних та функціональних елементів, відповідних кваліфікаційних вимог, прав та обов'язків тощо. У сукупності всі ці елементи вказують на спеціальний правовий статус завідувача кафедри як керівника навчально-наукового підрозділу закладу вищої освіти III–IV рівня акредитації з виконанням специфічних адміністративно-управлінських функцій, спрямованих на організацію освітнього процесу.

Варто звернути увагу на ще одну особливість правового статусу завідувача кафедри, посаду якого ч. 1 ст. 55 Закону України «Про вищу освіту» віднесено ще й до категорії науково-педагогічних працівників. Вичерпний перелік посад науково-педагогічних працівників дає постанова Кабінету Міністрів України від 14 червня 2000 р. № 963 «Про затвердження переліку посад педагогічних та науково-педагогічних працівників», де назва посади завідувача кафедри використовується у подвійному значенні – «завідувач кафедрою-професор»¹². Це додатково підкреслює статус завідувача кафедри, як науково-педагогічного працівника, який посаду керівника поєднує із посадою професора, у розумінні викладача, а не вченого звання, що впливає із самої назви підзаконного акта. Враховуючи, що відповідно до ч. 6 ст. 35 Закону України «Про вищу освіту» завідувачем кафедри може бути особа з будь-яким науковим ступенем та/або вченим (почесним) званням, то, на нашу думку, залежно від рівнів наукового ступеня і вченого звання працівника посаду завідувача кафедри можна поєднувати також із посадою доцента.

На відміну від названої постанови, у додатку 2 до постанови Кабінету Міністрів України від 30 серпня 2002 р. № 1298 посада «завідувач кафедри» віднесена до категорії «керівні та науково-педагогічні працівники»¹³, але без уточнюючої кваліфікуючої ознаки «професор» чи «доцент». Зважаючи, що у зазначеній постанові категорії «керівні та науково-педагогічні працівники» не розмежовані, а розміщення посади «завідувач кафедри» в одному рядку з посадами «декан», «професор», «доцент» підтверджує, що посаду завідувача кафедри віднесено одночасно до категорії керівних і науково-педагогічних працівників закладу вищої освіти та має подвійний статус. Натомість наказ Міністерства освіти і науки України від 26 вересня 2005 р. № 557 «Про впорядкування умов оплати праці та затвердження схем тарифних розрядів працівників навчальних закладів, установ освіти та наукових установ» у додатку 2 вживає термін «завідувач кафедри (професор)»¹⁴, визначивши таким чином тарифний розряд для посади завідувача кафедри, поєднаної з посадою професора.

Разом із тим названими нормативними актами не передбачено поєднання посади завідувача кафедри з посадою доцента, хоча на практиці це досить часто зустрічається.

Таким чином, акти, які унормовують правовий статус завідувача кафедри, містять колізійні положення, що у практичній діяльності породжує неоднозначні підходи при укладанні трудового договору із завідувачем кафедри, визначенні обсягу його прав та обов'язків, навчального навантаження, умов оплати праці тощо. Так, у штатному розписі Хмельницького національного університету посаду керівника кафедри названо «завідувач (професор)»¹⁵, що узгоджується з наказом МОН України від 26 вересня 2005 р. № 557, але суперечить Закону України «Про вищу освіту», постанові Кабінету Міністрів України від 30 серпня 2002 р. № 1298 і Класифікатору професій. Херсонський національний технічний університет у штатний розпис на 2018 р. увів посаду «завідувач кафедри»¹⁶, що відповідає Закону України «Про вищу освіту», постанові Кабінету Міністрів України від 30 серпня 2002 р. № 1298, Класифікатору професій, але конфліктує з положеннями інших нормативних актів. Штатний розпис Житомирського державного університету імені Івана Франка містить назви «завідувач кафедри професор» і «завідувач кафедри доцент»¹⁷, що не відповідає жодному із названих вище нормативних актів. Наведене розмаїття у штатних розписах різних закладів вищої освіти підкреслює відсутність єдиного підходу до унормування правового статусу посади завідувача кафедри, хоча кожен з названих штатних розписів затверджено Міністерством освіти і науки України.

Таке становище дає можливість контролюючим органам на свій власний розсуд, не завжди обґрунтований, визначати правомірність чи протиправність дій роботодавця при визначенні штатних посад та умов оплати праці зазначеної категорії працівників закладів вищої освіти, ведення записів у їх трудових книжках тощо. На перший погляд справедливими видаються вимоги окремих територіальних органів Державної служби України з питань праці на необхідність дотримання п. 2.14 Інструкції про порядок ведення трудових книжок працівників, згідно з яким «записи про найменування роботи, професії або посади на яку прийнятий працівник, виконуються для робітників та службовців відповідно до найменування професій і посад, зазначених у «Класифікаторі професій»¹⁸. На можливість такого порушення звертає увагу Міністерство соціальної політики України, підкреслюючи, зокрема, що «назви посад (професій), які передбачаються в штатному розписі, повинні відповідати «Класифікатору»¹⁹. Невідповідність запису у трудовій книжці працівника класифікатору кваліфікується як порушення встановленого порядку ведення трудових книжок, за що посадові особи можуть нести дисциплінарну, а в передбачених законом випадках іншу відповідальність²⁰. Дане питання також видається спірним і потребує окремого дослідження, оскільки відповідно до п. 2.4 названої вище Інструкції про порядок ведення трудових книжок вносяться після видання відповідного наказу (розпорядження) і повинні точно відповідати тексту наказу (розпорядження).

За таких обставин роботодавець, з одного боку, несе певний ризик юридичної відповідальності при внесенні до штатного розпису посади, яка не передбачена Класифікатором професій. Проте, з іншого боку, при визначенні посади керівника кафедри у штатному розписі заклад вищої освіти, з огляду на колізії у нормативному регулюванні відносин науково-педагогічних працівників, уточнює посаду завідувача кафедри такою кваліфікуючою ознакою, як професор, що передбачено окремими підзаконними актами, або за аналогією – доцент. Цим самим підкреслюється особливий правовий статус завідувача кафедри не тільки як керівника кафедри, а й як науково-педагогічного працівника, що унормовується штатним розписом, затвердженим Міністерством освіти і науки України.

Поєднання посади завідувача кафедри з посадою професора чи доцента зобов'язує керівника кафедри виконувати відповідне навчальне навантаження. Така думка формується на підставі аналізу змісту ст. 53 Закону України «Про вищу освіту», якою визначено, що науково-педагогічні працівники – це особи, які за основним місцем роботи у закладах вищої освіти провадять навчальну, методичну, наукову (науково-технічну, мистецьку) та організаційну діяльність. Можна погодитися, що законодавче визначення поняття науково-педагогічного працівника видається недосконалим, оскільки призводить до виникнення труднощів у правозастосовній діяльності, зокрема при призначенні пенсій, пільг, наданні відпусток тощо вказаній категорії осіб²¹.

Зважаючи на дискусійні підходи до визначення поняття «науково-педагогічний працівник», питання унормування правового статусу завідувача кафедри як науково-педагогічного працівника ще більше ускладнюється. Але аналізуючи зміст приведеної вище ст. 53 Закону України «Про вищу освіту», на нашу думку, вживання у такій правовій конструкції сполучника «та» підкреслює, що організаційна діяльність, яку здійснює завідувач кафедри, має поєднуватися з навчальною роботою, що може бути додатковим аргументом віднесення керівника кафедри до категорії науково-педагогічного працівника.

Поклавши на завідувача кафедри адміністративно-управлінські функції з керівництва ключовим навчально-науковим підрозділом, законодавець визначив коло його повноважень як керівника підрозділу, без уточнення повноважень завідувача кафедри як науково-педагогічного працівника. На нашу думку, в основі такого нормативного рішення є певні юридичні підстави. Насамперед слід виходити з того, що до складу кафедри, як базового структурного підрозділу закладу вищої освіти, входить не менше п'яти науково-педагогічних працівників, для яких кафедра є основним місцем роботи, і не менш як три з них мають науковий ступінь або вчене (почесне) звання²². Одним із таких трьох науково-педагогічних працівників апriori є завідувач кафедри, який повинен мати науковий ступінь та/або вчене (почесне) звання відповідно до профілю кафедри²³, який забезпечує організацію освітнього процесу, виконання навчальних планів і програм навчальних дисциплін, здійснює контроль за якістю викладання навчальних дисциплін, навчально-методичною та

науковою діяльністю викладачів²⁴. Разом із тим жоден нормативний акт прямо не зобов'язує завідувача кафедри виконувати певне навчальне навантаження. Натомість такий обов'язок, як зазначалося вище, впливає з аналізу положень чинного законодавства України, що регулює освітню і наукову діяльність.

Виходячи з того, що освітній процес, це система науково-методичних і педагогічних заходів, спрямованих на розвиток особистості шляхом формування та застосування її компетентностей²⁵, завідувач кафедри повинен не тільки управляти кафедрою, а зобов'язаний брати безпосередню участь в освітньому процесі, включаючи і викладацьку діяльність, спрямовану, зокрема, на формування знань, інших компетентностей, світогляду, розвиток інтелектуальних і творчих здібностей, емоційно-вольових та/або фізичних якостей здобувачів освіти²⁶. Відповідно до Закону України «Про наукову і науково-технічну діяльність» науково-педагогічна діяльність – це педагогічна діяльність в університетах, академіях, інститутах та закладах післядипломної освіти, що пов'язана з науковою та (або) науково-технічною діяльністю²⁷. У свою чергу, педагогічна діяльність передбачає інтелектуальну, творчу діяльність педагогічного (науково-педагогічного) працівника у формальній та/або неформальній освіті, спрямовану на навчання, виховання та розвиток особистості, її загальнокультурних, громадянських та/або професійних компетентностей²⁸. Разом із тим визначено, що робочий час науково-педагогічного працівника включає час виконання ним навчальної, методичної, наукової, організаційної роботи та інших трудових обов'язків²⁹. Такі нормативні положення дає підстави погодитися з думкою Г. Яковлевої, що «завідувач кафедри зобов'язаний виконувати педагогічне навантаження без додаткової оплати за такий вид діяльності. Доплати для нього передбачені лише за виконання адміністративних функцій з управління кафедрою та керівництво трудовим колективом такого структурного підрозділу вищого навчального закладу»³⁰.

Таким чином, управлінські функції завідувача кафедри полягають в керуванні об'єктом управління, тобто кафедрою та її науково-педагогічним і навчально-допоміжним складом й освітнім процесом, а наявність статусу науково-педагогічного працівника спонукає його до безпосередньої освітньої діяльності, змістом якої, як зазначалося вище, є організація, забезпечення та практична реалізація освітнього процесу.

Зважаючи на специфіку науково-педагогічної діяльності, слід диференційовано підходити до виконання трудової функції науково-педагогічними працівниками. Для урегулювання трудових відносин науково-педагогічних працівників, зокрема й завідувача кафедри, поряд із загальними нормами трудового права необхідно використовувати і спеціальні норми профільного законодавства, що регулюють трудові відносини у сфері освіти, зокрема, ч. 2 ст. 56 Закону України «Про вищу освіту» про включення до робочого часу науково-педагогічного працівника навчальної, методичної, наукової роботи тощо. Частина 4 цієї ж статті уточнює, що види навчальної роботи науково-педагогічних працівників відповідно до їх посад встановлюються закладом вищої освіти за погодженням з виборними органами первинних організацій (профспілковим представником). Такі нормативні положення надають право керівнику закладу вищої освіти в установленому порядку, за погодженням зі вченою радою, визначати нормативи навчального навантаження професора чи доцента, який одночасно займає посаду завідувача кафедри, а також урегульовувати інші питання трудових відносин із завідувачем кафедри. Тобто, додатковими правовими підставами надання навчального навантаження завідувачу кафедри є локальні нормативні акти окремо взятого закладу вищої освіти.

Проведений аналіз нормативних актів та наукових джерел дає підстави дійти наступних висновків. По-перше, посада завідувача кафедри закладу вищої освіти III–IV рівня акредитації має подвійний правовий статус – керівник і науково-педагогічний працівник одночасно. По-друге, як науково-педагогічний працівник завідувач кафедри зобов'язаний виконувати відповідне навчальне навантаження за нормою часу, визначеною закладом вищої освіти, але в межах 600 годин, визначених Законом України «Про вищу освіту». По-третє, можна визнати правомірним вживання у штатному розписі закладу вищої освіти назву посади «завідувач-професор», що відповідає постанові Кабінету Міністрів України від 14 червня 2000 р. № 963. Неузгодженість цієї назви з Класифікатором професій можна пояснити пріоритетом нормативного акта Кабінету Міністрів України перед Класифікатором професій, який затверджений наказом Державного комітету України з питань технічного регулювання та споживчої політики від 28 липня 2010 р. № 327, до того ж донині не зареєстрований Міністерством юстиції України.

На нашу думку, статус завідувача кафедри потребує додаткового унормування хоча би на підзаконному рівні, правові підстави для чого впливають насамперед із Закону України «Про вищу освіту» та й інших профільних законів. Видається доцільним у відповідних постановах Кабінету Міністрів України терміни завідувач кафедри (професор) доповнити словами «доцент» і вживати терміни «завідувач-професор», «завідувач-доцент». Такі зміни і доповнення нададуть можливість Міністерству освіти і науки України внести відповідні корективи до наказу № 557 від 26 вересня 2005 р., що стане додатковими правовими підставами для формування штатного розпису закладами вищої освіти у повній відповідності до нормативних актів Кабінету Міністрів України та центрального органу державної влади, який реалізує державну політику у сфері освіти і науки.

Щодо відповідності назви посад у штатному розписі Класифікатору професій, на нашу думку, він може використовуватися як додаткове джерело формування посад, а встановлення відповідальності за недотримання вимог акта, який не пройшов в Міністерстві юстиції України правової експертизи на відповідність його Конституції та законодавству України, видається неправомірним.

Вирішення порушених питань, звичайно, потребує подальшого детального і ґрунтовного наукового дослідження, продовження комплексних наукових розвідок на шляху реформування організаційно-правових

засад діяльності вищої школи в цілому і, зокрема, у формуванні якісного кадрового потенціалу закладів вищої освіти, чіткого нормативного визначення статусу науково-педагогічних працівників і завідувача кафедри.

¹ Про вищу освіту: Закон України від 1 липня 2014 року № 1556-VII (редакція від 25.07.2018): [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua/1556-18> – Ст. 35. – Ч. 6.

² Там само. – Стаття 53, ч. 1.

³ Черкашин Д.К. Законодавче регулювання вищої освіти в Україні / Д.К. Черкашин // Науковий вісник Національного університету біоресурсів і природокористування України. – 2014. – Вип. 197 (2). – С. 220–226. – С. 221. – (Серія «Право») : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://nbuv.gov.ua/UJRN/nvnuau_grav_2014_

⁴ Романенко Т.А. Перелік посад науково-педагогічних працівників: правове регулювання / Т.А. Романенко // Актуальні проблеми держави і права: зб. наук. пр.; ОНЮА. – Одеса : Юрид. л-ра, 2005. – Вип. 25. – С. 355–359.

⁵ Про вищу освіту: Закон України від 1 липня 2014 року № 1556-VII (редакція від 25.07.2018): [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua/1556-18> – Ст. 33 ч. 5.

⁶ Державне управління: теорія і практика / за заг. ред. В. Авер'янова. – К. : Юрінком Інтер, 1998. – 432 с. – С. 26.

⁷ Адміністративне право України : підручник / за заг. ред. Т.О. Коломоєць – К. : Істина, 2009. – 480 с. – С. 35.

⁸ Колпаков В.К. Адміністративне право України: підруч. / В.К. Колпаков. – К. : Юрінком Інтер, 2013. – 736 с. – С. 18.

⁹ Про судову практику у справах про хабарництво: постанова Пленуму Верховного Суду України від 26 квітня 2002 р. № 5 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0005700-02>

¹⁰ Національний класифікатор України ДК 003:210: Класифікатор професій: наказ Держспоживстандарту України від 28.07.2010 р. № 327 (редакція від 30.11.2017) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua/go/z1456-16>

¹¹ Щодо одночасного зайняття або суміщення посад у вищому навчальному закладі: лист МОН України № 1/9-32 від 26.01.2015 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://mon.gov.ua/>

¹² Про затвердження переліку посад педагогічних та науково-педагогічних працівників: постанова Кабінету Міністрів України від 14.06.2000 р. № 963 (редакція від 23.08.2018) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/963-2000> , <https://mon.gov.ua/>

¹³ Про оплату праці працівників на основі Єдиної тарифної сітки розрядів і коефіцієнтів з оплати праці працівників установ, закладів та організацій окремих галузей бюджетної сфери: постанова Кабінету Міністрів України від 30 серпня 2002 р. № 1298 (редакція від 23.03.2012) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1298-2002>

¹⁴ Про впорядкування умов оплати праці та затвердження схем тарифних розрядів працівників навчальних закладів, установ освіти та наукових установ, у додатку 2 вживає термін «завідувач кафедри (професор)»: наказ Міністерства освіти і науки України від 26.09.2005 р. № 557 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1130-05>

¹⁵ Штатний розпис: Хмельницький національний університет IV рівня акредитації з січня 2017 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://www.khnu.km.ua/> Публічна інформація: штатний розпис на 2017 рік.

¹⁶ Штатний розпис Херсонського національного технічного університету з січня 2018 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: kntu.net.ua/kaf

¹⁷ Штатний розпис: Житомирський державний університет імені Івана Франка з 01 січня 2017 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://zu.edu.ua/штатний_розпис_на_2017_рік

¹⁸ Про затвердження Інструкції про порядок ведення трудових книжок працівників: наказ Міністерства праці України, Міністерства юстиції України, Міністерства соціального захисту населення від 29.07.1993 р. № 58 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: zakon.rada.gov.ua/go/z0110-93

¹⁹ Лист Мінсоцполітики України від 25.04.2013 р. № 336/13/155-13 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://www.msp.gov.ua/>

²⁰ Про трудові книжки працівників: постанова Кабінету Міністрів України від 27.04.1993 р. № 301 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: zakon.rada.gov.ua/go/301-93-p

²¹ Дзюба І. Поняття «науково-педагогічний працівник» / І. Дзюба // Юридична Україна. – 2016. – № 7–8. – С. 80–86. – С. 80.

²² Про вищу освіту: Закон України від 1 липня 2014 р. № 1556-VII (редакція від 25.07.2018): [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua/1556-18> – Ч. 5. – Ст. 33.

²³ Там само. – Ч. 6. – Ст. 35.

²⁴ Там само. – Ч. 7. – Ст. 35.

²⁵ Про освіту: Закон України від 5 вересня 2017 р. № 2145-VIII : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua/1556-18> – Ст. 1. – П. 6.

²⁶ Там само. – Ч. 1. – П. 4. – Ст. 1.

²⁷ Про наукову і науково-технічну діяльність: Закон України від 26 листопада 2015 р. № 848-VIII (редакція від 07.03.2018) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua/go/848-19> – Ст. 1. – П. 24.

²⁸ Про освіту: Закон України від 5 вересня 2017 р. № 2145-VIII: [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua/1556-18> – Ч. 1. – П. 21. – Ст. 1.

²⁹ Про вищу освіту: Закон України від 1 липня 2014 р. № 1556-VII (редакція від 25.07.2018): [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua/1556-18> – Ч. 6. – Ст. 56.

³⁰ Яковлева Г.О. Правовий статус учасників освітнього процесу у вищих навчальних закладах у світлі нового Закону України «Про вищу освіту» / Г. Яковлева // Право та інновації. – 2016. – № 1 (13). – С. 115–121. – С. 117.

Резюме

Гуж Б.М. Особливості правового статусу завідувача кафедри закладу вищої освіти: теоретичні аспекти і практичні проблеми.

У даній статті проаналізовані нормативно-правові засади визначення поняття і статусу посади завідувача кафедри закладу вищої освіти III–IV рівня акредитації, розкриті проблеми практичного поєднання посади завідувача кафедри як керівника

та як науково-педагогічного працівника. Сформовані пропозиції щодо усунення правових колізій з урегулювання статусу завідувача кафедри.

Ключові слова: завідувач кафедри, керівник, науково-педагогічний працівник, освітній процес, трудові відносини, навчальне навантаження.

Резюме

Гук Б.М. Особенности правового статуса заведующего кафедрой высшего учебного заведения: теоретические аспекты и практические проблемы.

В данной статье проанализированы нормативно-правовые основы определения понятия и статуса должности заведующего кафедрой учреждения высшего образования III–IV уровня аккредитации, раскрыты проблемы практического совмещения должности заведующего кафедрой как руководителя и как научно-педагогического работника. Сформированы предложения по устранению правовых коллизий по урегулированию статуса заведующего кафедрой.

Ключевые слова: заведующий кафедрой, руководитель, научно-педагогический работник, образовательный процесс, трудовые отношения, учебная нагрузка.

Summary

Huk B. Specific Features of the Legal Status of a Chair of a Department of Higher Education: Theoretical Aspects and Practical Problems.

Normative-and-legal principles of defining the concept and status of a chair of a department of an establishment of higher education of the III–IV levels of accreditation are analyzed, problems of practical combination of the post of a chair of a department and as a scientific-and-pedagogical worker are revealed in the paper. Suggestions for elimination of legal conflicts concerning regulation of the status of a chair of a department are formed in the paper.

Key words: a chair of a department, a head, a scientific-and-pedagogical worker, educational process, labor relations, teaching workload.

УДК 347.12-053

В.О. КОЖЕВНИКОВА

Вікторія Олександрівна Кожевникова, кандидат юридичних наук, доцент Київського університету права НАН України

МЕЖІ ТА ОБМЕЖЕННЯ ЗДІЙСНЕННЯ ПРАВА НА ВИЗНАЧЕННЯ ТА ЗМІНУ ІМЕНІ ДИТИНИ

Межі здійснення особистих немайнових прав батьків та дітей базуються на тому, що батьки не можуть здійснювати свої батьківські права всупереч інтересам дитини (ч. 2 ст. 155 СК України) та закону. Невіддільними від особистості людини залишаються «особисті блага»¹, додатково «права на блага, невіддільні від кожної особистості, тобто права, які охороняються, не протиправні прояву індивідуальних рис, можливостей людини»², саме тому соціальна цінність таких прав є безмежною.

Науково-теоретичним підґрунтям для висновків і узагальнень, зроблених у роботі, стали фундаментальні праці сучасних вчених, зокрема, це; В.К. Антошкіна, Т.В. Боднар, В.І. Борисова, О.В. Дзера, Н.А. Дячкова, Р.А. Майданик, О.О. Михайленко, Є.О. Мічурін, Л.В. Красицька, З.В. Ромовська, С.О. Сліпченко, М.О. Самойлов, В.І. Труба, С.Я. Фурса, Ю.С. Червоний, Я.М. Шевченко, О.А. Явор.

Основною метою статті є здійснення правового аналізу меж та обмежень права на визначення та зміну імені малолітньої, неповнолітньої дитини за сімейним законодавством України.

Особистими правами і обов'язками батьків є: 1) вибрати при народження дитини ім'я, по батькові та встановити прізвище; 2) виховувати, навчати і спілкуватися з дитиною; 3) пред'являти та захищати інтереси дітей³. О.В. Ієвіня вказує: «звичайно, саме особисті немайнові відносини займають провідне становище у відносинах батьків та дітей, оскільки дитина найчастіше ще не має власного майна і цілком залежить від батьків як у матеріальному, так і в емоційному плані»⁴. Виходячи з цього, межі здійснення прав батьків та дітей встановлює сімейне законодавство. Додатково Положення Європейської конвенції про правовий статус дітей, народжених поза шлюбом, від 15 жовтня 1975 р. (ратифіковано Україною 14 січня 2009 р.)⁵, суттєво поліпшують правовий статус тих дітей, які народжені поза шлюбом, і надають останнім значні соціальні переваги. Дитина має бути забезпечена можливістю здійснення своїх прав, установлених Конституцією України, Конвенцією про права дитини, іншими міжнародними договорами України тощо.

Як зазначає О. Ямкіна, особисті немайнові права дітей можна розуміти у вузькому та широкому значенні. У вузькому – як окремі (спеціальні) особисті немайнові права фізичної особи – дитини; і в широкому –

як комплекс прав, до якого входять: 1) особисті немайнові права дитини, які належать їй як людині та 2) особисті немайнові права, які належать дитині в силу її особливого правового статусу⁶, який її визначає як «самостійного суб'єкта сімейних прав»⁷. На думку С. Сорокіна, «особисті права дитини за своєю значущістю перевищують інші особисті права громадян і навіть інших членів сім'ї»⁸. Таку позицію автор підтримує, оскільки володіють таким правом фактично безпомічні особи, права яких у низці випадків або обмежуються державою, або взагалі позбавлені належного правового регулювання.

Межі здійснення права на визначення та зміну імені дитини породжують чимало дискусій. В Україні ім'я дитини, як і іншої фізичної особи, складається з прізвища, імені, по батькові. Національні меншини вправі використовувати ім'я новонародженої дитини згідно з правилами написання, прийнятими у цій національній меншині.

У науці висловлювалися такі думки. Право на ім'я дитини – це найвище право, оскільки всі цивільні права особа має право набувати тільки під своїм ім'ям⁹. Р. Ю. Молчанов стверджував, що ім'я – це об'єктивне зовнішнє, щодо свого носія, благо, яке завдяки своїм корисним властивостям задовольняє потреби людини. Воно належить особі. У свою чергу, норми права, враховуючи здатність імені задовольняти людські потреби, забезпечують можливість здійснювати або вимагати здійснення певних дій чи утримуватися від них стосовно цих благ¹⁰.

З позиції логіки, ім'я – це мовне вираження у вигляді окремого слова або словосполучення, що має певний сенс і позначає чи іменує якийсь позамовний об'єкт (предмет). Таким чином, на думку С.О. Сліпченка, ім'я як мовна категорія має дві обов'язкові характеристики або значення: предметне (об'єктивне значення і смислове значення, відтак ім'я людини – це мовне вираження, знак, що позначає позамовний об'єкт – людину(денотат))¹¹.

Відомо, що у Стародавньому Римі ім'я вільного громадянина складалось із п'яти елементів¹². Так, наприклад, ім'я всесвітньвідомого юриста, філософа, оратора, політика Цицерона мало такий вигляд: Марк Туллій Марка Корнелій Цицерон (Марк – ім'я, Туллій – рід, Марка – ім'я батька в родовому відмінку, Корнелій – триба, Цицерон – почесне ім'я або, точніше, прізвисько)¹³. Тобто, загалом ім'я – це не лише якийсь розпізнавальний знак (набір звуків, літер або слів), мовна форма позначення людини, тобто зовнішній прояв (зовнішня сторона) даного блага, а й позначення певної сукупності відомостей про носія, що дають змогу його індивідуалізувати, персоніфікувати, тобто внутрішній прояв (внутрішня сторона), прояв функціонального призначення. Ймовірно, що саме внутрішня сторона імені, яка через прояв стає доступною для сприйняття, використання, і являє цінність для суб'єктів правовідносин¹⁴, крім того, зазначений підхід був підтриманий і в подальшому наступними дослідниками в даній галузі¹⁵ та знайшов своє відображення в спеціалізованій науковій літературі. Віддавна відомою для української нації є традиція називати дитину декількома іменами. Вона не тільки була породжена необхідністю дотримання деяких канонічних вимог¹⁶, а й бере свій початок із часів зародження українських земель. Дитина, досягши певного віку й стаючи членом общини, одержувала нове ім'я, яке відповідало її характеру або тим якостям, які були бажані для її батьків. Разом із цим істинним іменем, яке було відоме близьким людям, дитині надавалося друге – несправжнє. Несправжнє могло бути явно непривабливим для сил зла. Хворобливій дитині ім'я могли поміняти, вважаючи, що завдяки цьому від дитини буде відведено біду або навіть смерть¹⁷. Називаючи дитину, батьки мають право використовувати ймення, передбачене довідником власних імен, керуючись здоровим глуздом¹⁸. У 2014 р. у Верховній Раді України пропонували заборонити екзотичні імена в Україні та внесли на розгляд законопроект, на підставі якого прагнули внести зміни до ст. 146 СК України щодо визначення імені дитини. Свою законодавчу ініціативу пояснювали необхідністю захистити права дитини, оскільки «часом злет батьківської фантазії призводить до психологічних травм малечі»¹⁹. Автори вважали такі законодавчі зміни необхідними, адже виявлення бажання батьків дати екзотичне ім'я не повинно порушувати законні права. Також законопроект пропонував доповнити Сімейний кодекс статтею «Дитині може бути дано не більше двох імен, якщо інше не випливає зі звичаю національної меншини, до якої належить мати і (або) батько. Ім'я дитини повинно відповідати її статі. Дитині не може бути дано ім'я, що складається з назв неживих предметів, вигаданих персонажів, географічних назв, флори та фауни, титулів, хвороб, одночасного поєднання букв, символів або (та) цифр, аббревіатур»²⁰. Крім того, проектом передбачалось, що «в разі відмови органів реєстрації актів цивільного стану в присвоєнні дитині імені, що не відповідає вимогам ч. 2 цієї статті, батьками (або одним з них) може бути подано скаргу до органу вищого рівня або суду»²¹. Однак такий законопроект не знайшов свого практичного застосування в чинному сімейному законодавстві України, хоча таке доповнення положень ст. 48 СК України було б логічним кроком, який мав би слугувати одним зі способів захисту при порушенні прав дитини при визначенні імені.

Визначення прізвища, імені, по батькові, походження дитини відбувається одночасно з державною реєстрацією дитини органом державної реєстрації актів цивільного стану. Така реєстрація обов'язково засвідчується свідоцтвом про народження, зразок якого затверджується Кабінетом Міністрів України, опис свідоцтва про народження міститься в постанові КМУ від 10 листопада 2010 р. № 1025 «Про затвердження зразків актових записів цивільного стану, описів та зразків бланків свідоцтв про державну реєстрацію актів цивільного стану».

Порядок визначення прізвища дитини чітко встановлений ст. 145 СК України. Так, прізвище дитини визначається за прізвищем батьків, якщо останні мають спільне прізвище. У разі, якщо прізвище батьків не є однаковим, то за взаємною згодою батьків присвоюється прізвище батька чи матері або подвійне прізвище

(утворене шляхом з'єднання їхніх прізвищ). Правила реєстрації актів цивільного стану в Україні визначають випадки, коли мати, яка не перебувала у шлюбі з батьком дитини, померла, або передала дитину на утримання і виховання за рахунок держави, тобто відмовилась узяти дитину з пологового будинку, або місце її проживання невідоме, а батьківство не встановлено, прізвище дитини записується за прізвищем матері²².

Особистим немайновим правом батьків та дитини залишається право на зміну прізвища, ім'я та по батькові в разі необхідності. Усна згода дитини на зміну прізвища, на думку Л.Є. Гузь, мала бути оформлена у вигляді письмового документа – акта²³. Межі здійснення права на зміну прізвища, ім'я, по батькові встановлено ЦК України, який у разі необхідності може застосовуватись для врегулювання сімейних правовідносин. Крім того, таке право додатково регулюється постановою Кабінету Міністрів України від 11 липня 2007 р. № 915 «Про затвердження Порядку розгляду заяв про зміну імені (прізвища, по батькові) фізичної особи»²⁴. Якщо дитині виповнилось сім років, то на зміну прізвища дитиною мають давати згоду батьки.

Дитина, яка досягла шістнадцяти років, має право на власний розсуд змінити своє прізвище та (або) власне ім'я. Дитина ж, яка досягла чотирнадцяти років, має право змінити своє прізвище та (або) власне ім'я за згодою батьків або одного з них у разі, якщо другий з батьків помер, визнаний безвісно відсутнім, оголошений померлим, визнаний обмежено дієздатним (недієздатним), позбавлений батьківських прав щодо дитини, а також якщо відомості про батька (матір) виключено з актового запису про її народження за заявою матері.

У разі зміни ім'я чи прізвища батьком дитини така дитина також наділяється особистим немайновим правом на зміну прізвища або по батькові. Якщо над дитиною, яка досягла чотирнадцяти років, встановлено піклування, зміна прізвища та (або) власного імені такої особи здійснюється за згодою піклувальника. Крім того, прізвище дитини може бути змінено у разі її усиновлення (або визнання усиновлення недійсним чи його скасування), що встановлено ст. 295 ЦК України.

Стосовно особистого немайнового права дитини на ім'я, то, як відомо, у чинному (ст. 146) СК України зазначається, що ім'я дитини визначається за згодою батьків.

Що стосується необґрунтованих обмежень зміни імені, по батькові, то ці питання викликають особливий інтерес, у зв'язку з нещодавною нашумілою справою громадянки Гарнага проти України, де порушення особистого права було визнано Судом через те, що положення Цивільного кодексу України щодо зміни імені, прізвища та по батькові не виправдано обмежують особу у зміні по батькові. Так, з матеріалів справи випливає наступне. 24 березня 2014 р. заявниця звернулася до Відділу реєстрації актів цивільного стану Білоцерківського міського управління юстиції (далі – «Відділ реєстрації») з вимогою змінити її по батькові з «Володимирівна» на «Юрійвна» з метою підкреслити більш тісний родинний зв'язок з вітчимою та неповнорідним братом, а не з біологічним батьком. Проте Відділ реєстрації відмовив у задоволенні вимоги заявниці, посиляючись на тогочасні Правила державної реєстрації актів громадянського стану, затверджені Міністерством юстиції, які передбачають, що по батькові фізичної особи може бути змінено тільки у разі зміни імені її батька.

23 квітня 2014 р. заявниця оскаржила цю відмову до Білоцерківського міськрайонного суду Київської області. 10 червня 2004 р. цей суд встановив, що відділ реєстрації діяв відповідно до закону, зокрема, відповідно до ст. 149 Сімейного кодексу України 2002 р., і у зв'язку з цим залишив скаргу заявниці без задоволення.

3 грудня 2014 р. апеляційний суд Київської області залишив рішення суду першої інстанції без змін, вважаючи, що його висновки ґрунтувались на чинному на той час законодавстві.

31 жовтня 2016 р. Вищий адміністративний суд України відхилив касаційну скаргу, подану заявницею.

До Європейського суду з прав людини заявниця скаржилась за ст. 8 Конвенції про захист прав і основоположних свобод на те, що органи влади втручаються в її особисте життя, відмовляючись змінити її по батькові.

Розглянувши справу, Європейський суд зазначив, що регулювання питання зміни по батькові фізичних осіб в Україні має недоліки та містить обмеження, які не відповідають закріпленій законодавством свободі зміни імені, невід'ємною частиною якого є по батькові. Більш того, національні органи, відмовляючи у задоволенні відповідної заяви заявниці, не навели достатніх підстав для цієї відмови. Відповідно, Європейський суд встановив, що було порушення ст. 8 Конвенції²⁵. Крім того, положення ЦК України щодо зміни імені, прізвища та по батькові не виправдано обмежують особу у зміні по батькові. Суд встановив, що порівняно з «майже повною свободою» зміни імені, або прізвища в Україні, обмеження на зміну по батькові не видаються належним чином та достатньою мірою мотивованими національним законодавством.

Ключовою проблемою в описаній вище ситуації є те, що з моменту набуття чинності діючого ЦК України зміна особою по батькові стала майже неможливою.

По батькові як частина особистого імені традиційно походить від імені батька відповідної особи. Однак законодавство України визнає, що коли особа досягає достатньо дорослого віку для того, щоб приймати самостійні рішення щодо зміни імені, вона може зберегти або змінити ім'я, надане їй при народженні. Крім того, особа може зберегти по батькові, навіть якщо її батько більше не носить імені, від якого походить по батькові. Тому розірвання традиційного зв'язку між по батькові особи та іменем її батька в Україні визнається можливим²⁶. На момент розгляду справи громадянки Гарнага проти України діюча редакція правової норми ЦК України надавала можливість змінити по батькові особи тільки у разі, якщо батько останньої змінив ім'я. Відповідні державні органи розтлумачили сутність чинного положення як обов'язкову вказівку на те, що лише зміна імені батьком особи є підставою для зміни по батькові відповідної особи.

Отже, національне законодавство вільно надає змогу особі змінювати ім'я та прізвище. У разі дотримання встановленого порядку з незначними обмеженнями, які притаманні загалом сфері кримінального

законодавства, процедура зміни ім'я, прізвища особи є достатньо гнучкою. Однак, на відміну від встановлених законодавцем меж здійснити зміну власного імені, прізвища, чітко обмежено право людини на власний розсуд змінити по батькові. Такі обмеження є вочевидь не виправданими і потребують усунення в майбутньому.

¹ *Посикалюк О.О.* Особисті немайнові права фізичних осіб в романській, германській, англо-американській системах приватного права : моногр. / О.О. Посикалюк. – К. : Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва НАПрН України, 2011. – С. 9.

² *Флейшиц Е.А.* Личные права в гражданском праве Союза ССР и капиталистических стран / Е.А. Флейшиц. – М. : Юриздат, НКЮ СССР, 1941. – С. 9.

³ *Кисіль В.І.* Права і обов'язки батьків і дітей / В.І. Кисіль. – К. : Знання, 1985. – Ст. 145.

⁴ *Ієвіня О.* Деякі аспекти правового регулювання особистих немайнових відносин батьків та дітей / О. Ієвіня // Науково-практичний журнал української нотаріальної палати. – К., 2011. – № 1–2 (135–136), січень-лютий. – С. 40.

⁵ Європейська конвенція про правовий статус дітей, народжених поза шлюбом, від 15 жовтня 1975 р. № ETS85 // Офіційний вісник України. – 2009. – № 51. – С. 166.

⁶ *Ямкіна О.* Поняття та загальна характеристика особистих немайнових прав дитини / О. Ямкіна // Наукові праці цивільно-лістинного студентського гуртка Київського національного університету ім. Тараса Шевченка : зб. наук. статей магістрів права ; за ред. Р.А. Майданика. – К. : Алерта, 2009. – Вип. 4. – С. 63.

⁷ *Беспалов Ю.Ф.* Теоретические и практические проблемы реализации семейных прав ребенка в Российской Федерации : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03 / Ю.Ф. Беспалов. – М., 2003. – С. 188–189.

⁸ *Сорокин С.А.* Права детей в семье по семейному законодательству Российской Федерации и Конвенции «О правах ребенка» : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / С.А. Сорокин. – М., 2000. – С. 80.

⁹ Сімейний кодекс України. Науково-практичний коментар / за ред. І.В. Жилінкової. – Х. : Ксилон, 2008. – С. 421.

¹⁰ *Молчанов Р.Ю.* Здійснення та цивільно-правовий захист особистого немайнового права на ім'я : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Р.Ю. Молчанов. – Х., 2009. – С. 10.

¹¹ *Сліпченко С.О.* Особисті немайнові правовідносини щодо оборотоздатних об'єктів : моногр. / С.О. Сліпченко. – Х. : Діса плюс, 2013. – С. 150.

¹² *Подопригора А.А.* Основы римского гражданского права: учеб. пособ. / А.А. Подопригора. – К. : Выща школа, 1990. – С. 71.

¹³ Большая советская энциклопедия: полный текст 3-го изд., выпущ. изд-вом «Сов. энцикл.» в 1969–1978 гг. : в 30 т. : [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://slovari.yandex.ru/dict/bse/article/00079/41500.htm>

¹⁴ *Сліпченко С.А.* Имя как объект личных неимущественных прав / С.А. Сліпченко // Проблеми цивільного права та процесу (пам'яті проф. О.А. Пушкіна) : матеріали Міжнар. наук.-практ. конф., 26 трав. 2007 р. / під ред. В.А. Кройтора, Р.Б. Шишки, Є.О. Мічуріна. – Х. : Харк. нац. ун-т внутр. справ, 2007. – С. 60.

¹⁵ *Молчанов Р.Ю.* Здійснення та цивільно-правовий захист особистого немайнового права на ім'я : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Р.Ю. Молчанов. – Х., 2009. – С. 31.

¹⁶ *Ромовська З.В.* Сімейний кодекс України : наук.-практ. комент. / З.В. Ромовська. – К. : Ін Юре, 2003. – С. 293.

¹⁷ *Слепынин О.* Искусство давать имена / О. Слепынин // Зеркало недели. – 2003. – № 24 (449) : [Електронний ресурс]. – Режим доступа : <http://www.zn.ua/3000/3855/38925/>

¹⁸ *Гурлева Т.* Голос України. – 2014. – № 8 (5758). – 17 січня. – С. 5.

¹⁹ Там само.

²⁰ Там само.

²¹ Там само.

²² Сімейний кодекс України. Науково-практичний коментар / за ред. І.В. Жилінкової. – Х. : Ксилон, 2008. – С. 421.

²³ *Гузь Л.Є.* Судово-практичний коментар до Сімейного кодексу України / Л.Є. Гузь, А.В. Гузь. – Х. : Фактор, 2011. – С. 329.

²⁴ Офіційний вісник України. – 2007. – № 52. – Ст. 2115.

²⁵ Рішення Міжнародного суду з прав людини : [Електронний ресурс]. – Режим доступа : zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_960

²⁶ Там само.

Резюме

Кожевникова В.О. Межі та обмеження здійснення права на визначення та зміну імені дитини.

Статтю присвячено межам та обмеженням реалізації права на визначення імені батьками своєї новонародженої дитини за чинним законодавством України. Проаналізовано соціальні, морально-етичні передумови зміни імені та пов'язані з цим обмеження суб'єктивного права батьків на надання нестандартного імені дитині. Визначено обґрунтованість існування вказаного обмеження.

Ключові слова: дитина, подружжя, батьки, прізвище, ім'я, по батькові, особисті немайнові права, сімейні правовідносини, особа, межі реалізації права, обмеження права, заборона, здійснення права, суб'єкт, моральні засади, нестандартні імена.

Резюме

Кожевникова В.А. Границы и ограничения осуществления права на определение и изменение имени ребенка.

Статья посвящена границам и ограничениям реализации права на определение имени родителями своего новорожденного ребенка по действующему законодательству Украины. Проанализированы социальные, морально-этические предпосылки изменения имени и связанные с этим ограничения субъективного права родителей на предоставление нестандартного имени ребенку. Определены обоснованность существования указанного ограничения.

Ключевые слова: ребенок, супруги, родители, фамилия, имя, отчество, личные неимущественные права, семейные правоотношения, лицо, границы реализации права, ограничение права, запрет, осуществление права, субъект, моральные принципы, нестандартные имена.

Summary

Kozhevnikova V. Limits and restrictions on the exercise of the right to determine and change the name of the child.

The article is devoted to the limits and restrictions of the right to determine the name of the parents of their newborn child under the current legislation of Ukraine. The social, moral and ethical prerequisites for changing the name and related restrictions of the subjective right of parents to provide a non-standard name to the child are analyzed. The validity of the existence of this restriction is determined.

Key words: child, spouse, parents, surname, name, patronymic, personal non-property rights, family relationships, person, limits on the exercise of law, restriction of law, prohibition, exercise of law, subject, moral principles, non-standard names.

УДК 340.1

Н.А. МАЗАРАКІ

Наталія Анатоліївна Мазаракі, кандидат юридичних наук, доцент, доцент Київського національного торговельно-економічного університету

МЕДІАЦІЯ В УКРАЇНІ ЯК СОЦІАЛЬНИЙ ТА ПРАВОВИЙ ІНСТИТУТ

Становлення та розвиток медіації в Україні триває вже близько 30 років і можна стверджувати, що такий метод вирішення спорів вже набув статусу соціального інституту, мирне вирішення спорів було притаманно українській нації завжди, при цьому відомі недоліки вітчизняної судової системи спонукають громадян шукати та застосовувати альтернативні процедури вирішення спорів. Більше того, можна говорити про наявність стійкого соціального запиту на реформування судової гілки влади, покращення доступу до правосуддя, зниження рівня конфліктності у суспільстві. Одним з органічних доповнень державної судової системи заслужено вважається інститут медіації, що набув значного розвитку в іноземних державах, досвід яких у правовому регулюванні медіації дає можливість обрати збалансований підхід до запровадження медіації в українську правову та судову системи. Розвиток альтернативних способів вирішення спорів передбачено Стратегією реформування судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів на 2015–2020 рр., затверджену Указом Президента України від 20 травня 2015 р. № 276, водночас ані в українського законодавця, ані у суспільства немає розуміння ефективного механізму інкорпорації альтернативних способів вирішення спорів у правову систему держави, що актуалізує відповідні теоретичні дослідження.

Проблематика визначення моделі правового регулювання медіації в Україні стала предметом дослідження Т. Кисельової, Г. Єрьоменко, Є. Бершеди, С. Демченка, В. Рєзнікової, А. Гаврилішина, В. Землянської, В. Яковлєва, О. Спектор та інших. Вказані дослідники здебільшого виходили з висновків іноземних фахівців: Н. Александер, С. Пресс, Г. Брауна, К. Хопта, Ф. Стеффека, А. Мерріота та інших.

Метою статті є обґрунтування ключових напрямів формування правового інституту медіації в Україні як передумови до ефективного функціонування такого методу вирішення спорів.

Протягом 2015–2016 рр. у Верховній Раді України було зареєстровано чотири проекти Законів України «Про медіацію», які були спрямовані на створення правового підґрунтя медіаційної діяльності в державі. Водночас лише один із законопроектів пройшов перше читання та очікує подальшого розгляду вже більше двох років, що серед іншого обумовлено необхідністю його доопрацювання та внесення змін до процесуального законодавства. Поряд із вказаними законопроектами протягом останніх років у цивільний, господарський та адміністративний процес було запроваджено інститут вирішення спору за участю судді, затверджено стандарти надання соціальної послуги посередництва (медіації), спостерігається стрімке збільшення громадських та комерційних об'єднань, які надають послуги медіації, здійснюють навчання медіаторів тощо. Медіація, будучи одним із найбільш поширених альтернативних методів вирішення спорів в іноземних державах, все ще знаходиться на початкових етапах своєї інституалізації в Україні, з чим і пов'язується як низька обізнаність суспільства щодо можливостей медіації, так і певна недовіра до цієї процедури взагалі та професіоналізму медіаторів зокрема.

За таких умов держава має підтримати формування культури мирного вирішення спорів, врегулювати місце медіації в правовій та судовій системі, забезпечити якість медіаторських послуг шляхом прийняття відповідних законодавчих актів.

Погоджуємося з В. Яковлєвим, що «медіація як соціальне явище до моменту інституалізації може і, напевно, має пройти шлях становлення та суспільного визнання, напрацювати дієві моделі свого функціо-

нування, здобути певний авторитет серед учасників правових відносин. Такий процес можливий і без участі держави, проте, за підтримки останньої, як свідчить світова практика, він відбувається швидше та ефективніше»¹.

Наукова та медіаторська спільнота в Україні, наголошуючи на необхідності запровадження нормативно-правового підґрунтя медіації, не має спільної позиції щодо моделі правового регулювання медіації в Україні. Так, Т. Кисельова, Г. Єрмоєнко, В. Яковлев² аргументують важливість прийняття спеціального законодавчого акта про медіацію, І. Ясиновський та В. Цимбалюк³ вважають, що медіація не потребує окремого правового регулювання, а лише коригування процесуального законодавства.

Не маючи законодавчого підґрунтя, медіація в Україні тим не менш стає соціальним інститутом, який сформувався з об'єктивної потреби в допоміжній для правосуддя системі, яка б дозволила розвантажити судову систему та забезпечити її ефективне функціонування, а також вирішувати спори у швидкий, помірно витратний, конфіденційний та ефективний спосіб. Взагалі інституалізація медіації в різних державах світу мала свої особливості. Водночас спільним є те, що в ході інституалізації складалася певна процедура, яка підкріплювалася соціальними нормами та правилами, виробленими в процесі роботи з конфліктами, та отримувала широке практичне застосування.

Аналізуючи медіацію як соціальний інститут, О. Носирєва виділяє:

1) існування соціальної потреби з об'єктивної (медіація є допоміжною для правосуддя системою та дозволяє розвантажити судову систему і забезпечити її ефективне функціонування) та суб'єктивної (учасники конфліктів заінтересовані у швидкому та ефективному їх вирішенні найбільш доступним способом) точки зору;

2) наявність особливого культурного середовища – системи цінностей, етичних норм, зразків діяльності і, як наслідок, формування певної субкультури;

3) доступність необхідних ресурсів (матеріальних, фінансових, трудових, організаційних), а саме: наявність та широка пропозиція послуг із врегулювання спорів/конфліктів за допомогою висококваліфікованих спеціалістів – медіаторів, які пройшли навчання та здійснюють свою діяльність одноособово чи під егідою спеціально створених організацій⁴.

У свою чергу, К. Гафнер зазначає наступні специфічні особливості медіації як соціального інституту:

1) установки та зразки поведінки – чесність, добровільність, неупередженість, конфіденційність, протидія недобросовісним прийомам у переговорах, незалежність від сторони процедури медіації;

2) культурні символи у якості образів, уявлень про інститут, які відображають його специфічні риси – переговорний процес, процедура, ввідне слово, кокус тощо;

3) утилітарні культурні риси у вигляді матеріального втілення соціального інституту – кімната для переговорів, стіл переговорів тощо;

4) усні та письмові кодекси поведінки – Кодекс етики медіатора, договір про проведення медіації;

5) ідеологія – позасудове вирішення протиріч сторін з виробленням взаємовигідного рішення, ефективні переговори тощо⁵.

Аналіз поточної ситуації в Україні дає змогу зробити припущення про формування соціального інституту медіації, адже:

1) соціальний запит на альтернативні методи вирішення спорів обумовлений статистичними даними ефективності роботи судів, результатами опитувань щодо рівня довіри населення судовій гілці влади;

2) наявна медіаторська спільнота (зокрема, до реєстру Національної асоціації медіаторів України внесено понад 120 осіб, хоча й сам факт існування такого громадського об'єднання підтверджує тезу про наявність медіаторської спільноти в державі)⁶;

3) активно функціонують центри медіації та центри навчання медіаторів, які розташовані по всій території України (наприклад, РГО «Жіночі ініціативи» (м. Пирятин, Полтавська область), Інститут миру і порозуміння (м. Київ), Одеська обласна група медіації (м. Одеса), Київський філіал ООГМ (м. Київ), Подільський центр медіації (м. Вінниця), Українська академія медіації (м. Одеса), Тренінг Центр (м. Львів), Український центр медіації при КМБШ (м. Київ), Центр права та посередництва (м. Харків), Школа медіації Академії адвокатури України (м. Київ);

4) затверджено Кодекс етики медіатора Національної асоціації медіаторів України⁷;

5) активно розвивається сімейна та шкільна медіація при службах у справах дітей та навчальних закладах.

Цікавим є те, що становлення медіації відбувається в Україні у напрямі від соціального інституту до правового, у той же час у Російській Федерації ситуація розвивалася протилежним чином. А. Карпенко та О. Маренкова виокремлюють наступні стадії:

1) створення правових основ появи медіації та діяльності медіаторів;

2) просвіта та пропаганда медіації;

3) створення інституту медіації;

4) створення та розвиток професійних об'єднань медіаторів;

5) розповсюдження медіації через мережі об'єднань медіаторів;

6) розвиток багатосторонньої та міжнародної медіації⁸.

С. Пресс виділяє такі напрями розвитку медіаційної діяльності у західній правовій традиції:

1) інституалізація (запровадження присудової медіації, створення державних органів у сфері медіації, а також підприємницьких та громадських об'єднань);

- 2) регулювання (прийняття кодексів, стандартів, правил та законодавчих актів);
- 3) легалізація (судова практика щодо певних аспектів медіації);
- 4) інновація (експерименти щодо судової медіації);
- 5) інтернаціоналізація (міжнародна акредитація медіаторів)⁹.

Для того, щоб медіація в Україні набула статусу правового інституту, необхідною є наявність сукупності взаємопов'язаних між собою правових норм, що регулюють відносини у сфері медіаційної діяльності. При цьому така система норм повинна забезпечити баланс інтересів всіх суб'єктів медіаційної діяльності: фізичних та юридичних осіб (сторін спору), держави в особі її органів, медіаторської спільноти (медіаційних організацій та медіаторів).

Серед цілей правового регулювання медіаційної діяльності та застосування процедури медіації ми розглядаємо необхідність:

- 1) визнання державою медіації як ефективного мирного способу вирішення спорів та заохочення фізичних та юридичних осіб до вирішення спорів у порядку медіації;
- 2) забезпечення якості медіаційної діяльності та довіри до медіаторів шляхом створення системи їх навчання, підвищення кваліфікації, а також засобів відповідальності медіатора;
- 3) створення умов для стабільного функціонування та розвитку інституту медіації в правовому полі;
- 4) забезпечення правових гарантій учасників медіаційної процедури та інтересів третіх осіб.

Одну з найбільш ґрунтовних праць щодо моделей правового регулювання медіації опублікувала Н. Александер¹⁰, яка виділяє такі підходи:

1) *ринковий механізм*, який реалізується у рамках цивільно-правових відносин між медіатором та сторонами спору. Реалізуючи принцип «дозволено все, що не заборонено законом», сторони спору управлені шукати у правовому полі методи вирішення спорів, які їм найкраще підходять. Водночас за умов певної інформаційної асиметрії сторонам спору може бути важко знайти відповідного медіатора, врахувати його репутацію тощо, що потребує втручання саморегулювальних чи законодавчих механізмів з метою захисту прав споживачів – сторін спору. Ринковий механізм регулювання медіаційної діяльності буде діяти завжди, незважаючи на наявність чи відсутність законодавчого врегулювання медіації (саме такий механізм і є превалюючим на даний час в Україні, але, як було вказане вище, він не здатний надати медіації повноцінної ролі у системі вирішення спорів);

2) *саморегулювання медіаційної діяльності* шляхом утвердження медіаторською спільнотою власних стандартів, розробки медіаційних застережень, правил медіації, порядку навчання та підвищення кваліфікації медіаторів, кодексів етики медіатора тощо. Вказаний механізм відповідає загальним підходам до саморегулювання, сутність якого за О. В. Кологойдою полягає у можливості для суб'єктів певного виду професійної діяльності, об'єднуючись на добровільній основі, самостійно здійснювати її регулювання (шляхом локальної нормотворчості) та контроль за її здійсненням. Змістом саморегулювання є засноване на нормах законодавства регулювання відносин в окремих сферах економічної діяльності, яке здійснюється на принципах самоорганізації, тобто без безпосереднього втручання держави¹¹. Відповідно до класифікації видів саморегулювання господарської діяльності, розробленої О. Гончаренко, для медіації має бути притаманним інституційне (організаційне регулювання) – створення саморегулювальних організацій, які можуть розробляти певні правила поведінки в окремих видах економічної діяльності, окрім того, здійснювати контроль за їх виконанням, забезпечувати допомогу суб'єктам саморегулювання та їх захист¹². До форм саморегулювання медіації Н. Александер відносить також практику ко-медіації, нагляду (супервізорства), емпіричні дослідження (опитування клієнтів, науково-дослідницька діяльність), корпоративні та державні зобов'язання щодо уникнення судового розгляду спорів і застосування медіації тощо¹³. Серед переваг саморегулювання медіаційної діяльності слід виділити обізнаність суб'єктів регулювання в об'єкті регулювання, розуміння ними важливості та цінності якісного і ефективного регулювання, заінтересованості в можливості впливу на рішення. Більше того, саморегулювання, моніторинг та контроль здійснюється за рахунок коштів медіаторської спільноти, а не державного бюджету. Як підкреслює Н. Александер, ефективна модель саморегулювання дає можливість уникнути чи щонайменш відкласти запровадження всеосяжного законодавчого регулювання у певній сфері. А сама ефективність залежить від рівня професійності та наявності ресурсів у представників певної сфери. Також автор зауважує, що схеми саморегулювання можуть піддаватися впливу домінуючих осіб чи груп осіб та не відображати інтереси всієї сфери та споживачів;

3) *рамкова законодавча база*, до якої Н. Александер відносить міжнародні (наприклад, Типовий закон ЮНСІТРАЛ про міжнародну комерційну примирну процедуру) та наднаціональні (Директива ЄС про деякі аспекти посередництва (медіації) в цивільних та комерційних справах) правові норми, модельні закони. Наведені нормативно-правові акти зазвичай містять загальні положення про найбільш важливі складові медіаційної діяльності та процедури медіації, а національні законодавці та медіаторська спільнота спираються на їх вимоги;

4) *національне законодавство*, яке відображає потужну підтримку медіації з боку держави та значно полегшує визнання медіації законним методом вирішення спорів та професією, підвищує інвестиційну привабливість країни.

Ми повністю погоджуємося з думкою Н. Александер, що наведені підходи не є взаємовиключними, а поточна ситуація із розвитком медіації в Україні якраз підтверджує її подальший висновок, що у кожній державі діють щонайменш два підходи (як ми зазначили вище, ринок медіаційних послуг в Україні існує поряд

з стійкими ознаками саморегулювання – Кодекс етики медіатора Національної асоціації медіаторів України), а в державах із значним досвідом медіації (наприклад, в Австрії) – всі чотири.

Схематично зобразити вплив всіх наведених підходів до регулювання медіаційної діяльності в державі ми пропонуємо наступним чином та вважаємо, що така схема дає можливість уявити їх співвідношення та взаємовплив на медіацію як процедуру, метод вирішення спорів та професійну діяльність:



На особливу увагу у нашому дослідженні заслуговує аспект меж та характеру законодавчого регулювання медіації, адже саме він і визначатиме вплив та значимість саморегулювання та медіаторської спільноти в державі.

К. Хопт та Ф. Стеффек виділяють дві моделі законодавчого регулювання медіації: вичерпну та обмежену¹⁴. Аргументи на користь вичерпного регулювання зводяться до забезпечення прав споживачів (сторін спору), необхідності державного заохочення до медіації, забезпечення правової визначеності та розрізнення медіації і сфери професійних юридичних послуг. Наприклад, законодавство Австрії включає в себе Цивільний закон про медіацію, Цивільний закон про регулювання підготовки медіаторів, закон про медіацію у транскордонних спорах, відповідні норми цивільного та процесуального права, професійні правила для юристів у нотаріусів, які беруть участь в медіації. Держави, які тяжіють до обмеженого правового регулювання медіації, пояснюють свій підхід відсутністю потреби у регулюванні інституту, який ще перебуває на етапі формування та становлення. Також вказується на те, що поспішне регулювання завадить розвитку медіації практиками, науковцями та громадськими об'єднаннями. Детальне регулювання медіації все одно не буде повноцінно дотримуватися через свою несумісність з природою медіації як відособленої від судового розгляду процедури. Обмежене регулювання медіації зазвичай передбачає залишення поза межами законодавчих норм порядку проведення медіації та навчання медіаторів.

Багатогранність медіації, яку можна розглядати як метод, процедуру, професійну діяльність, відображається і в комплексності відповідного правового інституту. Дискусійні моменти щодо моделі правового регулювання медіації також полягають у визначенні його предмета, адже «опис медіаційної практики не є простим та однозначним, незважаючи на спільні принципи (добровільність, конфіденційність, самовизначеність сторін, нейтральність медіатора тощо. – авт.), процедура може відрізнитися значним чином між різними сферами діяльності, моделями медіації, культурами, філософськими та ідеологічними підходами, стилями роботи, підходами та ролями різних медіаторів. Існує широка сфера діяльності під загальною назвою «медіаційний процес»¹⁵.

Н. Александер, розподіляючи медіаційне законодавство на норми, що регулюють співвідношення медіації та інших видів вирішення спорів (передусім судового розгляду) та норми, які регулюють процедуру медіації, доходить висновку, що законодавчий підхід до регулювання медіації повинен передусім охоплювати питання медіабельності певних видів спорів, також чітко врегульовувати співвідношення медіації та судової системи. У той час як забезпечується правова визначеність щодо місця медіації у правовій та судовій системі держави, регулювання самої процедури медіації повинно враховувати забезпечення реалізації принципу самовизначення сторін медіації, проведення процедури у спосіб, який найкраще відповідає інтересам сторін¹⁶.

Г. Браун та А. Мерріот, розмірковуючи над доцільністю прийняття медіаційного закону у Сполученому Королівстві, наголошують на таких складових правового регулювання медіації: забезпечення конфіденційності медіації та нейтральності медіатора, призупинення перебігу строків позовної давності на період проведення медіації, спрощений порядок примусового виконання медіаційних угод, певний контроль над акредитацією та регулюванням діяльності медіаторів та, можливо, імунітет медіатора¹⁷.

Отже, можемо зробити висновок, що у вітчизняних умовах правовий інститут медіації має включати норми щодо:

1) регулювання медіації як методу вирішення спорів – її місце та співвідношення з судовим розглядом, порядок звернення до процедури медіації (законодавство може передбачати добровільну чи обов'язкову

медіацію, порядок відвідування медіаційних інформаційних сесій), медіаційного застереження в договорах, перебіг строків позовної давності у разі звернення сторін спору до медіації;

2) регулювання самої процедури медіації: принципи медіації, правовий статус та юридичну силу договору про проведення медіації, медіаційної угоди, правовий статус, права та обов'язки сторін тощо;

3) вимог до медіатора: порядок навчання, акредитації, сертифікації, реєстрації, відповідальності.

Регулювання медіації зачіпає інтереси широкого кола суб'єктів: громадян та юридичних осіб – «споживачів послуги», тобто сторін спору, державних органів та держави в цілому, медіаторів тощо. Тому законодавцю необхідно знайти баланс у правовому регулюванні щодо інтересів не тільки суб'єктів правового регулювання, а й медіації – як явища, феномена, процедури та професійної діяльності.

¹ Яковлев В.В. Медіація в Україні: перспективи законодавчого урегулювання / В.В. Яковлев // Збірник наукових праць Харківського національного педагогічного університету імені Г.С. Сковороди. «Право». – 2016. – Вип. 25. – С. 94–104. – С. 96.

² Срьоменко Г.В. Медіація в Україні: щодо необхідності нормативно-правового регулювання / Г.В. Срьоменко, Т.С. Кисельова // Міждисциплінарні гуманітарні студії. – К., 2015. – Вип. 2. – С. 45–52. – (Серія «Правничі науки»); див. 1.

³ Ясиновський І.Г. Шляхи запровадження процедури медіації в законодавство України / І.Г. Ясиновський // Соціально-гуманітарні науки, економіка, право: нові виклики, практика інновацій: матеріали Міжн. наук.-практ. конф. (м. Полтава, 21–22 квітня 2016 р.). – К.: Університет «Україна», 2016. – 608 с.; Цимбалюк В. Нормативно-правове забезпечення медіації в Україні: проблеми та перспективи / В. Цимбалюк // Юридичний вісник. – 2014. – № 5. – С. 152–156.

⁴ Медиация: учебник / под ред. А.Д. Карпенко, А.Д. Осинского. – СПб.: Редакция журнала «Третьейский суд»; М.: Статут, 2016. – 470 с. – С. 66–68.

⁵ Гафнер К.Е. Развитие медиации как коммуникативной практики и ее институционализация / К.Е. Гафнер // XVIII Международная конференция памяти проф. Л.Н. Когана «Культура, личность, общество в современном мире: Методология, опыт эмпирического исследования» (г. Екатеринбург, 19–20 марта 2015 г.). – Екатеринбург: [УрФУ], 2015. – С. 74–86.

⁶ Реєстр медіаторів – членів НАМУ: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://namu.com.ua/ua/members/>

⁷ Кодекс етики медіатора Національної асоціації медіаторів України, затверджений рішенням Загальних зборів ГО «Національна асоціація медіаторів України» від 07 грудня 2017 р., протокол № 1: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://namu.com.ua/ua/info/mediators/ethical-code/>

⁸ Карпенко А.Д. Современное состояние развития медиации в России / А.Д. Карпенко, Е.А. Меренкова // Конфликтология XXI века. Пути и средства укрепления мира. – СПб., 2014. – С. 184.

⁹ Press S. International Trends in Dispute Resolution (2000) 3 // *Alternative Dispute Resolution Bulletin* 21, 21–22.

¹⁰ Alexander Nadja. “Mediation and the Art of Regulation” [2008] QUTLawJl 1; (2008) 8(1) Queensland University of Technology Law and Justice Journal 1: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://classic.austlii.edu.au/au/journals/QUTLawJl/2008/1.html>

¹¹ Кологойда О. Саморегулювання професійної діяльності фондового ринку / О. Кологойда // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки. – 2012. – Вип. 92. – С. 109–112. – С. 111.

¹² Гончаренко О. Види саморегулювання господарської діяльності / О. Гончаренко // Підприємництво, господарство і право. – 2016. – № 11. – С. 68–72: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Pgip_2016_11_15

¹³ Alexander Nadja. “Mediation and the Art of Regulation” [2008] QUTLawJl 1; (2008) 8(1) Queensland University of Technology Law and Justice Journal 1: [Електронний ресурс]. – <http://classic.austlii.edu.au/au/journals/QUTLawJl/2008/1.html>

¹⁴ Klaus J. Hopt and Felix Steffek. *Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective* (Oxford, Oxford University Press, 2013). – 1347 p. – P. 16–17.

¹⁵ Brown H., & Marriott A. (2011). *ADR: principles and practice*. Third edition. London: Thomson Reuters. – P. 69.

¹⁶ Alexander Nadja. Вказана праця.

¹⁷ Brown H., & Marriott, A. (2011). *ADR: principles and practice*. Third edition. London: Thomson Reuters. – P. 628.

Резюме

Мазаракі Н.А. Медіація в Україні як соціальний та правовий інститут.

У статті обґрунтовано основні цілі законодавчого регулювання медіації та запропоновано ключові напрями формування правового інституту медіації в Україні.

Ключові слова: медіація, саморегулювання, медіатор, альтернативні методи вирішення спорів, нормативно-правове регулювання.

Резюме

Мазаракі Н.А. Медиация в Украине как социальный и правовой институт.

В статье обоснованы основные цели законодательного регулирования медиации и предложены ключевые направления формирования правового института медиации в Украине.

Ключевые слова: медиация, саморегулирование, медиатор, альтернативные методы разрешения споров, нормативно-правовое регулирование.

Summary

Mazaraki N. Mediation in Ukraine as a social and legal institute.

The article substantiates the main goals of the legislative regulation of mediation and proposes the key directions for the formation of a legal mediation institute in Ukraine.

Key words: mediation, self-regulation, mediator, alternative methods of dispute resolution, legal regulation.

Н.В. ПЛАХОТНЮК, М.В. ГРИГОРЕНКО

Наталія Вікторівна Плахотнюк, кандидат юридичних наук, доцент, доцент Київського національного торговельно-економічного університету

Марина Вікторівна Григоренко, студентка магістратури Київського національного торговельно-економічного університету

ЗАХИСТ ПРАВ ЛЮДИНИ ЯК ПАЦІЄНТА ПРИ ТРАНСПЛАНТАЦІЇ ОРГАНІВ ТА ТКАНИН: МІЖНАРОДНИЙ ТА НАЦІОНАЛЬНИЙ РІВЕНЬ

Завдяки успіхам у галузі медицини стала можливою трансплантація органів та тканин, яка допомагає рятувати життя та здоров'я людей. Однак така медична процедура, в силу своєї особливості, одночасно слугує і реалізацією основних прав людини й породжує необхідність визначення спеціалізованих прав людини щодо трансплантації. Захист прав людини як пацієнта при трансплантації органів та тканин є невід'ємною складовою даного методу медичного втручання в людську біологію. Права людини є єдиним засобом захисту людської гідності, тому виокремлення спеціалізованих прав людини в новій сфері відносин – біомедицині дасть змогу належним чином захистити людину при медичному втручанні в цілісність людської біології.

Темі захисту прав людини, як пацієнта при донорстві та трансплантації органів та тканин на міжнародному та національному рівні були присвячені наукові праці таких фахівців: С.О. Дронової, О.О. Волкової, В.П. Сальникова, С.Г. Стеценко, В. Пашкова, С.Є. Немазенка, О.В. Культенка та інших, однак більшість праць стосуються визначення прав людини на одному з рівнів правового регулювання. Захист прав людини як пацієнта при трансплантації органів та тканин на міжнародному та національному рівні є мало дослідженою темою та потребує подальшого наукового опрацювання.

Метою статті є уточнення прав людини як пацієнта при трансплантації органів та тканин і їх закріплення в міжнародних договорах та актах національного законодавства України.

Права людини як пацієнта при трансплантації органів та тканин належать до числа прав людини в сфері біомедицини, що робить їх спеціалізованими правами, які виникають виключно у сфері застосування біомедичних технологій на людині. Тому при дослідженні прав людини як пацієнта при трансплантації органів та тканин варто розглядати права людини в сфері біомедицини. При визначенні обсягу прав, якими наділена людина при трансплантації органів та тканин, необхідно розглядати міжнародні джерела прав людини, які й визначають права людини в різних сферах, реалізація та захист котрих відбувається на національному рівні. Саме на міжнародному рівні проголошено права людини в сфері біомедицини, обсяг яких не може бути звуженим, а тільки розширеним на національному рівні.

Визначення прав людини як пацієнта при трансплантації органів та тканин бере початок саме на міжнародному рівні. Причиною активізації світової спільноти з матеріального закріплення прав людини в сфері біомедицини став розвиток медичної науки та стрімкий перехід нових медичних методів з експериментального до рівня практичного застосування. Науковцями багатьох країн було прийнято рішення співпрацювати на «випередження», тобто завчасно закріпити обсяг прав людини, а також визначити норми та принципи здійснення відносин у такій сфері.

Права людини, якими наділені пацієнти, що є суб'єктами трансплантації органів та тканин, можна поділити на: права, які закріплені в основних джерелах міжнародного права із захисту прав людини; та права, які закріплені в спеціалізованих джерелах міжнародного права.

Права людини не знають державних кордонів і ними наділена кожна людина незалежно від віку, статті, раси, національності, віросповідання тощо. Сучасне міжнародне право покликане сприяти зміцненню співробітництва держав щодо заохочення та розвитку поваги до прав людини й основних свобод для всіх, без винятку, відповідно до Статуту ООН¹. Статут ООН є основним джерелом сучасного міжнародного права, тому його положення слугують основним джерелом для захисту прав людини в сфері біомедицини. І хоча такий важливий документ не проголошує жодних прав людини в сфері біомедицини, однак він закріплює обов'язок всіх держав здійснювати співробітництво з метою захисту прав людини. Тобто Статутом було закріплене зобов'язання всіх держав співпрацювати задля визначення та закріплення прав людини в різних галузях, в тому числі і в сфері біомедицини. Стаття 38 Статуту Міжнародного суду ООН визначає міжнародні договори (конвенції, декларації та інші) як основні джерела закріплення прав людини в сфері біомедицини.

На основі статуту ООН було прийнято низку міжнародних договорів, що проголошують права людини різних поколінь, наприклад: Загальна декларація прав людини 1948 р., Міжнародний пакт про громадянські і політичні права 1966 р., Міжнародний пакт щодо економічних, соціальних та культурних прав 1966 р. та

інші. Однак майже всі договори не наділені імперативною силою, окрім як низки регіональних міжнародних угод, якими не тільки були проголошені права людини, а також створені міжнародні механізми захисту таких прав, наприклад, Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р., Американська конвенція про права людини 1969 р. та інші. Таким чином, тільки договори регіонального рівня з прав людини можна віднести до джерел захисту прав людини у сфері біомедицини.

До прав людини, визначених у загальних джерелах міжнародного права та такі, що можуть бути застосовані до відносин з трансплантації органів і тканин, можна віднести: право на життя та право на особисту недоторканність, право на медичний догляд, необхідний для підтримання здоров'я (Загальна декларація прав людини, Міжнародний пакт про громадянські і політичні права), право на рівний доступ до медичного обслуговування (Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права). Основні міжнародні джерела прав людини мають диспозитивний характер, адже тільки проголошують права людини, визнані світовою спільнотою. Створити на міжнародному рівні загальний міжнародний правоохоронний договір неможливо через розбіжності в політиках держав щодо обсягу прав, якими наділена людина. Принцип суверенної рівності держав унеможливує нав'язування обсягу прав людини і накладання зобов'язання з захисту таких прав на національному рівні. А отже, тільки при вираженні згоди держави на прийняття нею міжнародних зобов'язань із захисту прав людини стане можливим міжнародний захист прав людини в сфері біомедицини. Адже держава зобов'язана буде виконувати взяті на себе міжнародні зобов'язання відповідно до принципу сумлінного виконання міжнародних зобов'язань.

Тільки після прийняття загального міжнародного договору з захисту прав людини, що буде наділений імперативною силою, стане можливим створення міжнародного механізму із захисту прав у сфері біомедицини. Проте сучасний стан розвитку міжнародного права унеможливує створення такого механізму, адже основний захист прав людини в усіх сферах, у тому числі й біомедицини, відбувається на національному рівні.

Трансплантація органів та тканин належить до переліку методів (процедур) біомедицини, отже, і проголошення та захист таких прав повинно закріплюватися спеціалізованими джерелами міжнародного права в сфері біомедицини. Першим та єдиним міжнародним договором, у якому були закріплені права людини як пацієнта при трансплантації органів та тканин, стала Конвенція про права людини та біомедицину 1997 року. Конвенція є першим юридично обов'язковим міжнародним договором, спрямованим на збереження людської гідності, прав та свобод, за допомогою ряду принципів та заборон проти зловживання біологічними та медичними досягненнями².

Конвенцію про права людини та біомедицину було розроблено під егідою Ради Європи. Прийняттю Конвенції сприяв стрімкий розвиток медичної науки, що призвело до появи нових відносин (медичних процедур), які можуть посягати на людську гідність. На момент прийняття Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. (далі – Конвенція 1950 р.) трансплантація органів та тканин та інші процедури біомедицини знаходились на стадії медичних експериментів, чи не були визначені взагалі. Тому, при прийнятті Конвенції 1950 р. неможливо було визначити положення та закріпити норми, які б захищали права людини як пацієнта при трансплантації органів та тканин. Адже саме ці права людини належать до спеціалізованих процедур біомедицини, тоді як Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. є міжнародним договором, що проголошує загальні невід'ємні права людини, які не мають галузевого призначення.

Конвенцію про права людини та біомедицину можна визначити як доповнення до Конвенції 1950 р., однак із галузевим призначенням. Адже саме вона заповнює прогалини, які виникли в захисті прав людини з моменту прийняття Конвенції 1950 р. в результаті розвитку медичної науки та появи нових методів медичного втручання. Із прав, закріплених у Конвенції, до числа таких, що виникають при трансплантації органів та тканин, належать: право на фізичну свободу, право на рівний доступ до медичної допомоги, право на згоду на медичне втручання, право на повагу до особистого життя стосовно інформації про здоров'я людини, право ознайомитися з будь-якою зібраною інформацією про своє здоров'я та наслідки медичного втручання у вигляді видалення чи пересадки органу та тканин.

Основною особливістю Конвенції про права людини та біомедицину є її регіональне призначення та імперативність норм, закріплених у міжнародному договорі. Конвенція проголошує непорушні права людини та визначає основні принципи застосування біомедичних технологій на людині. Положення конвенції є обов'язковими для держав, які підписали та ратифікували її і повинні бути реалізовані на національному рівні. Конвенцію підписали 35 держав-членів Ради Європи, що робить її регіональним міжнародним договором. Окрім проголошення прав людини в сфері біомедицини визначено основний напрям для державної політики, якої повинні дотримуватись держави, що підписали Конвенцію.

Механізм захисту прав людини як пацієнта при трансплантації органів та тканин закріплений в положеннях ст. 23 Конвенції, відповідно до якої держави-учасниці міжнародного договору зобов'язані забезпечувати судовий захист з метою негайного запобігання або припинення незаконного порушення прав, визначених у Конвенції. Таким чином обов'язок із захисту прав людини в сфері біомедицини покладено виключно на держави, які гарантують такі права. Однак положення ст. 29 Конвенції дозволяють Європейському суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) тлумачити положення Конвенції про права людини та біомедицину таким чином, щоб їх можна було розглядати як галузеве уточнення прав, закріплених у Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року. Отже, практику ЄСПЛ можна розглядати як спосіб захисту прав людини

при трансплантації органів, проте суд не використовує положення Конвенції про права людини та біомедицину, а виключно положення Конвенції 1950 року³. Тому діяльність ЄСПЛ не можна кваліфікувати як механізм захисту прав людини при трансплантації органів та тканин, а тільки, як захист порушених прав, закріплених в Конвенції 1950 р., при медичному втручанні, що передбачає трансплантацію органів та тканин.

ЄСПЛ було розглянуто низку справ, пов'язаних з порушенням прав людини при трансплантації органів та тканин, до числа яких належать: *Petrova v. Latvia*, *Elberte v. Latvia*, *Sablina and Others v. Russia*, *Polat v. Austria* та інші. За цими справами судом були винесені рішення тільки у справах проти Латвії. У своїх рішеннях у справах *Petrova v. Latvia*, *Elberte v. Latvia* суд встановив, що нечіткі норми національного законодавства щодо трансплантації органів та тканин призвели до порушення прав людини, закріплених у ст. 8 (право на приватне життя та сімейне життя)⁴. А отже, і практика ЄСПЛ свідчить про необхідність захисту прав людини при трансплантації органів та тканин виключно на національному рівні.

Конвенцію про права людини та біомедицину можна визначити як документ рамкового характеру, адже вона спрямована на визначення стандартів прав людини в біомедичній сфері. Проте положення Конвенції мають узагальнюючий характер, більш детальне регулювання зобов'язань держав відбувається за допомогою додаткових протоколів до Конвенції.

До Конвенції про права людини та біомедицину було прийнято 4 Додаткових протоколи, однак лише положення одного з них можна застосовувати до медичних методів, що передбачають трансплантацію органів та тканин – Додатковий протокол до Конвенції про права людини та біомедицину щодо трансплантації органів і тканин людини 2002 р. (далі – Додатковий протокол щодо трансплантації).

Положення Додаткового протоколу щодо трансплантації застосовуються до всіх медичних процедур із трансплантації органів, тканин та клітин, окрім як складових репродуктивної системи людини (в тому числі й ембріональних органів чи тканин), крові та її складових⁵. Такий виняток із сфери застосування обумовлений захистом права на сім'ю та сімейне життя. Адже при трансплантації складових репродуктивної системи людини особу може бути позбавлено права на сім'ю чи навпаки наділено. Однак положення Конвенції та Додаткового протоколу щодо трансплантації стосуються виключно прав людини як пацієнта при трансплантації органів та тканин, решта прав людини, які виникають при трансплантації, повинні регулюватись (захиститись) іншими спеціалізованими міжнародними договорами.

І хоч Додатковий протокол щодо трансплантації є єдиним спеціалізованим міжнародним договором у сфері трансплантації органів та тканин, однак він не проголошує права людини, а лише доповнює положення Конвенції з процесуальної точки зору. Проте ст. 24 Додаткового протоколу щодо трансплантації закріплює обов'язок держав-учасниць забезпечувати судовий захист прав людини, закріплених у Конвенції та Додатковому протоколі⁵. Таким чином, захист прав людини у сфері трансплантації органів та тканин на міжнародному рівні відбувається шляхом покладання на держави зобов'язання на національному рівні гарантувати та забезпечувати права людини, визначені спеціалізованими міжнародними договорами в сфері біомедицини. Проте захист прав людини як пацієнта при трансплантації органів та тканин на національному рівні повинен відбуватись згідно з положеннями національного законодавства.

Захист прав людини як пацієнта при трансплантації органів та тканин в Україні відбувається відповідно до національного законодавства. Україна підписала Конвенцію про права людини та біомедицини та Додатковий протокол щодо трансплантації, однак не ратифікувала їх. Тому згідно зі ст. 9 Конституції України та ст. 19 Закону України «Про міжнародні договори України»^{6,7} положення Конвенції та її Додаткового протоколу не можуть належати до частини національного законодавства. Отже, положення єдиного міжнародного договору, що закріплює права людини як пацієнта при трансплантації органів та тканин, в Україні не мають імперативної сили, тобто положення Конвенції мають диспозитивний характер, які українські законодавці можуть використовувати для формування внутрішньої політики із захисту прав людини в сфері біомедицини.

Задля належного захисту прав людини як пацієнта при трансплантації органів та тканин в Україні основним завданням для законодавців є ратифікація положень Конвенції з прав людини та біомедицини та відповідного Додаткового протоколу до неї. Після віднесення Конвенції до частини національного законодавства, відповідно до ієрархії нормативно-правових актів в Україні, всі нормативно-правові акти, положення яких можуть бути застосовані до відносин з трансплантації органів та тканин, повинні будуть відповідати положенням чинних міжнародних договорів України. Ратифікація Конвенції про права людини та біомедицину дасть змогу належним чином захистити права людини при трансплантації органів та тканин в Україні.

Основним нормативно-правовим актом із захисту прав людини як пацієнта при трансплантації органів та тканин є Конституція України, яка закріплює основні права людини, якими наділені всі, в тому числі й пацієнти при трансплантації органів та тканин. У Конституції закріплені такі права, якими наділені пацієнти при трансплантації: право на життя, право на повагу до його гідності, право на свободу та особисту недоторканність, право на повагу до особистого і сімейного життя⁶. Обсяг прав, закріплених в Конституції, не є вичерпним і може розширюватись у підзаконних нормативно-правових актах.

Права людини, які можна віднести до числа прав пацієнта при трансплантації органів та тканин, закріплені також у Цивільному кодексі України. Так, окремі положення кодексу передбачають надання таких прав: права на життя, право на охорону здоров'я, право на медичну допомогу, право на інформацію про стан свого здоров'я, право на таємницю про стан здоров'я, право на особисту недоторканність, право на донорство⁸. Усі ці права є втіленням прав людини, закріплених в міжнародних договорах з прав людини. Закріплення таких прав у тексті Цивільного кодексу підтверджує їх гарантування та захист з боку держави. Право на донорство

є єдиним виключно біомедичним правом. Стаття 290 ЦК, в якій закріплене право на донорство, втілює в собі всі основні права людини як пацієнта при трансплантації.

Наступним за силою нормативно-правовим актом, що наділяє пацієнтів правами при трансплантації органів та тканин, є Закон України «Основи законодавства України про охорону здоров'я» від 1993 року. Основне право людини при трансплантації відображено у ст. 6 – право кожної людини на охорону здоров'я, адже воно реалізується і по відношенню до процедури трансплантації органів та тканин⁹. Так, окремі складові права на охорону здоров'я можна визначити як такі, що гарантують права людини як пацієнта при трансплантації: 1) достовірна та своєчасна інформація про стан свого здоров'я є відображенням права на повагу до особистого життя стосовно інформації про її здоров'я та права ознайомитися з будь-якою зібраною інформацією про своє здоров'я та наслідки медичного втручання у вигляді видалення чи пересадки органу та тканин; 2) правовий захист від будь-яких незаконних форм дискримінації, пов'язаних із станом здоров'я, є відображенням права на рівний доступ до медичної допомоги. Положення Закону передбачають надання та захист прав, закріплених у ньому. Захист прав людини відбувається судовими установами при порушенні норм, закріплених у даному законі чи інших нормативно-правових актів, які гарантують права людини в сфері біомедицини. Закон України «Основи законодавства України про охорону здоров'я» є спеціалізованим нормативно-правовим актом, що проголошує основні права людини в сфері охорони здоров'я. Однак права, що закріплені в ньому, не належать до числа прав людини як пацієнта при трансплантації органів та тканин, хоча і визначають основну правову базу для таких прав у галузі медицини.

Закон України «Про трансплантацію органів та інших анатомічних матеріалів людини» є єдиним нормативно-правовим актом, що напряму стосується захисту прав людини при трансплантації органів та тканин. І хоча окрім даного закону на законодавчому рівні розроблені інші нормативно-правові акти, що регулюють процесуальні питання трансплантації, однак тільки цей закон прописує права людини, якими наділені пацієнти, по відношенню до яких застосовується процедура біомедицини з трансплантації органів та тканин. Так, у тексті закону відображені права людини як пацієнта при трансплантації органів та тканин, що слугують реалізацією прав, закріплених в міжнародних договорах із захисту прав людини та біомедицини¹⁰.

Однак наявність прав людини у сфері біомедицини в національному законодавстві все ж не дозволяє громадянам України повною мірою реалізувати свої права як пацієнта при трансплантації. Основною перешкодою у вільному доступі всіх осіб до медичної процедури з трансплантації органів та тканин є державна політика в сфері медичної допомоги. Реалізація нинішньої державної політики не передбачає створення єдиної бази донорів, а норми чинного законодавства забороняють будь-які зв'язки між донором та реципієнтом, окрім як сімейних відносин. Такі норми унеможливають підбір донора, що спричиняє неналежне втілення прав людини як пацієнта при трансплантації. А отже, гарантування та захист прав людини при трансплантації відбувається не в повному обсязі, адже більшість пацієнтів не мають права на вільний доступ до медичної допомоги.

Таку прогалину повинен заповнити новий Закон України «Про застосування трансплантації анатомічних матеріалів людини» від 17 травня 2018 р., що вступить в силу в 2019 р. і замінить вже чинний Закон України «Про трансплантацію органів та інших анатомічних матеріалів людини». Положення нового закону розроблені з урахуванням положень Конвенції та Додаткового протоколу щодо трансплантації. Так, у тексті закону відображені права людини як пацієнта, ідентичні правам у Законі України «Про трансплантацію органів та інших анатомічних матеріалів людини». Новий закон спрямовано визначає курс державної політики, одним із напрямів якої є додержання прав людини та захист людської гідності при застосуванні трансплантації та здійсненні діяльності, пов'язаної з трансплантацією¹¹. Нововведення Закону дозволяють в повному обсязі реалізувати право на рівний доступ до медичної допомоги, яка може проявитися у застосуванні біомедичної процедури з трансплантації органів та тканин. Після вступу закону в силу Україна повною мірою реалізуватиме права людини в сфері біомедицини та трансплантації, а отже, здійснюватиме захист гарантованих нею прав.

Права людини в сфері трансплантації органів та тканин належать до спеціалізованих прав людини, що доповнюють загально визнані (основні) права людини, адже вони розширюють обсяг прав людини на нові сфери відносин, створюючи виокремлені версії основних прав людини, якими наділена людина як пацієнт. На міжнародному рівні права людини як пацієнта при трансплантації органів та тканин можуть бути лише проголошеними. Закріплення прав людини при трансплантації в міжнародних договорах дозволяє покласти на держав-учасниць договору зобов'язання з реалізації таких прав на національному рівні. Єдиним спеціалізованим міжнародним договором із захисту прав людини при трансплантації органів та тканин є Конвенція про захист прав і гідності людини щодо застосування біології та медицини: Конвенція про права людини та біомедицину 1997 р. та додаткові протоколи до неї. Захистити права на міжнародному рівні можливо лише в рамках ЄСПЛ, який вправі тлумачити положення Конвенції про права людини та біомедицину. Однак у своїй практиці ЄСПЛ захищає права людини при трансплантації шляхом поширення положень Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод на відносини, що виникають при трансплантації. Створення міжнародного механізму захисту прав людини як пацієнта при трансплантації стане можливим тільки після укладання спеціалізованого міжнародного договору з біомедицини.

Захист прав людини як пацієнта при трансплантації відбувається шляхом закріплення прав людини в Основному законі України, однак права в Конституції не мають галузевого направлення. Права людини, що стосуються трансплантації, закріплені в Цивільному кодексі України, в Законах України «Основи законодав-

ства України про охорону здоров'я», «Про трансплантацію органів та інших анатомічних матеріалів людини», «Про застосування трансплантації анатомічних матеріалів людини». Захист прав людини при трансплантації в Україні завдяки гарантуванню державою обсягу прав людини як пацієнта при трансплантації. При наданні прав у сфері біомедицини держава гарантує їх захист, отже, немає потреби у створенні окремих норм, які б передбачали окремий механізм захисту прав при трансплантації на національному рівні. В Україні гарантуються та захищаються майже всі права, визначені світовою спільнотою в сфері біомедицини, та після вступу в силу Закону України «Про застосування трансплантації анатомічних матеріалів людини» на шляху до реалізації прав людини як пацієнта при трансплантації органів та тканин не буде жодних перепон. Єдиною прогалиною в захисті прав людини при трансплантації органів та тканин на законодавчому рівні є не віднесення Конвенції про права людини та біомедицину та додаткові протоколи до неї до частини національного законодавства. Тому необхідним є ратифікація Конвенції про права людини та біомедицину і додаткових протоколів до неї, тільки після цього захист прав людини як пацієнта при трансплантації органів та тканин відбудуватиметься відповідно до положень міжнародного права.

¹ Статут Організації Об'єднаних Націй. Міжнародний документ від 26.06.1945 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_010

² Конвенція про захист прав і гідності людини щодо застосування біології та медицини: Конвенція про права людини та біомедицину. Міжнародний документ від 04.04.1997 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_334

³ Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод. Міжнародний документ від 04.11.1950 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004

⁴ European Court of Human Rights Factsheet – Health. July 2018. URL: https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Health_ENG.pdf

⁵ Додатковий протокол до Конвенції про права людини та біомедицину щодо трансплантації органів і тканин людини. Міжнародний документ від 24.02.2002 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_684

⁶ Конституція України // Відомості. Верховної Ради України (ВВР). – 1996. – № 30. – С. 141.

⁷ Про міжнародні договори України : Закон України // Відомості. Верховної Ради України (ВВР). – 2004. – № 34. – С. 540.

⁸ Цивільний кодекс України // Відомості. Верховної Ради України (ВВР). – 2003. – № 40–44. – С. 356.

⁹ Основи законодавства України про охорону здоров'я : Закон України // Відомості. Верховної Ради України (ВВР). – 1993. – № 4. – С. 19.

¹⁰ Про трансплантацію органів та інших анатомічних матеріалів людини : Закон України // Відомості. Верховної Ради України (ВВР). – 1999. – № 41. – С. 377.

¹¹ Про застосування трансплантації анатомічних матеріалів людини : Закон України // Відомості. Верховної Ради України (ВВР). – 2018. – № 28. – С. 232.

Резюме

Плахотнюк Н.В., Григоренко М.В. Захист прав людини як пацієнта при трансплантації органів і тканин: міжнародний та національний рівень.

У статті розглянуто права людини як пацієнта при трансплантації органів та тканин, їх закріплення на міжнародному та національному рівні. Визначено особливості захисту прав людини на міжнародному рівні та визначено міжнародні договори, які закріплюють права людини, якими наділені пацієнти при трансплантації. Досліджено стан національного законодавства із захисту прав людини як пацієнта при трансплантації органів.

Ключові слова: права людини, Конвенція про права людини та біомедицину, трансплантація, донор, реципієнт.

Резюме

Плахотнюк Н.В., Григоренко М.В. Защита прав человека как пациента при трансплантации органов и тканей: международный и национальный уровень.

В статье рассмотрено права человека как пациента при трансплантации органов и тканей, их закрепление на международном и национальном уровне. Определены особенности защиты прав человека на международном уровне и определены международные договоры, закрепляющие права человека, которыми наделяются пациенты при трансплантации. Исследовано состояние национального законодательства по защите прав человека как пациента при трансплантации органов.

Ключевые слова: права человека, Конвенция о правах человека и биомедицине, трансплантация, донор, реципиент.

Summary

Plakhotnyuk N., Hryhorenko M. Protection of human rights as a patient in organ and tissues transplantation: international and national equality.

The article considers human rights as a patient in the transplantation of organs and tissues, their consolidation at the international and national levels. The peculiarities of the protection of human rights at the international level are determined and international treaties establishing human rights, which patients have been given during transplantation, are defined. The state of the national legislation on the protection of human rights as a patient during transplantation of organs is investigated.

Key words: human rights, the Convention on Human Rights and Biomedicine, transplantation, donor, recipient.

В.Л. СКРИПНИК

Володимир Леонідович Скрипник, кандидат юридичних наук, доцент, завідувач кафедри Кременчуцького національного університету імені Михайла Остроградського

ТВАРИНИ ЯК ДЖЕРЕЛО ПІДВИЩЕНОЇ НЕБЕЗПЕКИ

Нинішній етап соціально-економічного розвитку характеризується стрімким науково-технічним прогресом, який зумовлює появу нових видів джерел підвищеної небезпеки та різноманітні модифікації наявних. Важливими та багатограничними є проблеми відповідальності за заподіяння шкоди біологічними джерелами підвищеної небезпеки з урахуванням їх особливого правового статусу як об'єкта цивільних прав.

У сучасній українській цивілістиці зроблені перші кроки у дослідженні об'єктів цивільних прав із загальнотеоретичних позицій.

Цивільно-правовий інститут відповідальності за шкоду, заподіяну джерелом підвищеної небезпеки, досить активно досліджувався з початку 50-х рр. минулого століття такими корифеями цивілістики, як Б.С. Антімонов, О.О. Красавчиков, А.О. Собчак, К.А. Флейшиць та ін.). Серед вітчизняних учених проблеми відповідальності за шкоду, заподіяну джерелом підвищеної небезпеки, досліджували Д.В. Боброва, М.К. Галантич, Т.С. Ківалова, Г.К. Матвеев, Л.О. Отраднава.

Спеціальні дослідження були присвячені джерелам підвищеної небезпеки (О.Л. Жуковська, Н.В. Терещенко, Г.Л. Пендяга) та тваринам, як об'єктам цивільних прав (Г.Л. Крушельницька, О.А. Устименко, Д.М. Луц).

Проте у правовій думці питання щодо особливостей тварин як джерел підвищеної небезпеки спеціально не вивчалось. Поза належною увагою науковців залишається питання щодо особливої правової природи тварини як об'єкта цивільних правовідносин і водночас як джерела підвищеної небезпеки і, відповідно, різноманітні аспекти проблеми відшкодування шкоди тваринами як джерела підвищеної небезпеки.

Метою статті є з'ясування характерних ознак тварини з огляду на її подвійну правову природу як об'єкта цивільних правовідносин і водночас як джерело підвищеної небезпеки.

Відповідальність за шкоду, заподіяну джерелом підвищеної небезпеки, є різновидом спеціальної деліктної відповідальності, і в доктрині цивільного права завдання шкоди джерелом підвищеної небезпеки традиційно виокремлюють у спеціальний делікт.

Учений Ю.О. Заїка визначає такі особливості спеціальних деліктів: спосіб заподіяння шкоди; об'єкт, якому заподіюється шкода; особа заподіювача; особа, яка відповідає за шкоду; особа потерпілого; обставини заподіяння шкоди; підстави виникнення зобов'язань; особливі умови та межі відповідальності¹. Усі ці особливості характерні і для такого спеціального делікту, як шкода, що заподіяна джерелом підвищеної небезпеки.

Підвищена небезпека, за ст. 1187 ЦК України, є об'єктивною категорією матеріального світу. Як окремий випадок у ст. 1 Закону України «Про об'єкти підвищеної небезпеки» законодавець визначає об'єкт підвищеної небезпеки як об'єкт, на якому використовуються, виготовляються, переробляються, зберігаються або транспортуються одна або кілька небезпечних речовин чи категорій речовин у кількості, що дорівнює або перевищує нормативно встановлені порогові маси, а також інші об'єкти як такі, що відповідно до закону є реальною загрозою виникнення надзвичайної ситуації техногенного та природного характеру².

Проте поняття «джерела підвищеної небезпеки», яке міститься в Цивільному кодексі України, значно ширше, ніж у наведеному спеціальному законі.

Оскільки легальне визначення терміну «джерело підвищеної небезпеки» з'явилося лише внаслідок третьої кодифікації вітчизняного цивільного законодавства, це зумовило існування різних теорій щодо визначення джерела підвищеної небезпеки (теорія «властивостей речей і сил природи», теорія «предметів матеріального світу», теорія «діяльності»)³. Теорія діяльності з урахуванням позиції законодавця на сьогодні є панівною. Незважаючи на це, визначення співвідношення понять «діяльність, що створює підвищену небезпеку для оточуючих» і поняття «джерело підвищеної небезпеки» залишається актуальним у контексті дослідження саме тварин як джерел підвищеної небезпеки.

Поняття джерела підвищеної небезпеки пропонується розглядати як поєднання двох проявів: 1) певного матеріального об'єкта; 2) діяльності з його використання⁴.

Джерело підвищеної небезпеки і діяльність, що створює підвищену небезпеку, співвідносяться між собою як об'єкт і процес, пов'язаний із цим об'єктом. Шкідливими властивостями може бути наділений як об'єкт, так і пов'язана з ним діяльність.

Щодо видів джерел підвищеної небезпеки, першу спробу їх класифікації у середині двадцятих років минулого століття зробив М. Топоров, який, виокремивши три групи джерел підвищеної небезпеки, до дру-

гої зарахував «утримувачів диких тварин», оскільки людині важко поновити свій контроль над енергією, яка вирвалася із-під її влади, наприклад, важко загнати у клітку дику тварину⁵.

Зазначимо, що будь-яких тварин традиційно вважають речами особливого роду або одухотвореними речами. Такий висновок випливає з буквального тлумачення ст. 180 ЦК України, у якій законодавець уперше визнав тварин як особливий об'єкт цивільних прав і визначив, що на них поширюється правовий режим речі, окрім випадків, установлених законом.

Особливість речей як об'єктів цивільних прав, якими вони визнаються у ст. 177 ЦК України, є те, що вони, як зазначає І.В. Спасибо-Фатєєва, маючи речово-правову природу, посідають не менш важливе місце у сфері інших видів цивільно-правових відносин, будучи в якості об'єкта, в насамперед таких, як зобов'язальні та спадкові⁶.

Для тварин як потенційних джерел підвищеної небезпеки характерна подвійна правова природа. Це і особливий об'єкт цивільних прав, який здатний бути предметом цивільного обороту (договорів купівлі-продажу, дарування, найму, застави, об'єкт спадкування та ін.) і задовольняти матеріальні та немайнові потреби учасників того обороту, і об'єкт, який унаслідок своїх властивостей може заподіяти шкоду оточенню.

Тварин як особливий об'єкт цивільних прав пропонують пов'язувати з дискретністю, наявністю товарно-грошової оцінки, здатністю бути предметом цивільних правовідносин, а також особливим правовим режимом⁷. Це визначення не можна визнати вдалим, оскільки поняття об'єкта цивільних прав пов'язується зі «здатністю бути предметом цивільних правовідносин», що не розкриває суті цього поняття як особливого природного об'єкта.

За функціональним призначенням запропоновано класифікацію тварин як об'єктів права власності на: а) тварини, яких використовують у культурно-розважальних, наукових, освітніх заходах, спорті тощо (зоопаркові, циркові, експериментальні, службові та інші); б) тварини, яких застосовують для отримання різноманітної продукції (хутрові, сільськогосподарські та інші)⁸.

Щодо тварин, занесених до Червоної книги України, введення якої передбачено Законом України «Про Червону книгу України» від 7 лютого 2002 р., установлюються обмеження їх у цивільному обороті. Вони можуть бути предметом цивільного обороту лише у випадках та в порядку, установлених законом⁹.

На відміну від продуктів життєдіяльності людини, окремих тварин законодавець розглядає і як джерело підвищеної небезпеки.

Для того, щоб уважати ту чи іншу тварину «джерелом підвищеної небезпеки», необхідно враховувати два традиційні критерії: юридичний і матеріальний. Юридичний критерій дає змогу визначити: а) види тварин, які охоплені диспозицією ст. 1187 ЦК України (дикі звірі, службові собаки та собаки бійцівських порід і «тощо»); б) їх правову належність певним особам («держателям»), тобто власникам, наймачам, зберігачам, перевізникам та ін.

Матеріальний критерій слугує для з'ясування наявності «підвищеної небезпеки» тварини для особи, яка використовує, зберігає або її утримує, та інших осіб. Підвищена небезпека тварини для оточення зумовлена наявністю природної чи випадкової агресії, яка може виникати раптово і не підконтрольна володільцю такої тварини. Агресія пов'язана з наявністю у тварини засобів нападу і захисту (ікла, хижі зуби, кігті, маса тіла, швидкість пересування тощо). Природна агресія характерна для ссавців-хижаків та окремих видів рептилій (отруйні змії).

Фахівці вважають недоцільним уважати дикими тваринами коней, корів і взагалі допускати широке тлумачення поняття «дикі тварини», поширюючи його і на неприручених домашніх тварин або на тих, що сказлилися, або на особливо лютих (наприклад, непокірних биків)¹⁰.

Наукове поняття «тварина» значно ширше звичайного побутового розуміння. До царства тварин (animalia) належать, наприклад, кримські скорпіони (тип: членистоногі, підтип: хеліцерові, клас: павукоподібні), птахи, плазуни. До категорії біологічних джерел підвищеної небезпеки, які законодавець позначив у ст. 1177 ЦК словом «тощо», тобто, не обмежуючи їх перелік, належать штами мікроорганізмів, віруси, бактерії¹¹.

Володільцем дикої тварини не обов'язково є, скажімо, дресирувальник, який виступає з нею у цирковій програмі. Це може бути і зоолог, який утримує дику тварину з науковою метою, або лісничий, який взяв ведмежий виводок, працівник зоопарку, «прихильник» екзотичних тварин та ін.

До особливого виду племінних тварин належать також службові собаки, тобто, зазвичай великі, сильні, витривалі собаки з уродженими сторожовими властивостями (вівчарки, австралійські пінчери, акбаші, бульдоги, бультер'єри, стафоршидські тер'єри та ін.)

Позицію законодавця, який вважає джерелом підвищеної небезпеки службових собак і собак бійцівських порід, окремі науковці сприйняли досить-таки критично. Проте в такій новації є певна рація. Собак широко використовують у правоохоронних органах, у Національній гвардії, прикордонних військах, у спорті і, нарешті, як домашніх улюбленців. Службові собаки – це собаки, які пройшли спеціальний курс дресирування та навчання і залучені до несення служби з охорони державного кордону, окремих об'єктів, пошуку та розшуку певних речовин та людей, рятування людей за надзвичайних ситуацій, виконання спеціальних функцій в органах внутрішніх справ для розшуку і затримання підозрюваних у вчиненні злочину осіб, для потреб спеціальних підрозділів Збройних сил (зв'язку, санітарної, саперної тощо).

Міністерством внутрішніх справ України наказом від 1 листопада 2016 р. № 1145 затверджено Інструкцію з організації діяльності кінологічних підрозділів Національної поліції України¹². У кінологічному центрі утримуються службові собаки, яких використовують для протидії злочинності та забезпечення публічної

безпеки й порядку. Службових собак поділять на розшукових (для розшуку за запаховими слідами осіб, які вчинили злочин, для проведення вибірки людини та речі, пошуку речових доказів і стріляних гільз); патрульно-розшукових (для використання в охороні громадського порядку); вартових (для охорони спеціальних установ і об'єктів ОВС), конвойних (для припинення втечі й затримання осіб, які втекли з-під варти); спеціальних (з пошуку вибухових речовин, вогнепальної зброї, наркотичних засобів, трупів, для проведення одорологічної вибірки (собаки-детектори).

На те, що службові собаки особливо небезпечні, вказує той факт, що під час використання на службі собак необхідно постійно бути насторожі та своєчасно запобігати небажаним діям службового собаки.

Забороняється застосовувати службових собак у дитячих і лікувальних закладах; у публічних місцях і навчальних закладах, якщо від цього можуть постраждати сторонні особи; до жінок з явними ознаками вагітності, осіб літнього віку або з вираженими ознаками інвалідності та малолітніх, окрім випадків учинення ними групового нападу, що загрожує життю і здоров'ю людей, працівників поліції, або збройного нападу чи збройного опору.

Забороняється пускати собаку на затримання, якщо в цей момент між собакою і правопорушником перебувають сторонні особи, а також під час припинення незаконних зборів, мітингів, вуличних походів і ненасильницьких демонстрацій, які не порушують роботу транспорту, зв'язку, підприємств, установ та організацій.

Останнім часом набули поширення випадки заподіяння шкоди здоров'ю людини і навіть життю унаслідок агресивної неадекватної поведінки собак таких порід, як ротвейлери, бультер'єри, вівчарки та інших. Незважаючи на те, що собаки, які утримуються у домашніх умовах, зазвичай виконують команди власника, останній не завжди може повністю контролювати поведінку особливо великогабаритної і агресивної тварини. Оскільки діяльність, пов'язана з використанням, зберіганням та утриманням таких об'єктів, безпосередньо розглядається як джерело підвищеної небезпеки, це зумовлює потребу особливих вимог до порядку утримання таких тварин. Скажімо, проведення періодичних оглядів собак і видача відповідного свідоцтва чи сертифіката про контрольованість тварини; складання відповідних іспитів із дресирування власниками тварин, уведення адміністративної відповідальності за порушення цих правил.

Цікавою за змістом, проте дещо суперечливою, нам уявляється пропозиція Н.І. Майданик, яка, розглядаючи тварини як аномальне явище, пропонує підтримати європейські традиції визначення правового режиму тварин спеціальними законами, за якими тварини наділяються певним масивом природних прав (право на життя, свободу, захист від фізичних страждань тощо)¹³. Для цього існує підґрунтя, оскільки Міжнародною Лігою Прав тварин 23 вересня 1977 р. була прийнята Всесвітня декларація прав тварин (*Universal Declaration of Animal Rights*) у ст. 2 якої проголошується, що будь-яке тваринне життя має право на повагу.

Проте певне протиріччя закладено в самій Декларації, оскільки вже у ст. 3 передбачені випадки необхідності умертвити тварину, а по суті існують м'ясокомбінати, птахофабрики тощо. Можливо, є сенс міркувати про своєрідні «права» хребетних тварин, які знаходяться на вищих щаблях еволюційного розвитку і демонструють такі форми індивідуально-мінливої поведінки, які мають ознаки поведінки інтелектуальної? Проте, на нашу думку, і в цьому випадку повинно йтися не про «права тварин», а про обов'язки людини забезпечити таким тваринам належне існування.

Викликає сумнів доцільність висловленої у літературі пропозиції встановити виключний перелік тварин, які можуть бути у приватною власністю фізичних осіб¹⁴.

Стрімкий науково-технічний прогрес є характерною ознакою сучасного етапу соціально-економічного розвитку, що не може не вплинути і на створення відповідних умов утримання тих чи інших тварин. Проте, як показує історія розвитку вітчизняного законодавства, спроби встановлення «виключного» чи «вичерпного» переліку будь-яких об'єктів заздалегідь приречені на невдачу внаслідок нестримного розвитку науки і техніки та суспільних відносин. Достатньо згадати своєрідний перелік «джерел підвищеної небезпеки», який містила ст. 404 ЦК УРСР 1922 р. і серед осіб, діяльність яких «пов'язана з підвищеною небезпекою для навколишніх», називала і «торговців горючими матеріалами», тобто продавців керосину та ін.

Отже, можемо зробити такі висновки. Як особливий природний об'єкт цивільних прав і як джерело підвищеної небезпеки тварин характеризують такі ознаки:

- визначення у законодавстві особливого порядку володіння, використання та їх утримання;
- наявність особливого правового режиму на відміну від загального правового режиму речей;
- продуктивність, тобто властивість відтворювати собі подібних;
- зі смертю тварина припиняє своє існування як одухотворена істота, тобто, власне, як тварина, проте залишається річчю як об'єкт матеріального світу (наприклад, експонатом у музеї);
- наявність природної чи випадкової агресії, яка є небезпекою для оточення, що зумовлює потребу розглядати тварину як об'єкт – носій постійного деліктного ризику, який може заподіяти шкоду іншим об'єктам цивільних прав (життю, здоров'ю, майну);
- випадковість і непрогнозованість небезпеки, пов'язаної з використанням, зберіганням або утриманням тварин;
- небезпечні властивості тварини як джерела підвищеної небезпеки не пов'язані з рівнем розвитку науки і техніки, а є проявом її природної сутності і виявляються не лише під час її використання, а й у статичному стані;
- стан підвищеної небезпеки для оточення може бути зумовлений не лише природними властивостями тварини, а й поведінкою її власника (діями, бездіяльністю, їх поєднанням);

– правовий статус «джерела підвищеної небезпеки» набувають лише певні категорії тварин (дикі, у яких є володілець; визначені домашні тварини – собаки службових і бійцівських порід).

¹ Заїка Ю.О. Система деліктів в цивільному праві України / Ю.О. Заїка // Приватне право і підприємництво. – 2011. – Вип. 10. – С. 42.

² Про об'єкти підвищеної небезпеки: Закон України від 18 січня 2001 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/2245-14>

³ Отраднова О.О. Проблеми вдосконалення механізму цивільно-правового регулювання деліктних зобов'язань : монографія / О.О. Отраднова. – К.: Юрінком Інтер, 2014. – С. 142–143.

⁴ Пендяга Г.Л. Відповідальність за шкоду, заподіяну джерелом підвищеної небезпеки: автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Г.Л. Пендяга. – К., 2008. – С. 5.

⁵ Топоров Н. Источник повышенной опасности / Н. Топоров // Рабочий суд. – 1926. – № 19. – С. 1175.

⁶ Харьковская цивилистическая школа : объекты гражданских прав : монография / И.В. Спасибо-Фатеева, В.И. Крат, О.О. Печеный и др. ; под ред. И.В. Спасибо-Фатеевой. – Х. : Право, 2015. – С. 76.

⁷ Крушельницька Г.Л. Тварини як особливий об'єкт цивільних прав : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Г.Л. Крушельницька. – К., 2014. – С. 7.

⁸ Устименко О.А. Тварина як об'єкт права власності (цивільно-правовий аспект): автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / О.А. Устименко. – К., 2014. – С. 7–8.

⁹ Дзера О.В. Вибране. Збірник наукових праць. Київська школа цивілістики / О.В. Дзера. – К. : Юрінком Інтер, 2016. – С. 76.

¹⁰ Антимонов Б.С. Гражданская ответственность за вред, причиненный источником повышенной опасности / Б.С. Антимонов. – М. : Госюриздат. 1952. – С. 59–60.

¹¹ Українське цивільне право : навч. посіб. 3-тє вид., перероб і доп. / за ред. Ю.О. Заїки. – К. : Центр учбової літератури, 2014. – С. 332.

¹² Інструкція з організації діяльності кінологічних підрозділів Національної поліції України, затверджена наказом Міністерства внутрішніх справ України від 01.11.2016 р. № 1145. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z1544-16/page6>

¹³ Майданик Н.И. Животные как аномальное правовое явление // Альманах цивилистики : сб. статей / под ред. Р.А. Майданика. – К. : Алерта, 2015. – Вып. 6. – С. 136.

¹⁴ Луц Д.М. Тварини як об'єкт цивільних правовідносин : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Д.М. Луц. – К., 2015. – С. 11.

Резюме

Скрипник В.Л. Тварини як джерело підвищеної небезпеки.

У статті охарактеризовано ознаки тварини з огляду на їх подвійну правову природу – як об'єкта цивільних правовідносин і водночас як джерела підвищеної небезпеки. З'ясовано, що правового статусу «джерело підвищеної небезпеки» набувають лише певні категорії тварин.

Ключові слова: об'єкти цивільних прав, тварини як об'єкти цивільних прав, джерело підвищеної небезпеки.

Резюме

Скрипник В.Л. Животные как источник повышенной опасности.

В данной статье осуществлено характеристику признаков животных с учетом их двойственной правовой природы – как объекта гражданских правоотношений и, одновременно, как источника повышенной опасности. Установлено, что правовой статус «источника повышенной опасности» приобретают только некоторые категории животных.

Ключевые слова: объекты гражданских прав, животные как объекты гражданских прав, источник повышенной опасности.

Summary

Skrypnyk V. Animals as a source of increased danger.

The article characterizes signs of animals given their dual legal nature – as an object of civil relations and at the same time as a source of increased danger. It is found out that the legal status of «source of increased danger» acquire only certain categories of animals.

Key words: objects of civil rights, animals as objects of civil rights, source of increased danger.

М.Р. АВETИCЯН

*Маргарита Робертівна Аветисян, аспірант
юридичного факультету Донецького національно-
го університету імені Василя Стуса*

ЗМІСТ ОРГАНІЗАЦІЙНО-ПРАВОВОЇ ФОРМИ ГОСПОДАРЮВАННЯ

Умови і порядок провадження господарської діяльності, її ефективність залежать від багатьох чинників, серед яких особливе місце займає організаційно-правова форма, в якій ця діяльність здійснюється. З огляду на це важливе значення має питання обрання певного виду організаційно-правової форми, що, в свою чергу, зумовлено її змістом.

Господарський кодекс України (далі – ГК України)¹, Цивільний кодекс України (далі – ЦК України)² та інші закони України не містять визначення понять організаційно-правової форми господарювання, організаційно-правової форми юридичної особи та їх змісту.

В юридичній доктрині різні аспекти проблематики організаційно-правових форм господарювання або організаційно-правових форм юридичних осіб, в тому числі їх змісту, становлять предмет дослідження таких вчених, як С.С. Жилінський, В.М. Мілаш, О.Р. Кібенко, Н.В. Козлова, К.О. Кочергіна, І.М. Кучеренко, В.С. Мартемьянов, Н.О. Саніахметова, Д.В. Задихайло, О.В. Бринцев та ін. Натомість, незважаючи на значну кількість наукових праць із зазначеної тематики, наразі в юридичній науці взагалі і науці господарського права зокрема відсутній усталений підхід до визначення змісту організаційно-правової форми господарювання, що у свою чергу ускладнює наукову розробку видів організаційно-правової форми господарювання і однозначне розуміння та застосування відповідних нормативних приписів щодо розмежування організаційно-правових форм на практиці.

Метою статті є уточнення змісту організаційно-правової форми господарювання.

У законодавстві України єдиним нормативним документом, що містить визначення організаційно-правової форми господарювання, є Наказ Державного комітету України з питань технічного регулювання і споживчої політики України від 28 травня 2004 р. № 97ДК 002-94 «Про затвердження «Класифікації організаційно-правових форм господарювання» (далі – КОПФГ)³. У цьому акті організаційно-правова форма господарювання визначається як форма здійснення господарської (зокрема підприємницької) діяльності з відповідною правовою основою, яка визначає характер відносин між засновниками (учасниками), режим майнової відповідальності за зобов'язаннями підприємства (організації), порядок створення, реорганізації, ліквідації, управління, розподілу одержаних прибутків, можливості джерела фінансування діяльності тощо.

З наведеного визначення важливо акцентувати увагу на декількох положеннях: організаційно-правова форма розуміється як форма здійснення господарської діяльності; наводиться невичерпний перелік того, що ця форма «визначає» (характер відносин між засновниками, порядок створення тощо).

У науковій літературі відсутнє єдине бачення поняття і змісту організаційно-правової форми господарювання. Як зазначає Н.І. Козлова, одна організаційно-правова форма юридичної особи відрізняється від іншої створенням, обсягом правоздатності, порядком управління, характером і змістом прав і обов'язків засновників (учасників) по відношенню один до одного та юридичної особи⁴.

В.С. Мартемьянов визначає, що організаційно-правова форма підприємницької діяльності – це сукупність майнових та організаційних відмінностей, способів формування майнової бази, особливостей взаємодії власників, підприємців і трудового колективу підприємства, їх відповідальність один перед одним і контрагентами⁵.

На думку Н.О. Саніахметової, організаційно-правова форма визначає особливості правового режиму діяльності суб'єкта, що має важливе значення і безпосередньо впливає на інтереси його контрагентів, оскільки визначає можливість стягнення за боргами суб'єктів, звернення вимог до його учасників⁶.

О.І. Зозуляк серед критеріїв, що ідентифікують організаційно-правову форму, виділяє особливості мети діяльності, специфіку формування майна, спосіб реалізації цивільної дієздатності, специфіку цивільної відповідальності за власними зобов'язаннями, особливості формування органів управління та інші ознаки⁷.

О.Р. Кібенко зазначає, що організаційно-правові форми відрізняються своїми правовими ознаками (відповідальність учасників, вид корпоративних прав, наявність або відсутність статутного фонду), а також такими параметрами, як: порядок створення, режим майна, структура, правовий статус учасників, порядок ліквідації тощо, а обрання конкретної форми залежить від цілей засновників⁸.

Узагальнення наведених підходів дає підстави для наступних висновків. По-перше, науковці характеризують організаційно-правову форму під різним кутом зору, зокрема в контексті відокремлення видів організаційно-правових форм (Н.І. Козлова, О.І. Зозуляк та В.С. Мартемьянов, О.Р. Кібенко); або вказують на те, що організаційно-правова форма визначає (Н.О. Саніахметова). По-друге, автори перелічують різні критерії

(ознаки, параметри, відмінності), які характеризують і відрізняють організаційно-правові форми господарювання.

У зв'язку із зазначеним важливо розрізняти критерії обрання організаційно-правової форми, критерії розмежування організаційно-правових форм та ознаки, які організаційно-правова форма визначає. Критерії обрання організаційно-правової форми і критерії, за якими одна форма відокремлюється від іншої пов'язані, але не збігаються між собою. Так, наприклад, при обранні організаційно-правової форми важливим питанням є правила оподаткування. Наприклад, до складу доходу платника єдиного податку фізичної особи-підприємця, на відміну від юридичної особи, не включаються пасивні доходи у вигляді процентів, дивідендів, роялті, страхові виплати і відшкодування (ст. 292 Податкового Кодексу України)⁹. Умови оподаткування є одночасно і наслідком обрання тієї чи іншої форми, тобто тим, що ця форма визначає, проте ці умови не є підґрунтям для класифікації організаційно-правових форм господарювання, вони не є частиною сутності того чи іншого виду форми.

На думку І.М. Кучеренко, до ознак організаційно-правової форми належать ті, які не є характерними тільки для конкретної організаційно-правової форми, але які дають загальне уявлення про певний вид юридичної особи, як єдине ціле. Так, для таких видів приватних юридичних осіб, як акціонерне товариство і товариство з обмеженою відповідальністю, спільними ознаками є структура органів управління (загальні збори, правління) та майже схожий перелік питань, які віднесені до виключної компетенції вищого органу управління, створення таких товариств на підставі договору, визнання установчим документом тільки статуту, надання права їх учасникам на управління, отримання прибутку, а також майна після ліквідації. Але для кожного виду організаційно-правової форми існує певна сукупність ознак, яка характерна тільки для неї і зміна яких веде до зміни організаційно-правової форми¹⁰.

Також науковець виділяє таке поняття, як «суттєві ознаки» (це ті ознаки, що необхідні для розмежування однієї організаційно-правової форми від іншої). Так, наприклад, за метою створення діяльності об'єднань громадян поділяються на громадські організації та партії, проте мета створення не є суттєвою ознакою¹¹.

Поділ ознак організаційно-правової форми на такі, що властиві конкретній організаційно-правовій формі, і так звані групові; на ті, що необхідні на розмежування однієї організаційно-правової форми від іншої та ті, які на це не впливають, має важливе значення задля характеристики системи організаційно-правових форм господарювання. Разом із тим загальноприйнятим у логіці є розуміння, що ознаки, які характеризують декілька предметів, називають загальними, а ті, які характеризують окремий предмет – одиничними; необхідні ознаки, які виражають найбільш важливе в предметі, що складає його поняття, – істотні ознаки. При цьому істотні ознаки можуть бути як загальними, так і одиничними¹². Наприклад, і товариству з обмеженою відповідальністю, і товариству з додатковою відповідальністю майно належить на праві приватної власності. Це характерно для декількох організаційно-правових форм господарювання, є істотною загальною ознакою.

Найбільш детально ознаки організаційно-правової форми аналізує С.Є. Жилінський. На відміну від інших науковців, він відрізняє критерії обрання організаційно-правової форми (середовище діяльності, фінансові можливості господарюючих суб'єктів, порівняльні переваги тієї чи іншої форми) та ознаки, які втілює організаційно-правова форма. Автор зазначає, що поняття організаційно-правової форми концентровано втілює сутнісні організаційні та правові ознаки, які є загальними для юридичних осіб, підприємницьких організацій різних видів. Ці ознаки С.Є. Жилінський поділяє на дві групи:

1) ознаки, що відображають організаційний зв'язок будь-якої юридичної особи з правом, законодавством: юридична особа може створюватись лише в порядку, встановленому законодавством; будь-яка юридична особа може створюватись лише в тих організаційно-правових формах, які встановлені законом; юридична особа правоздатна діяти лише в тих межах, які встановлені законом для того виду організаційно-правової форми, до якої належить ця юридична особа; на всіх юридичних осіб, до якої б організаційно-правової форми вони не належали, розповсюджується вимога дотримуватись в своїй діяльності законності;

2) ознаки, що відображають майновий статус: походження майна, на базі якого створена і діє ця юридична особа, а також підстава володіння цим майном; організаційно-правова форма розкриває внутрішні майнові відносини юридичних осіб: склад майна, яке відношення до нього мають засновники (учасники) юридичної особи, яким чином здійснюється розпорядження майном; організаційно-правова форма чітко визначає, яким майном відповідає юридична особа за своїми зобов'язаннями¹³.

З наведеного випливає, що перша група ознак фактично пов'язана з дотриманням вимог законодавства. Цей погляд є дискусійним, оскільки, по-перше, ознаки і другої групи (і взагалі будь-які ознаки) є такими, що встановлені в нормативно-правових актах, по-друге, дотримання вимог законодавства – це обов'язок всіх учасників господарських відносин, а не лише створених в окремих організаційно-правових формах. Безумовно, є спеціальні вимоги, проте є й загальні обов'язки. Також некоректним виглядає формулювання першої групи ознак «організаційний зв'язок з правом», адже всі ознаки (як організаційно, так і майнові) пов'язані із правом. Серед майнових ознак, запропонованих С.Є. Жилінським, відсутня, зокрема, така ознака, як майнова відповідальність учасників господарської організації за її зобов'язаннями.

Суб'єкт господарювання має здійснювати господарську діяльність лише в певній організаційно-правовій формі. При цьому така організаційно-правова форма безпосередньо пов'язана і обумовлена ознаками суб'єкта права, який діє у певній організаційно-правовій формі. К.О. Кочергіна, розглядаючи це питання в контексті юридичних осіб, зазначає, що стан сучасного ринкового середовища і розмаїття секторів світового

ринку не залишає сумнівів про тісний зв'язок поняття юридичної особи та її ознак з поняттям організаційно-правової форми юридичних осіб. Свідченням цього є те, що визначення як юридичної особи, так і її організаційно-правової форми здійснюється шляхом відображення найбільш важливих ознак чи правових параметрів цих правових конструкцій у теорії цивільного та підприємницького права¹⁴.

При цьому К.О. Кочергіна підкреслює, що конструкція юридичної особи і організаційно-правової форми не поглинаються одна одною, як зміст і форма, а знаходяться у більш складних відносинах – взаємозалежності та взаємопроникнення, але які є достатньо автономними і такими, що не збігаються за змістом правовими характеристиками однієї і тієї ж субстанції підприємницького товариства, як організації. У зв'язку з цим пропонується перейти від поняття «організаційно-правова форма» до поняття «організаційно-правовий зміст»¹⁵. Науковець виділяє у структурі організаційно-правової форми підприємницьких товариств певні «правові» підсистеми – «засновників/учасників» та «юридичної особи», де остання має свою підструктуру у вигляді підсистеми майнового комплексу, правоздатності й управління. Вказані підсистеми, у свою чергу, відображаючи складну ієрархічну структуру всієї системи організаційно-правової форми підприємницьких товариств, складаються із наступних системно-структурних елементів: 1) правового режиму майна; 2) правоздатності; 3) системи органів чи певного порядку управління; 4) змісту правовідносин між учасниками та створеною ними юридичною особою, у тому числі межі і порядок їх відповідальності; 5) відносини між засновниками/учасниками з приводу створення, функціонування та припинення юридичної особи (участь у формуванні статутного капіталу, участь у розподілі прибутку, розпорядження корпоративними правами, отримання інформації про діяльність товариства)¹⁶.

Організаційно-правова форма, як будь-яка категорія, містить певний зміст*, однак, одні характеристики можуть становити цей зміст, а інші є тим, що організаційно-правова форма визначає. Спираючись на попередній висновок, що те, за якими критеріями обирається форма і що вона визначає в кінцевому результаті не є тими критеріями, за якими одна форма відокремлюється від іншої, вони є ширшими за змістом поняттями, можна стверджувати, що одна організаційно-правова форма розмежовується від іншої за своїм змістом, який не є тотожним факторам, за якими вона обирається форма і характеристики, які вона визначає.

З огляду на зазначене, доцільно розглянути ознаки суб'єкта господарювання та їх вплив на зміст організаційно-правової форми господарювання. Відповідно до ч. 1 ст. 55 ГК України суб'єктами господарювання визнаються учасники господарських відносин, які здійснюють господарську діяльність, реалізуючи господарську компетенцію (сукупність господарських прав та обов'язків), мають відокремлене майно і несуть відповідальність за своїми зобов'язаннями в межах цього майна, крім випадків, передбачених законодавством. Отже, з цього визначення можна виділити такі ознаки суб'єкта господарювання: здійснення господарської діяльності, реалізація господарської компетенції, наявність відокремленого майна, відповідальність за своїми зобов'язаннями в межах відокремленого майна.

У доктрині господарського права до ознак суб'єкта господарювання відносять: визначеність організаційно-правової форми господарювання, майново відокремленість, легітимність існування в якості суб'єкта господарювання, наявність господарських прав та обов'язків, відповідальність за результати господарювання¹⁷.

Ознака суб'єкта господарювання у вигляді майнової відокремленості пов'язана із наявністю відокремленого майна, яке має певний правовий режим. Зокрема, майно державного комерційного підприємства закріплюється за ним на праві господарського відання (ч. 2 ст. 74 ГК України), а майно кооперативу є його власністю (абз. 3 ст. 19 Закону України «Про кооперацію»)¹⁸. Поряд із цією майновою ознакою суб'єкта господарювання у змісті організаційно-правової форми господарювання мають значення ще й додаткові аспекти, зокрема, характер зв'язку між засновником/засновниками і суб'єктом господарювання щодо майна суб'єкта господарювання; характер зв'язку між учасниками щодо майна суб'єкта господарювання. Так, наприклад, виплата дивідендів в товаристві з обмеженою відповідальністю та в товаристві з додатковою відповідальністю здійснюється за рахунок чистого прибутку товариства особам, які були учасниками товариства на день прийняття рішення про виплату дивідендів, пропорційно до розміру їхніх часток (ч. 1 ст. 26 Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю»)¹⁹ **.

Така ознака суб'єкта господарювання, як легітимність, не знаходить своє відображення в характеристиці організаційно-правової форми господарювання. Потенційний учасник господарських відносин, обравши певну організаційно-правову форму господарювання, для того, щоб стати суб'єктом господарювання звертається до уповноваженого органу для здійснення державної реєстрації юридичної особи чи фізичної особи-підприємця. У результаті цієї реєстрації з'являється новий суб'єкт господарювання в певній організаційно-правовій формі, і сам факт реєстрації на зміст цієї форми не впливає.

Щодо ознаки «наявність господарських прав та обов'язків» слід зазначити, що існують права та обов'язки суб'єкта господарювання, які є загальними для всіх організаційно-правових форм господарювання, або властиві лише для окремих форм. Проте права і обов'язки (їх перелік, зміст, особливості реалізації тощо) не входять до змісту форми, а є тим, що ця форма визначає, на що впливає.

Ознака «відповідальність за результати господарювання» знаходить своє відображення в змісті організаційно-правової форми господарювання, зокрема, в обсязі майнової відповідальності суб'єкта господарю-

* Зміст – сукупність елементів і процесів, що утворюють даний предмет чи явище.

** Насамперед характер взаємовідносин між учасниками обумовлений належністю суб'єкта господарювання до унітарного чи корпоративного підприємства (ч.3 ст. 63 ГК України).

вання за своїми зобов'язаннями та майнової відповідальності учасників суб'єкта господарювання за його зобов'язаннями. Наприклад, казенне підприємство відповідає за своїми зобов'язаннями лише коштами, що перебувають у його розпорядженні, у разі недостатності зазначених коштів держава, в особі органу, до сфери управління якого входить підприємство, несе повну субсидіарну відповідальність за зобов'язаннями казенного підприємства (ч. 7 ст. 77 ГК України). За зобов'язаннями повного товариства, якщо при його ліквідації виявиться, що наявного майна не вистачає для сплати всіх боргів, у недостатній частині несуть солідарну відповідальність його учасники усім своїм майном, на яке відповідно до законодавства України може бути звернено стягнення (ст. 74 Закону України «Про господарські товариства»)²⁰.

Для визначення змісту організаційно-правової форми господарювання важливим є те, яку господарську діяльність здійснює суб'єкт господарювання: підприємницьку (комерційну) або некомерційну господарську діяльність. Критерієм поділу господарської діяльності на зазначені види є мета її здійснення (господарська діяльність, що здійснюється для досягнення економічних і соціальних результатів та з метою одержання прибутку, є підприємництвом, без мети одержання прибутку – некомерційною господарською діяльністю) (ч. 2 ст. 3 ГК України). Потенційний учасник господарських відносин, обираючи певну організаційно-правову форму господарювання, насамперед орієнтується на те, з якою метою він бажає стати суб'єктом господарювання: або організація діяльності побудована для отримання прибутку, або ні. Отже, у змісті організаційно-правової форми господарювання одним із організаційних елементів слід визнавати мету діяльності суб'єкта господарювання.

Зміст організаційно-правової форми господарювання також залежить від того, до якого типу належить суб'єкт господарювання – об'єднання капіталів або об'єднання осіб. Поділ колективних організацій за цим критерієм обумовлений тим, що їх організаційно-правові форми використовуються засновниками для досягнення мети виключно отримання прибутку або отримання прибутку і здійснення також трудової діяльності, або задоволення власних потреб учасників. З огляду саме на це, конструкція юридичної особи пов'язувалась спочатку із формою об'єднання капіталів, адже поява суб'єкта права у формі юридичної особи була зумовлена насамперед економічними інтересами учасників ринку в об'єднанні великих капіталів, що, як правило, не обіцяло швидкої віддачі і тому було пов'язано з ризиком, непомірним для одного і навіть кількох підприємців (наприклад, в епоху великих географічних відкриттів – для організації морських експедицій і заморської торгівлі, згодом – для будівництва судноплавних каналів та залізниць і т.д.). Конструкція юридичної особи дала можливість створювати такі об'єднання капіталів (майна) за рахунок вкладів багатьох осіб, ризикували при цьому за спільними зобов'язаннями лише деякою, заздалегідь відомою частиною свого майна (і отримували частину загальних доходів пропорційно до вкладених коштів). Згодом категорія юридичної особи отримала набагато більш значне поширення і стала використовуватися законом щодо будь-якої самостійної організації, допущеної державою до участі в майновому обороті, адже створення юридичної особи може мати не тільки мету отримання прибутку на вкладене майно (в тому числі особами, які не є підприємцями), а й матеріальне забезпечення управлінської, науково-освітньої, культурно-виховної, благодійної чи іншої суспільно корисної діяльності (яка не передбачає отримання прямих доходів від неї)²¹.

Спираючись на такий поділ, О.М. Вінник підкреслює, що законодавство передбачає застосування різних принципів правового регулювання щодо товариств, які належать до об'єднань капіталів та персональних товариств. Подібний поділ господарських товариств, широко відомий в комерційному праві (як зарубіжному, так і вітчизняному – дореволюційному, періоду непу, сучасному), здійснюється за ознакою домінування в них майнових чи персональних елементів²².

Залежно від домінування майнового чи персонального елемента організаційно-правовій формі притаманний різний зміст. Так, О.А. Пушкін обґрунтовує відсутність необхідності особистої участі засновників та учасників акціонерного товариства в справах цього товариства саме його належністю до осіб об'єднання капіталів. Також, за словами науковця, це обумовлює необхідність публічного ведення справ акціонерного товариства (оголошення розміру його статутного капіталу, публікації відомостей про прибутки та збитки, про зміну статутного капіталу тощо), що повинно слугувати гарантією інтересів покупців акцій (майбутніх акціонерів) та кредиторів акціонерного товариства. Для такої організаційно-правової форми, що належить до об'єднання осіб, як повне товариство, характерно те, що засновники не лише об'єднують своє майно, а й особистою працею беруть участь у його діяльності. З огляду на те, що учасники такого товариства при відсутності в нього майна відповідають за його боргами всім своїм майном, вони не можуть брати участь в інших повних товариствах²³.

С.А. Суханов зазначає, що в товариствах об'єднання капіталів виключаються будь-які довірчі відносини учасників, тому в них більш широкі можливості зміни їх складу. У свою чергу, це робить необхідним створення спеціальних виконавчих органів товариства. Ці товариства не передбачають (хоча і не виключають) обов'язкової особистої участі засновників (учасників) у своїх справах. Звідси принципова можливість участі в них будь-яких осіб, а не тільки професійних комерсантів (підприємців). У товариствах об'єднання капіталів відсутня особиста відповідальність їх учасників за боргами компанії (за винятком товариств з додатковою відповідальністю). Тому одна особа цілком може одночасно бути учасником декількох товариств²⁴.

Отже, вирішальним фактором для визначення змісту організаційно-правової форми господарювання є належність суб'єкта господарювання – юридичної особи до об'єднань капіталів чи об'єднань осіб. Зокрема, від цього залежить порядок управління суб'єктом господарювання, характер участі учасників в його діяльності, відповідальність учасників за боргами юридичної особи. Так, у повному товаристві ведення справ

повного товариства здійснюється за загальною згодою всіх учасників (ч. 1 ст. 68 Закону України «Про господарські товариства»), а у виробничому кооперативі обов'язковою є особиста трудова участь (ст. 2 Закону України «Про кооперацію»).

На зміст організаційно-правової форми господарювання, окрім ознак суб'єкта господарювання, також впливають і ознаки юридичної особи, адже всі організаційно-правові форми, окрім фізичної особи-підприємця, є юридичними особами.

Поняття юридичної особи закріплено в ЦК України, зокрема юридична особа – це організація, створена і зареєстрована у встановленому законом порядку (ч. 1 ст. 80 ЦК України). Таке визначення вказує лише на організаційний аспект юридичної особи, проте останній притаманні й інші – майнові ознаки. Зокрема, у ч.ч. 1–2 ст. 96 ЦК України вказано, що юридична особа самостійно відповідає за своїми зобов'язаннями; юридична особа відповідає за своїми зобов'язаннями усім належним їй майном. Отже, юридичній особі притаманні такі майнові ознаки, як майнова відокремленість та самостійна майнова відповідальність.

У Цивільному кодексі РФ, на відміну від ЦК України, ознаки юридичної особи чітко закріплені в одній статті, яка надає відповідне визначення. Так, юридичною особою визнається організація, яка має відокремлене майно та відповідає ним за своїми зобов'язаннями, може від власного імені набувати та здійснювати цивільні права та нести цивільні обов'язки, бути позивачем та відповідачем у суді (ч. 1 ст. 48 ЦК РФ)²⁵.

Не маючи за мету окреме дослідження ознак юридичної особи, які виділяються в юридичній науці, наведемо ті ознаки, які є загальноприйнятими. Є.О. Суханов, О.А. Пушкін до ознак юридичної особи відносять: організаційну єдність, наявність відокремленого майна, участь в цивільному обігу від власного імені, самостійну майнову відповідальність^{26,27}.

Отже, ознаки юридичної особи, враховуючи наведене, умовно можна розподілити на дві групи: організаційні (організаційна єдність та виступ в обороті від свого імені) та майнові (наявність відокремленого майна та самостійна майнова відповідальність). Такий підхід до ознак юридичної особи, з огляду на її зв'язок із організаційно-правовою формою, може бути застосований до останньої. При цьому, якщо буквально тлумачити поняття «організаційно-правова форма господарювання», можна зробити висновок, що форма характеризується з «організаційної» та «правової» точок зору. Проте застосування такого поділу є не зовсім коректним, адже фактично увесь її зміст по суті є правовим, оскільки встановлений правом (закріплені в нормативно-правових актах).

Отже, проведений аналіз свідчить, що розмежування організаційно-правових форм має здійснюватись залежно від їх змісту, який, у свою чергу, не є тотожним факторам, які враховуються при обранні форми і характеристикам, які вона визначає. При цьому при визначенні змісту організаційно-правової форми господарювання доцільно враховувати ознаки суб'єкта господарювання, а також приналежність суб'єкта господарювання – юридичної особи до об'єднання капіталів або до об'єднання осіб.

З огляду на проведений аналіз є підстави виділити два елементи змісту організаційно-правової форми господарювання: 1. Майнові елементи: правовий режим майна суб'єкта господарювання; характер зв'язку між засновником/засновниками і суб'єктом господарювання щодо майна суб'єкта господарювання; характер зв'язку між учасниками щодо майна суб'єкта господарювання; обсяг майнової відповідальності суб'єкта господарювання за своїми зобов'язаннями та майнової відповідальності (ризиків) учасників суб'єкта господарювання за його зобов'язаннями. 2. Організаційні елементи: мета господарської діяльності; управління суб'єктом господарювання (порядок управління суб'єктом, система органів управління, їх компетенція та ін.); характер участі учасників у діяльності суб'єкта господарювання (трудова участь, підприємницька участь, інвестиційна участь).

Зазначені висновки та пропозиції є підставою для розробки системи організаційно-правових форм господарювання, що матиме практичне значення при обранні конкретної організаційно-правової форми господарювання для здійснення ефективної господарської діяльності, а також при удосконаленні чинного законодавства в частині забезпечення його системності й узгодженості. Подальші наукові дослідження доцільно спрямувати на розробку цієї системи організаційно-правових форм господарювання.

¹ Господарський кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. № 436-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 18. – Ст. 144.

² Цивільний кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. № 435-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40. – Ст. 356.

³ Державний класифікатор ДК 002-2004 «Класифікація організаційно-правових форм господарювання», затверджений Наказом Державного комітету України з питань технічного регулювання і споживчої політики України від 28 травня 2004 р. № 97 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.ukrstat.gov.ua/klasf/nac_kls/op_dk002_2016.htm

⁴ Козлова Н.В. Понятие и сущность юридического лица. Очерк истории и теории: учеб. пособ. / Н.В. Козлова. – М.: Статут, 2003. – С. 289.

⁵ Мартемьянов В.С. Хозяйственное право: курс лекцій / В.С. Мартемьянов. Т. 1. – С. 76.

⁶ Саниахметова Н.О. Підприємницьке право: Суб'єкти підприємництва. Кредитування. Оренда. Лізинг. Зовнішньоекономічна діяльність. Антимонопольне законодавство. Захист від недобросовісної конкуренції. Реклама: навч. посіб. / Н.О. Саниахметова. – К.: А.С.К., 2002. – С. 185.

⁷ Зозуляк О.І. Непідприємницькі юридичні особи як суб'єкти цивільного права: теоретичний та практичний аспекти: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / О.І. Зозуляк. – К., 2017. – С. 21.

- ⁸ Кибенко Е.Р. Корпоративное право : учеб. пособ. / Е.Р. Кибенко. – Х.: Эспада, 1999. – С. 60–61.
- ⁹ Податковий кодекс України: Закон України від 02 грудня 2010 р. № 2755-VI // Відомості Верховної Ради України. 2011. – № 13, № 13–14, № 15–16, № 17. – С. 556. – Ст. 144.
- ¹⁰ Кучеренко І.М. Організаційно-правові форми юридичних осіб приватного права / І.М. Кучеренко. – К.: ІДІП, Юридичне видавництво “Аста”, 2004. – С. 19–20.
- ¹¹ Там само. – С. 24–25.
- ¹² Логика: учебник для юридических вузов / под ред. проф. В.И. Кириллова. 6-е изд., перераб. и доп. – М. : ТК Велби, Изд-во Проспект, 2008. – С. 32.
- ¹³ Жилинский С.Э. Предпринимательское право (правовая основа предпринимательской деятельности) / С.Э. Жилинский. – М.: НОРМА, 2007. – С. 80–83.
- ¹⁴ Кочергіна К.О. Зміст організаційно-правових форм підприємницьких товариств: інтереси, функції, правові засоби: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / К.О. Кочергіна. – Х., 2005. – С. 110.
- ¹⁵ Там само. – С. 130.
- ¹⁶ Там само. – С. 134.
- ¹⁷ Хозяйственное право: учебник / В.К. Макутов, Г.Л. Знаменский, К.С. Хахулин и др.; под ред. Макутова В.К. – К.: Юринком Интер, 2002. – С. 277–281.
- ¹⁸ Про кооперацію: Закон України від 10 липня 2003 р. № 1087-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 5. – Ст. 35.
- ¹⁹ Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю: Закон України від 06 лютого 2018 р. № 2275-VIII // Урядовий кур’єр. – 2018. – № 142.
- ²⁰ Про господарські товариства: Закон України від 19 вересня 1991 р. № 1576-XII // Відомості Верховної Ради України. – 1991. – № 49. – Ст. 682.
- ²¹ Цивільне право. Загальна частина: підручник для студентів вузів / відп. ред. Є.О. Суханов. 3-є вид., перероб та доп. – М. : Волтерс Клувер, 2006. – С. 115.
- ²² Вінник О.М. Господарське право: навч. посіб. / О.М. Вінник. 2-ге вид., змін, та доп. – К.: Всеукраїнська асоціація видавців «Правова єдність», 2008. – С. 129.
- ²³ Гражданское право Украины: учебник для вузов системы МВД Украины; под ред. проф. А.А. Пушкина, доц. В.М. Самойленко. – Х.: Ун-т внутр. дел; «Основа», 1996. – С. 126.
- ²⁴ Вінник О.М. Вказана праця. – С. 143.
- ²⁵ Гражданский кодекс Российской Федерации от 30 ноября 1994 г. № 51-ФЗ // Собрание законодательства Российской Федерации. – 1994 г. – № 32. – 5 декабря. – Ст. 3301.
- ²⁶ Цивільне право. Загальна частина: підручник для студентів вузів / відп. ред. Є.О. Суханов. 3-є вид., перероб та доп. – М. : Волтерс Клувер, 2006. – С. 122.
- ²⁷ Гражданское право Украины: учебник для вузов системы МВД Украины; под ред. проф. А.А. Пушкина, доц. В.М. Самойленко. – Х.: Ун-т внутр. дел; «Основа», 1996. – С. 117–118.

Резюме

Аветисян М.Р. Зміст організаційно-правової форми господарювання.

У науковій статті уточнено зміст організаційно-правової форми господарювання, який враховує ознаки суб’єкта господарювання та належність суб’єкта господарювання – юридичної особи до об’єднання капіталів або до об’єднання осіб, а також виділено майновий та організаційний елементи у змісті організаційно-правової форми господарювання.

Ключові слова: організаційно-правова форма господарювання, зміст організаційно-правової форми господарювання, розмежування організаційно-правових форм господарювання, суб’єкт господарювання.

Резюме

Аветисян М.Р. Содержание организационно-правовой формы хозяйствования.

В научной статье уточнено содержание организационно-правовой формы хозяйствования, которое учитывает признаки субъекта хозяйствования и принадлежность субъекта хозяйствования – юридического лица к объединению капиталов или к объединению лиц, а также выделены имущественный и организационный элементы в содержании организационно-правовой формы хозяйствования.

Ключевые слова: организационно-правовая форма, содержание организационно-правовой формы хозяйствования, разграничение организационно-правовых форм хозяйствования, субъект хозяйствования.

Summary

Avetisyan M. Content of legal form of economic activity.

The scientific article clarifies content legal form of economic activity, which takes into account the characteristics of the business entity and the business entity – a legal entity belonging to a capital association or a union of persons, and also identifies the property and organizational elements in the content of legal form of economic activity.

Key words: legal form of economic activity, content of legal form of economic activity, delimitation legal forms of economic activity, of business entity.

А.О. ВОЛКОВА

Анастасія Олександрівна Волкова, молодший науковий співробітник Інституту економіко-правових досліджень НАН України

ЖИТЛОВА СФЕРА В УКРАЇНІ: СТАН ТА ПЕРСПЕКТИВИ ПРАВОВОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ДОСЯГНЕННЯ БАЛАНСУ МІЖ ЕКОНОМІЧНОЮ ЕФЕКТИВНІСТЮ ТА СОЦІАЛЬНОЮ СПРАВЕДЛИВІСТЮ

Розпочинаючи роботу в квітні 2016 р. та усвідомлюючи складність соціально-економічної ситуації в країні, головним пріоритетом для себе Уряд визначив підвищення якості та рівня життя українських громадян. При цьому Уряд поставив перед собою одне з нагальних завдань: не пасивне пристосування соціальної політики до обмежених фінансово-матеріальних ресурсів країни, а визначення основних пріоритетів та активне впровадження реформ, які дають змогу втілювати в життя принципи соціальної справедливості й забезпечити постійне підвищення добробуту населення¹.

Серед широкого діапазону економічних і соціальних проблем, пов'язаних із підвищенням добробуту населення України, найгострішою та однією з найбільш важливих залишається житлова проблема, ступінь вирішення якої з кількісної та якісної точок зору потрібно розглядати як керівний критерій наближення та відповідності європейським умовам і стандартам життя. Адже показник рівня житлового забезпечення населення безпосередньо впливає на рівень життя усієї нації, в тому числі на наявність і кількісну характеристику прошарку середнього класу, розвиток економіки та рівень впровадження принципу соціальної справедливості в політику держави з урахуванням дотримання конституційних прав і свобод.

Сьогодні ні в кого не викликає сумніву, що державна житлова політика, з одного боку, є складовою соціальної політики, а, з іншого, виступає базовим інструментом забезпечення економічного розвитку країни. У зв'язку з цим неабиякої актуальності набувають дослідження сучасного стану й перспектив правового забезпечення досягнення балансу між економічною ефективністю та соціальною справедливістю у житловій сфері України.

Житлова проблема вже тривалий час привертає увагу багатьох як вітчизняних, так і зарубіжних дослідників. Серед провідних вітчизняних вчених, які досліджують сучасний стан розвитку житлового фонду України як цілісної системи, його класифікації та реалізації права на житло приділяли увагу такі вчені, як: О.Є. Аврамова, М.К. Галянтич, Є.О. Мічурін, Ю. Киричук, Т.В. Сальникова, С.О. Сліпченко, Т.Д. Суярко, Т.М. Тилик, М.Я. Хомяк та інші. Однак комплексні роботи присвячені дослідженню сучасного стану та перспектив правового забезпечення досягнення балансу між економічною ефективністю та соціальною справедливістю у житловій сфері України відсутні.

Метою статті є з'ясування сучасного стану та перспектив правового забезпечення досягнення балансу між економічною ефективністю і соціальною справедливістю у житловій сфері України.

Держава виступає фундаментом будь-якого суспільства та відіграє провідну роль і здійснює вплив на всі без винятку сфери життя та діяльності людини, в тому числі й на житлову сферу. Сьогодні абсолютно ні в кого не викликає сумніву, що вирішення проблем, пов'язаних із ефективним функціонуванням житлової сфери, є прерогативою держави як у сталій, так і в трансформаційній економіці.

Нині в основі діяльності будь-якої держави повинен лежати принцип соціальної справедливості, який наразі є загально визнаною цінністю сучасних демократичних суспільств, що підтверджується його відображенням у документах світової спільноти. Так, зокрема, у Резолюції Генеральної Асамблеї ООН «Всесвітній день соціальної справедливості» № 62/10 від 26 листопада 2007 р. було визнано, що соціальний розвиток і соціальна справедливість необхідні для забезпечення та підтримання миру й безпеки всередині країни, а також у відносинах між ними, і що, в свою чергу, соціальний розвиток і соціальна справедливість не можуть бути досягнуті без миру та безпеки або в умовах відсутності поваги до усіх прав людини і основних свобод, а також, що широкомасштабне та стійке економічне зростання в контексті сталого розвитку виступає необхідною умовою забезпечення соціального розвитку та соціальної справедливості². Намагається не відступати від цього принципу й держава – Україна.

Переконані, що наразі мінімальним рівнем справедливості можна вважати дотримання базових прав людини, що сьогодні визнані світовою спільнотою у Загальній декларації прав людини. Так, відповідно до ч. 1 ст. 25 Загальної декларації прав людини кожна людина має право на такий життєвий рівень, включаючи їжу, одяг, житло, медичний догляд та необхідне соціальне обслуговування, який є необхідним для підтримання здоров'я і добробуту її самої та її сім'ї, і право на забезпечення в разі безробіття, хвороби, інвалідності, вдовства, старості чи іншого випадку втрати засобів до існування через незалежні від неї обставини³. Те ж саме задекларовано й у ч. 1 ст. 11 Міжнародного пакту про економічні, соціальні і культурні права, зокрема,

держави, які беруть участь у цьому Пакті, визнають право кожного на достатній життєвий рівень для нього і його сім'ї, що включає достатнє харчування, одяг та житло, і на неухильне поліпшення умов життя⁴. Право на достатній життєвий рівень для себе і своєї сім'ї, що включає достатнє харчування, одяг, житло знайшло своє відображення й у національній правовій системі України, зокрема у ст. 48 Конституції України⁵.

Важливо зазначити, що закріплене у ст. 48 Конституції України право кожного на достатній життєвий рівень належить до другого покоління прав людини, тобто до основних соціально-економічних прав, реалізація яких безпосередньо залежить від стану економіки і ресурсів суспільства. У свою чергу, ступінь захищеності цих прав залежить не тільки і не стільки від наявності досконалого правового механізму їх реалізації, а насамперед від відповідності цієї категорії прав економічному потенціалу суспільства.

Однією зі складових елементів конституційного права громадянина на достатній життєвий рівень ст. 48 Конституції України визначає наявність у особи житла, яке є однією з базових життєво необхідних потреб людини. Право на житло закріплено у ст. 47 Конституції України, яка гарантує, що кожен має право на житло. Держава створює умови, за яких кожний громадянин матиме змогу побудувати житло, придбати його у власність або взяти в оренду. Громадянам, які потребують соціального захисту, житло надається державою та органами місцевого самоврядування безоплатно або за доступну для них плату відповідно до закону.

Водночас, незважаючи на задеклароване Конституцією України право кожного на житло, реалізувати його безкоштовно сьогодні практично не можливо. Насамперед – через кризову ситуацію в житловій сфері, яка бере свій початок ще за радянських часів. Житлове законодавство – чи не єдина галузь правової системи України, яка не зазнала істотних змін і де протягом двадцяти семи років незалежності України не відбулося оновлення правових норм з урахуванням принципово нових засад у ринкових умовах, а також в умовах економічної та будівельної кризи в Україні. Про необхідність реформування державної житлової політики йдеться вже давно. Доволі невтішним є той факт, що закріплені ще в 1995 р. у Концепції державної житлової політики⁶ її основні напрями нині практично не реалізуються, що, безумовно, призводить до соціальних конфліктів та напруги в суспільстві.

Основні засади прав громадян на отримання житла, а також принципи та порядок реалізації цих прав, закріплені у Житловому кодексі Української РСР, який було прийнято Верховною Радою Української РСР ще 30 червня 1983 р. (далі – Житловий кодекс)⁷. Беззаперечно, що у зв'язку зі зміною соціально-економічного устрою держави, переходом України до ринкової економіки, сучасних світових норм та стандартів, у тому числі й у житловій сфері, норми Житлового кодексу є застарілими та такими, що юридично, економічно, а також соціально не можуть забезпечувати ефективного механізму правового регулювання відносин, які виникають під час реалізації гарантованого Конституцією України права кожного на житло. Про необхідність прийняття нового Житлового кодексу у вигляді кодифікованого акта говорять вже давно, проте на сьогоднішній день Житловий кодекс Української РСР і досі залишається визначальним у системі законодавчих актів, що регулюють житлові відносини.

Доводиться констатувати, що на сьогоднішній день рівень соціально-економічної ефективності державної житлової політики є вкрай низьким. Так, за офіційними даними Державної служби статистики України, у 2014 р. в Україні нараховувалося 657703 сімей та однаків, які перебували на квартирному обліку на кінець року⁸ (табл. 1.1). У той час як одержали житло в середньому за 2010–2014 рр. лише 0,6 % від тих, хто перебував у черзі. Не викликає сумніву, що відсоток скорочення черги є катастрофічно малим по відношенню до кількості осіб, які перебували на квартирному обліку. Наразі кількість так званих «черговиків», без урахування тимчасово окупованої території Автономної Республіки Крим, м. Севастополя, дорівнює 1,6 % від наявного населення України (станом на 01 жовтня 2018 р. – 42220824 особи⁹).

Абсолютно переконані, незважаючи на те, що спеціалісти з суспільних відносин зазначають, що група населення менше 5 % може спричинити лише незначний вплив на суспільну стабільність, поява такої категорії громадян, як внутрішньо переміщені особи (далі – ВПО), кількісно примножила зобов'язання держави України щодо сприяння забезпеченню населення житлом. Так, станом на 13 жовтня 2018 р. в Україні налічується 1 млн 518 тис. осіб¹⁰, що відповідно дорівнює 3,6 % населення від наявного в Україні. Опитування такої категорії громадян свідчить про те, що питання забезпечення житлом є для них найважливішим.

Аналізуючи статистичні дані щодо динаміки змін у житловому фонді за період з 2010 р. по 2017 р., неможливо оминати того факту, що у зв'язку з втратою чинності наказу Державного комітету статистики України «Про затвердження Інструкції щодо заповнення форми державного статистичного спостереження № 4-житлофонд (річна) «Квартирна черга та надання житлових приміщень» від 21 липня 2008 р. № 248¹¹, починаючи з 2015 р. та по теперішній час, в Україні відсутня офіційна зведена інформація щодо кількості сімей та однаків, яких було взято на квартирний облік та відповідно кількість тих, хто отримав житло в цей період, не кажучи про кількість ВПО, які потребують житла. Облік громадян, які відповідно до законодавства потребують поліпшення житлових умов, згідно з підп. 2. п. а ст. 30 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні», здійснюють виконавчі органи сільських, селищних, міських рад¹², у зв'язку з чим проаналізувати сучасну динаміку змін на рівні країни не уявляється можливим.

Характеризуючи сучасний стан житлового фонду України, неможливо оминати й питання доволі низького рівня забезпеченості житлом у середньому на одного жителя в Україні, який згідно з даними, що наведені у таблиці 1.1, наразі дорівнює 23,3 м². Для порівняння: житлова площа на одну особу в США становить близько 70 м², у Данії – 50,6 м², у Німеччині – 40,1 м², у Голландії – 41 м², в Австралії – 38,3 м², у Франції – 37,5 м², у Фінляндії – 36,3 м², у Чехії – 28,7 м², в Естонії – 27,7 м²¹³.

Табл. 1.1. Динаміка змін у житловому фонді за період з 2010 по 2017 рр.*

Житловий фонд України						
Рік	Загальна площа, млн м ²	У середньому на одного жителя, м ²	Кількість квартир, тис.	Кількість сімей та однаків, які перебували на квартирному обліку на кінець року, тис.	Кількість сімей та однаків, які одержали житло протягом року, тис.	У % до кількості сімей та однаків, які перебували у черзі на кінець попереднього року
2010	1079,5	23,3	19322	1139	11	0,9
2011	1086,0	23,5	19327	1084	7	0,7
2012	1094,2	23,7	19370	1022	7	0,7
2013*	1096,6	23,8	19368	808	6	0,6
2014*	966,1	22,6	16785	657	3	0,4
2015*	973,8	22,9	16886	X	X	x
2016*	977,9	23,1	16912	X	X	x
2017*	984,8	23,3	16987	X	X	x

На жаль, доводиться констатувати, що стан житлових умов в Україні є значно гіршим, ніж це передбачено мінімальними міжнародними стандартами. Невирішеність протягом багатьох років таких важливих питань, як необхідність своєчасного проведення капітального ремонту в житловому фонді та відсутність джерел покриття витрат, пов'язаних із проведенням капітального, поточного ремонтів та належною експлуатацією і технічним обслуговуванням жилих будинків та прибудинкової території, призводять до ризику аварій і руйнування житлових будівель, та найголовніше, до погіршення стану здоров'я або загибелі людей, які проживають у цих будинках.

Так, за офіційними даними Державної служби статистики України, станом на 01 січня 2018 р., в Україні налічується 16505 одиниць аварійних житлових будинків, загальна площа яких становила 1037439 м², та у яких відповідно проживає 17723 особи, які мають реєстрацію місця проживання в цих будинках. Варто зазначити, що найгірша ситуація наразі спостерігається в Одеській області (2004 одиниць житлових будинків та відповідно 5228 особи, які мають реєстрацію місця проживання в цих будинках) та Донецькій області (16001 одиниць житлових будинків та відповідно 2281 особи, які мають реєстрацію місця проживання в цих будинках). У свою чергу, у ветхому житловому фонді станом на 01 січня 2018 р. налічується 44859 одиниць житлових будинків, загальною площею 3248833 м², у яких проживає 62729 особи, які мають реєстрацію місця проживання в цих будинках. Знову ж таки, лідером залишається Одеська область (4505 одиниць житлових будинків та відповідно 11435 особи, які мають реєстрацію місця проживання в цих будинках) та Дніпропетровська, у якій, незважаючи на меншу кількість ветхих житлових будинків, а саме 1978 одиниць, проживає 11181 особа, які мають реєстрацію місця проживання у відповідних будинках¹⁴.

Наразі ні в кого не викликає сумніву, що попит і здатність утримання житла безпосередньо пов'язані з економічними можливостями населення. У зв'язку з цим вважаємо, що задоволення житлових потреб населення є не тільки економічною, а й соціальною проблемою. Так, за даними Мінрегіонбуду в Україні опосередкована вартість 1 м² на первинному ринку станом на 01 січня 2018 р. становить 11138 (з урахуванням ПДВ) грн (табл. 1.2)¹⁵, в той час як середня номінальна заробітна плата штатного працівника підприємств, установ та організацій у жовтні 2018 р. становила 9218 гривень¹⁶. Тобто середня заробітна плата дає можливість профінансувати 0,82 м² загальної площі житла.

Табл. 1.2. Показники опосередкованої вартості спорудження житла за регіонами України (розраховані станом на 01 січня 2018 р.)**

Найменування регіонів	Вартість 1 м ² загальної площі квартир будинку (з урахуванням ПДВ), грн	Найменування регіонів	Вартість 1 м ² загальної площі квартир будинку (з урахуванням ПДВ), грн
Україна	11138	13. Миколаївська	11129
1. Вінницька	10764	14. Одеська	10702
2. Волинська	10731	15. Полтавська	9932
3. Дніпропетровська	10823	16. Рівненська	10990
4. Донецька	11724	17. Сумська	10460
5. Житомирська	9802	18. Тернопільська	10460
6. Закарпатська	9689	19. Харківська	11727
7. Запорізька	10816	20. Херсонська	10156
8. Івано-Франківська	10034	21. Хмельницька	10739
9. Київська	11149	22. Черкаська	10991

* Без урахування тимчасово окупованої території Автономної Республіки Крим, м. Севастополя та частини тимчасово окупованих територій у Донецькій та Луганській областях.

** Без урахування тимчасово окупованої території Автономної Республіки Крим і м. Севастополя

Сьогодні в суспільстві існує думка, що попиту на житло немає. Не погоджуючись з даним твердженням, зазначимо, що попит є, і він колосальний. Кожен другий українець або потребує поліпшення житлових умов, або придбання житла. Ключовим, на сьогоднішній день, є відсутність купівельної спроможності громадян. Адже при одночасному поєднанні двох важливих факторів: зростання інфляції та фіксації мінімальної заробітної плати (з 01 січня 2018 р. – 3723 грн), яка, на жаль, і досі залишається самою мінімальною в Європі (рис. 1.3.)¹⁷, зростають витрати на оплату житлово-комунальних послуг, харчування, проїзд, одяг, освіту. Тобто, обсяг коштів, що може бути спрямований на придбання нерухомості, суттєво скорочується, у зв'язку з чим придбання житла становиться доступним обмеженій кількості громадян. Не втішним є і той факт, що за умови поєднання усіх вищезазначених факторів в країні неабиякої актуальності набувають проблеми масової міграції молоді України за кордон у пошуках кращих умов життя.



Рис. 1.3. Поточний рівень та темпи зміни мінімальної заробітної плати упродовж десятиліття в ЄС та Україні

Альтернативою, здавалось би, мав стати ринок орендного житла. Адже у зв'язку зі зменшенням бюджетного фінансування будівництва житла більшість громадян вже не сподіваються на державну підтримку у вирішенні цієї проблеми та орендують житло.

Водночас доводиться констатувати, що на сьогоднішній день близько 70 % орендного житла знаходиться в тіні, оскільки цей ринок ніяк не регулюється. Завдяки прийняттю 19 червня 1992 р. Закону України «Про приватизацію державного житлового фонду»¹⁸ житлове законодавство опинилося на шляху розвитку інституту приватного домогосподарства. Так, внаслідок розпочатої у 1993 р. приватизації в Україні було приватизовано понад 5,4 млн помешкань, що відповідає 85,4 % загального обсягу державного житлового фонду на момент початку приватизації. Внаслідок цього на сьогоднішній день маємо ситуацію, коли 94,6 % (14128,1316 домогосподарств) від загальної кількості домогосподарств в Україні (14934,9 домогосподарств) перебуває у приватній власності (житло приватизоване або куплено) та лише 0,5 % від загальної кількості, тобто 74,6745 домогосподарств, перебуває у державній власності, 0,2 % від загальної кількості (29,8698 домогосподарств) є відомчим та 4,7 % домогосподарств від загальної кількості (701,9403 домогосподарств) наймають у фізичних осіб¹⁹. У той час як у розвинених країнах світу на орендний фонд житла припадає близько 30 % загального обсягу житлового фонду.

Абсолютно погоджуємося з О.М. Макаровою, яка зазначає, що сьогодні Україна має порівняно невисокий рівень перерозподілу доходу через бюджет (понад 30 %), проте, на жаль, така ситуація не свідчить про ефективність економіки²⁰. Так, наприклад, сьогодні майже кожен 7 із 10 орендодавців не платить податків до бюджету. Хоча відповідно до підпункту 170.1.2 п. 170.1 ст. 170 Податкового кодексу України податковим агентом платника податку – орендодавця під час нарахування доходу від надання в оренду об'єктів нерухо-

мості, інших, ніж зазначені в підпункті 170.1.1 цього пункту (включаючи земельну ділянку, що знаходиться під такою нерухомістю, чи присадибну ділянку), є орендар²¹.

Тобто, громадяни, які здають в оренду нерухоме майно іншим громадянам, зобов'язані в термін до 1 травня року наступного за звітним подати податкову декларацію про майновий стан і доходи та в термін до 1 серпня сплатити самостійно суму податку на доходи фізичних осіб (18 %) та військовий збір (1,5 % від об'єкта оподаткування).

Наприклад, за квартиру, що здається за 12 тис. грн, до бюджету необхідно буде сплатити приблизно 2340 грн податків. Безумно, що людський фактор спрацьовує, і ми маємо ситуацію, коли, незважаючи на те, що орендодавець фактично повинен прийти до податкових органів і повідомити про отриманий дохід, приблизно 70 % орендодавців цього не роблять, оскільки відстежити такий дохід практично неможливо.

Враховуючи вищевикладене, потрібно зазначити, що відсутність в Україні розвинутого сектора орендного житла вкрай негативно впливає на соціальний та економічний розвиток країни. Інститут оренди житла практично не використовується як інструмент державної житлової політики.

Досліджуючи проблеми забезпечення житлом населення України у комплексі, не можливо оминати питання реалізації права на житло й такої категорії громадян, як ВПО, яких, як зазначалося раніше, станом на 13 жовтня 2018 р. налічується 1 млн 518 тис. осіб. Опитування такої категорії громадян свідчить про те, що питання забезпечення житлом є для них найважливішими.

Сьогодні абсолютно впевнено можна стверджувати про те, що воєнні події на сході України, на жаль, поряд з існуючими проблемами у житловій сфері, стали тим каталізатором, який зумовлює необхідність перегляду усієї державної житлової політики з урахуванням сучасних соціально-економічних змін у суспільстві. Передусім – у зв'язку з появою такої категорії осіб, як ВПО, правовий статус яких визнано на законодавчому рівні, та неможливістю вищезазначеними особами, в рамках діючого житлового законодавства, реалізувати гарантоване Конституцією України право на житло у зв'язку з відсутністю правових механізмів його надання цим особам.

Безумовно, що у 2014 р. Україна вперше в історії незалежності зіткнулась з таким явищем, як воєнний конфлікт на своїй території та його наслідками (масштаби яких повною мірою оцінити і досі неможливо), а також з масовим внутрішнім переміщенням своїх громадян у межах країни та неготовністю вирішувати їхні житлові проблеми через відсутність ресурсів, необхідних для задоволення потреб переміщених громадян.

Варто зазначити, що воєнний конфлікт на сході України триває вже більше чотирьох років, у зв'язку з чим внутрішнє переміщення для більшої частини ВПО стало не довгостроковою перспективою, а реальністю, яка зумовлює необхідність розроблення та впровадження чіткої державної стратегії вирішення житлових проблем ВПО та ефективного плану дій щодо її реалізації. Проте наразі такого державного бачення немає, а спроби законодавця вирішити ті чи інші житлові проблеми ВПО у період із 2014 р. по 2018 р. мали або декларативний, або фрагментарний характер.

При цьому вагомим внеском у вирішенні житлових проблем ВПО було прийняття у 2017 р. Закону України «Про внесення змін до статті 4 Закону України «Про запобігання впливу світової фінансової кризи на розвиток будівельної галузі та житлового будівництва» щодо реалізації державних житлових програм» від 16 березня 2017 р. № 1954-VIII²², яким було передбачено можливість надання ВПО, на яких поширюється дія Закону України «Про забезпечення прав і свобод внутрішньо переміщених осіб»²³ державної підтримки у розмірі 50 відсотків вартості будівництва (придбання) доступного житла та/або пільгового іпотечного житлового кредиту, а також спрощення процедури отримання такої державної допомоги в рамках Державної цільової соціально-економічної програми будівництва (придбання) доступного житла на 2010–2017 роки²⁴.

Проте відсутність достатніх засобів до існування у ВПО, внаслідок перманентного кризового характеру розвитку держави, не дасть можливості більшій частині ВПО взяти участь у вищезазначеній програмі. У зв'язку з цим увага держави повинна бути зосереджена на розробленні правових механізмів надання житла ВПО у користування.

Практика вирішення житлових проблем ВПО на міжнародному рівні свідчить про те, що чим раніше держава зверне свою увагу на їх вирішення, тим краще буде для суспільства взагалі, оскільки неврегульованість даного питання впливає на економічний та соціальний розвиток країни та, відповідно, на стан добробуту кожного громадянина.

Сьогодні абсолютно абсурдною є ситуація, коли міжнародна спільнота допомагає Україні у вирішенні житлових проблем ВПО шляхом здійснення фінансування грантових проектів ремонтно-будівельних робіт житлових об'єктів, переважно гуртожитків, що знаходяться на підконтрольній українській владі території та перебувають у комунальній власності відповідної територіальної громади виключно для потреб ВПО, проте у зв'язку з відсутністю в законодавстві України правових механізмів виділення такого житла виключно ВПО, ОМС не мають можливості, не порушуючи вимог Конституції та Законів України, приймати рішення про надання такого житла виключно ВПО. Адже будь-яке житло на території України, відповідно до вимог Житлового кодексу, належить до певного житлового фонду України та відповідно має свій правовий режим регулювання і використання, в тому числі й гуртожитки.

Важливо також зазначити, що грантові проекти, про які йшлося вище, містять у собі й соціальну складову, яка передбачає не тільки відновлення житлових будівель для ВПО, а й відновлення об'єктів соціальної інфраструктури, зокрема, закладів медичного обслуговування, виховання та навчання дітей у населених пунктах, де поселилися ВПО, що, безумовно, приведе до поліпшення не тільки умов надання послуг жите-

лям громад, а й створить додаткові місця на об'єктах соціальної інфраструктури, наприклад, у дитячих садках, школах, медичних закладах, які розташовані на території місцевої ради, де проживають ВПО.

У зв'язку з тим, що, як зазначалося раніше, переважна більшість грантових проектів спрямована на вирішення житлових проблем ВПО шляхом ремонтно-будівельних робіт гуртожитків, які перебувають у комунальній власності, у ОМС повинні бути не тільки правові підстави, а й правові механізми надання такого житла виключно ВПО. Оскільки відповідно до ст. 19 Конституції України органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України.

Сьогодні, у зв'язку з відсутністю правових механізмів надання жилих приміщень у гуртожитках виключно ВПО, міжнародні донори перебувають у так званій «зоні ризику». Адже цільова група, заради якої вкладалися міжнародні грантові кошти у ремонт гуртожитків, а саме ВПО, можуть бути, відповідно до вимог чинного законодавства, виселені з відремонтованих для них гуртожитків. Оскільки вони відповідно до вимог Житлового кодексу надаються включно для проживання робітників, службовців, студентів, учнів, а також інших громадян у період їхньої роботи або навчання. У зв'язку з цим матиме місце нераціональне використання міжнародних грантових коштів.

Вважаємо, що сьогодні вкрай необхідним є розроблення на законодавчому рівні механізмів формування житлових фондів для тимчасового проживання виключно ВПО, в тому числі й порядку розподілу, надання та користування житлових приміщень з цього фонду ВПО, що, безумовно, свідчитиме про дотримання державою визначального державобудівничого принципу справедливості та його відображенні у формуванні житлової політики держави України в умовах сталого розвитку економіки України.

З урахуванням вищевикладеного можна зробити наступні висновки:

1) не зважаючи на значний доробок держави на шляху вирішення житлових проблем ВПО, чіткого та ефективного правового механізму надання житла ВПО на законодавчому рівні на сьогоднішній день і досі немає, що, безумовно, потребує негайного правового врегулювання;

2) саме пошук ефективних інструментів інвестиційного забезпечення житлової сфери України, в умовах соціально-економічних змін у суспільстві та переходу національної економіки до сталого розвитку, є одним із найголовніших завдань, яке на сьогоднішній день стоїть перед державою. Залучення вищезазначених інвестицій приведе до:

1) відновлення та наповнення житлового фонду України;

2) створення нових робочих місць внаслідок будівельних робіт та збільшення відрахувань до бюджету. Адже, як відомо, створення одного робочого місця в будівництві дає до п'яти додаткових робочих місць у суміжних галузях;

3) додаткові інвестиції в регіони та зрештою позитивний імідж цих територій;

4) поліпшення добробуту населення;

5) надходження додаткових коштів, державних субвенцій на розвиток соціальної інфраструктури регіонів;

6) попит на будівельні матеріали тощо.

Враховуючи той факт, що реалізація державної житлової політики є одним із напрямів забезпечення загального соціально-економічного розвитку країни, сьогодні вкрай необхідним є розроблення та впровадження ефективної стратегії розвитку державної житлової політики та ефективного плану дій щодо її реалізації, в тому числі й щодо вирішення житлових проблем ВПО. Безумовно, що основним вектором вищезазначеної стратегії повинно бути правове забезпечення балансу між економічною ефективністю та соціальною справедливістю. Адже ефективна житлова політика держави має враховувати не тільки соціальний, а й економічний чинники. Слушним у даному контексті є твердження класика А. Сміта, який дав нам мудру пораду: «Економіка не повинна бути справедливою, економіка повинна бути ефективною і через ефективність творити справедливість»²⁵.

У результаті проведеного дослідження можна дійти наступних висновків:

– зазначається, що серед широкого діапазону економічних і соціальних проблем, пов'язаних з підвищенням добробуту населення України, найгострішою та однією з найбільш важливих залишається житлова проблема, ступінь вирішення якої з кількісної та якісної точки зору потрібно розглядати як керівний фактор наближення та відповідності європейським умовам та стандартам життя;

– аргументовано, що показник рівня житлового забезпечення населення безпосередньо впливає на рівень життя усієї нації, в тому числі на наявність і кількісну характеристику прошарку середнього класу, розвиток економіки та рівень впровадження принципу соціальної справедливості в політику держави з урахуванням дотримання конституційних прав і свобод;

– виявлено, що ефективна реалізація державної житлової політики є одним із напрямів забезпечення загального соціально-економічного розвитку країни;

– доведено, що у зв'язку зі зміною соціально-економічного устрою держави, переходом України до ринкової економіки, сучасних світових норм та стандартів, у тому числі й у житловій сфері, норми Житлового кодексу є застарілими та такими, що юридично, економічно, а також соціально не можуть забезпечувати ефективного механізму правового регулювання відносин, які виникають під час реалізації гарантованого Конституцією України права кожного на житло;

– підкреслюється, що дослідження правового забезпечення балансу між економічною ефективністю та соціальною справедливістю в умовах системної кризи у житловій сфері має комплексний характер внаслідок

того, що державна житлова політика, з одного боку, є складовою соціальної політики, а, з іншого, виступає базовим інструментом забезпечення економічного розвитку країни;

– обґрунтовано, що на сьогоднішній день рівень соціально-економічної ефективності державної житлової політики є вкрай низьким;

– виявлено, що відсутність в Україні розвинуеного сектора орендного житла вкрай негативно впливає на соціальний та економічний розвиток країни. Інститут оренди житла практично не використовується як інструмент державної житлової політики;

– зазначено, що суть системних ринкових реформ полягає у запровадженні державою правових та організаційних механізмів, які б забезпечували в економічних відносинах соціальну справедливість, рівність прав, можливостей, умов діяльності для їх учасників;

– аргументовано, що реформування системи житлового забезпечення повинно здійснюватися таким чином, щоб був забезпечений принцип довіри громадян до закону та до дій держави. Довіра громадян до закону – це та основа, без якої не може існувати соціально-правова держава. Особливо ретельно підготовленими, аргументованими і співвідносними з реальним життям повинні бути акти у сфері житлового забезпечення. Адже будь-які прорахунки і недоробки законодавця підривають авторитет держави та, безумовно, призводять до соціальної напруги у суспільстві та інших негативних наслідків. Тому перетворення, що проводяться у житловій сфері, повинні бути не тільки економічно прорахованими, а й виваженими з точки зору соціальної справедливості;

– аргументовано, що державна житлова політика, з одного боку, є складовою соціальної політики, а, з іншого, виступає базовим інструментом забезпечення економічного розвитку країни. У зв'язку з цим правове забезпечення досягнення балансу між економічною ефективністю та соціальною справедливістю в умовах системної кризи в житловій сфері має стати підґрунтям для розроблення та впровадження ефективної стратегії розвитку державної житлової політики в Україні та ефективного плану дій щодо її реалізації, в тому числі й у напрямі вирішення житлових проблем ВПО;

– обґрунтовано необхідність розроблення на законодавчому рівні механізмів формування фондів житла для тимчасового проживання виключно ВПО, в тому числі надання таких приміщень ВПО та відповідно користування ними, що, безумовно, свідчитиме про дотримання державою визначального державобудівничого принципу справедливості та його відображенні у формуванні житлової політики держави України в умовах сталого розвитку економіки України.

¹ Єдиний веб-портал органів виконавчої влади України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://www.kmu.gov.ua/ua/news/socialna-sfera-reformi-v-diyi>

² Resolution adopted by the General Assembly on 26 November 2007: [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://undocs.org/ru/A/RES/62/10>

³ Загальна декларація прав людини: Декларація Організації Об'єднаних Націй від 10.12.1948 р. / Офіційний веб-портал Верховної Ради України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_015

⁴ Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права: Пакт Організації Об'єднаних Націй від 19.10.1973 р. // Офіційний веб-портал Верховної Ради України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_042

⁵ Конституція України: Закон України від 28.06.1996 р. № 254к/96-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

⁶ Концепція державної житлової політики: Концепція Верховної Ради України від 30.06.1995 р. № 254к/95-ВР: [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/95-%D0%B2%D1%80>

⁷ Житловий кодекс Української РСР: Закон України від 30.06.1983 р. № № 5464-Х // Відомості Верховної Ради. – 1983. – Дод. до № 28. – Ст. 573.

⁸ Статистичний бюлетень «Квартирний облік та кількість наданих квартир в Україні у 2014 році» / Офіційний веб-портал Державної служби статистики України: [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.ukrstat.gov.ua/druk/publicat/kat_u/publjitlo_u.htm

⁹ Чисельність населення (за оцінкою) на 1 жовтня 2018 року та середня чисельність у січні-вересні 2018 року / Офіційний веб-портал Державної служби статистики України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.ukrstat.gov.ua/>

¹⁰ Соціальний захист внутрішньо переміщених осіб / Офіційний веб-портал Міністерства соціальної політики України: [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://www.msp.gov.ua/news/15904.html>

¹¹ Про визнання таким, що втратив чинність, наказу Державного комітету статистики України від 21 липня 2008 року № 248 «Про затвердження Інструкції щодо заповнення форми державного статистичного спостереження № 4-житлофонд (річна) «Квартирна черга та надання житлових приміщень» (зі змінами)»: наказ Державного комітету статистики України від 21.07.2008 р. № 248 // Офіційний вісник України. – 2015. – № 91. – Ст. 3100.

¹² Про місцеве самоврядування в Україні: Закон України від 21.05.1997 р. № 280/97-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1997. – № 24. – Ст. 170.

¹³ Функціонування житлової сфери як чинник національної безпеки / Офіційний веб-портал Національного інституту стратегічних досліджень: [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.niss.gov.ua/articles/2868/>

¹⁴ Житловий фонд України: Статистичний збірник: [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.ukrstat.gov.ua/druk/publicat/kat_u/publjitlo_u.htm

¹⁵ Про показники опосередкованої вартості спорудження житла за регіонами України: наказ Міністерства регіонального розвитку, будівництва та житлово-комунального господарства України від 01.03.2018 р. № 46: [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/FN040370.html

¹⁶ Календар оприлюднення експрес-випусків Держстату у 2018 році / Офіційний веб-портал Державної служби статистики України: [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.ukrstat.gov.ua/>

¹⁷ Якою є мінімальна заробітна плата у країнах Європи? Цікаве дослідження / Офіційний веб-портал Український репортер: [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://ukrreporter.com.ua/business/yakoyu-ye-minimalna-zarobitna-plata-u-krayinah-yeuroyu.html>

¹⁸ Про приватизацію державного житлового фонду: Закон України від 19.06.1992 р. № 2482-XII // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 36. – Ст. 24.

¹⁹ Соціально-демографічні характеристики домогосподарств в Україні у 2018 році (за даними вибіркового обстеження умов життя домогосподарств України: Статистичний збірник // Офіційний веб-портал Державної служби статистики України: [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.ukrstat.gov.ua/druk/publicat/kat_u/publdomogosp_u.htm

²⁰ Макарова О.В. Соціальна політика в Україні: монографія / О.В. Макарова. – К.: Ін-т демографії та соціальних досліджень ім. М.В. Птухи НАН України, 2015. – 244 с.

²¹ Податковий кодекс України: закон України від 02.12.2010 р. № 2755-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2011. – № 13–14. – № 15–16. – № 17. – Ст. 112.

²² Про внесення змін до статті 4 Закону України «Про запобігання впливу світової фінансової кризи на розвиток будівельної галузі та житлового будівництва» щодо реалізації державних житлових програм: Закон України від 16.03.2017 р. № 1954-VIII // Відомості Верховної Ради. – 2017. – № 16. – Ст. 198.

²³ Про забезпечення прав і свобод внутрішньо переміщених осіб: Закон України від 20.10.2014 р. № 1706-VII // Відомості Верховної Ради. – 2015. – № 1. – Ст. 1.

²⁴ Про затвердження Державної цільової соціально-економічної програми будівництва (придбання) доступного житла на 2010–2017 роки: постанова Кабінету Міністрів України від 11.11.2009 р. № 1249 // Офіційний вісник України. 2009. – № 92. – Ст. 3108.

²⁵ Сірко А.В. Економічна теорія: Політекономія / А.В. Сірко. – К., 2014. – 416 с. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://pidruchniki.com/1277032462940/politekonomiya/dilema_derzhavnogo_regulyuvannya_dohodiv_efektivnist_spravedlivist

Резюме

Волкова А.О. Житлова сфера в Україні: стан та перспективи правового забезпечення досягнення балансу між економічною ефективністю та соціальною справедливістю.

У статті розглянуто сучасний стан та перспективи правового забезпечення досягнення балансу між економічною ефективністю й соціальною справедливістю у житловій сфері України. Проаналізовано сучасний стан житлового фонду в розрізі забезпеченості населення житлом, цін на житло. Проаналізовано статистичні дані з офіційних джерел, що дають можливість побачити реальний стан житлової сфери України. У результаті проведеного дослідження виявлено значний рівень соціальної напруженості, що викликано невідповідністю можливостей населення потребам у житлі.

Ключові слова: житлова сфера, житлове законодавство, соціальна справедливість, ринок оренди житла, економічна ефективність, оцінка забезпеченості житлом.

Резюме

Волкова А.А. Жилая сфера в Украине: состояние и перспективы правового обеспечения достижения баланса между экономической эффективностью и социальной справедливостью.

В статье рассмотрены современное состояние и перспективы правового обеспечения достижения баланса между экономической эффективностью и социальной справедливостью в жилищной сфере Украины. Проанализировано современное состояние жилого фонда в разрезе обеспеченности населения жильем, цен на жилье. Проанализированы статистические данные из официальных источников, дающих возможность увидеть реальное состояние жилищной сферы Украины. В результате проведенного исследования выявлено значительный уровень социальной напряженности, вызванный несоответствием возможностей населения потребностям в жилье.

Ключевые слова: жилищная сфера, жилищное законодательство, социальная справедливость, рынок аренды жилья, экономическая эффективность, оценка обеспеченности жильем.

Summary

Volkova A. The housing sphere in Ukraine: the state and perspectives of legal ensuring of a balance between economic efficiency and social justice.

The article is dedicated to the current state and perspectives of legal framework for achieving a balance between economic efficiency and social justice in the housing sphere of Ukraine. The author gives special consideration to the current state of the housing fund in the context of housing security and housing prices. The article provides a profound analysis of the statistical data from official sources, which are giving an opportunity to see the real state of the housing sphere of Ukraine. The results show that there is a significant level of social tension due to the inadequacy of the population's needs for housing.

Key words: housing, housing legislation, social justice, rental housing market, economic efficiency, housing security assessment.

О.О. ДЖАБУРІЯ

Олена Олександрівна Джабурія, аспірант Національного університету «Одеська юридична академія»

ПРИНЦИПИ ОРГАНІЗАЦІЇ І ДІЯЛЬНОСТІ АДВОКАТУРИ ТА ЇХ ВПЛИВ НА ОРГАНІЗАЦІЙНІ ФОРМИ АДВОКАТСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ В УМОВАХ РЕФОРМУВАННЯ АДВОКАТУРИ УКРАЇНИ: ПОСТАНОВКА ПРОБЛЕМИ

Досить важливе значення в аспекті побудови належної структури організаційних форм адвокатської діяльності мають принципи організації та діяльності адвокатури. Суттєве реформування адвокатури, що відбувається сьогодні, прийняття нових законопроектів про адвокатуру, які містять низку нових положень про організаційні форми адвокатської діяльності, повинне відбуватися з урахуванням зазначених принципів як загальних положень, засад, на яких ґрунтується адвокатура України.

Не зважаючи на те, що наукові питання щодо організаційних форм адвокатської діяльності та щодо принципів організації та діяльності адвокатури загалом досліджувалися науковцями (М.Р. Аракелян, Н.М. Бакаянова, Т.В. Варфоломєєвою, Т.Б. Вільчик, В.Г. Гончаренком, С.О. Іваницьким, А.В. Іванцовою, В.В. Заборовським, Н.О. Обловацькою, К.М. Северином та іншими), комплексного дослідження щодо обумовленості побудови організаційних форм адвокатської діяльності принципами організації та діяльності адвокатури не проводилося.

Відтак, **метою** цієї наукової статті є аналіз впливу принципів організації та діяльності адвокатури на побудову організаційних форм адвокатської діяльності в умовах реформування адвокатури та постановка наукової проблеми задля її подальшого вирішення.

Згідно з ч. 1 ст. 4 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» адвокатська діяльність здійснюється на принципах верховенства права, законності, незалежності, конфіденційності та уникнення конфлікту інтересів. У науці підхід до системи принципів адвокатури є дещо ширшим.

Так, наприклад, Н.М. Бакаянова у своїй концептуальній праці «Основи адвокатури України: функціональні та організаційні аспекти» виокремлює загальні принципи адвокатури (принципи верховенства права, законності, демократизму, професійності адвоката), принципи діяльності адвокатури (принципи незалежності адвоката при здійсненні адвокатської діяльності, здійснення адвокатської діяльності виключно в інтересах клієнта, конфіденційності) та принципи організації адвокатури (принципи обов'язкового членства адвокатів України в Національній асоціації адвокатів України, рівності адвокатів, корпоративного самоврядування, гласності, свободи вибору форми організації адвокатської діяльності)¹. Натомість, наприклад, Л.В. Тацій до принципів організації та діяльності адвокатури відносить верховенство права, незалежність, демократизм, гуманізм, конфіденційність, а до спеціальних принципів діяльності адвокатури – принцип професіоналізму, охорони законних прав адвоката, дисциплінарну юрисдикцію, безоплатну правову допомогу².

Не дискутуючи загалом щодо системи принципів адвокатури, оскільки це не є предметом даного дослідження, зауважимо, що не всі принципи організації та діяльності адвокатури в силу своєї специфіки відображають ті чи інші ідеї, пов'язані з організаційними формами здійснення адвокатської діяльності. Поміж тим, деякі з них прямо стосуються цього аспекту організації адвокатури, як наприклад, принцип свободи вибору форми організації адвокатської діяльності, який виокремлюється Н.М. Бакаяновою. Спробуємо проаналізувати окремі принципи організації та діяльності адвокатури через їх ймовірний вплив на побудову організаційних форм адвокатської діяльності.

Згідно з ч. 3 ст. 5 Закону «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» адвокат може здійснювати адвокатську діяльність індивідуально або в організаційно-правових формах адвокатського бюро чи адвокатського об'єднання (організаційні форми адвокатської діяльності). З дослідження Н.М. Бакаянової вбачається, що ці та інші положення Закону щодо форм організації адвокатської діяльності потребують виокремлення самостійного принципу організації адвокатури – **принципу свободи вибору адвокатом форми організації адвокатської діяльності**. На її погляд, цей принцип характеризує адвоката як представника вільної професії, відображає фундаментальну засаду можливості адвокатів виходячи з власних інтересів та потреб визначати та обирати прийнятні для себе форми організації адвокатської діяльності. Необхідність виокремлення такого принципу обумовлюється історичними аспектами функціонування адвокатури України³. На наш погляд, зазначені твердження є повністю обґрунтованими.

Крім історичного аспекту, на який цілком правильно звернула увагу Н.М. Бакаянова, та важливості загалом положень щодо організаційних форм адвокатської діяльності, необхідність виокремлення зазначеного принципу обумовлюється й підходом законодавства щодо цього. Необхідно враховувати, що прямо не передбачаючи у ч. 1 ст. 4 Закону «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» (яка містить перелік принципів

здійснення адвокатської діяльності) наявність такого принципу організації адвокатури, як принцип свободи вибору адвокатом форми організації адвокатської діяльності, Закон, поміж тим, помістив положення про організаційні форми адвокатської діяльності саме у ст. 4 Закону, яка має назву «Принципи та засади здійснення адвокатської діяльності». Відтак, законодавець таким чином опосередковано закріпив засадниче значення відповідного положення про організаційні форми адвокатської діяльності для законодавства про адвокатуру.

Однак, на наш погляд, в аспекті реформування організаційних основ адвокатури загалом та організаційних форм адвокатської діяльності зокрема, що здійснюється у наш час, зміст запропонованого принципу свободи вибору адвокатом форми організації адвокатської діяльності слід було б розширити за рахунок додаткових положень. Необхідно особливу увагу звернути на те, що в адвоката фактично згідно з положеннями законодавства про адвокатуру є не лише право вибору організаційної форми адвокатської діяльності, а й обов'язок обрати ту чи іншу організаційну форму адвокатської діяльності з переліку, що визначений Законом. Таким чином, одним із суттєвих акцентів цього принципу повинно бути те, що право вибору адвоката все ж обмежено законом. Відтак, суть принципу хоча й полягає у виборі адвокатом організаційної форми своєї адвокатської діяльності, однак залежить від того, з чого в нього є можливість обирати. Якщо цей вибір є невеликим, або ж обмежений фактично одним варіантом (як це, наприклад, було в радянські часи, коли фактично єдиною організаційною формою адвокатської діяльності було членство адвоката в колегії адвокатів), то сутність цього принципу буде знівельовано.

Як уже зазначалося вище, згідно з діючим законодавством про адвокатуру та адвокатську діяльність на сьогодні в Україні передбачено лише три організаційних форми адвокатської діяльності – індивідуальна адвокатська діяльність, адвокатське бюро та адвокатське об'єднання. Однак у науці та законотворчій діяльності запропоновано передбачити й інші форми організації адвокатської діяльності, зокрема, за рахунок диференціації неприбуткових та прибуткових адвокатських бюро (об'єднань), що створюються у формі господарських товариств, чи за рахунок окремої форми роботи адвоката за наймом у адвоката або в адвокатському об'єднанні (бюро)⁴ тощо. Звичайно, що питання щодо доцільності запровадження в Україні в умовах реформування адвокатури нових організаційних форм адвокатської діяльності потребує ґрунтовного вивчення, що в межах зазначеної статті зроблено бути не може. Поміж тим вважаємо за необхідне висловити думку про те, що при окресленні змісту принципу свободи вибору адвокатом форми організації адвокатської діяльності доцільно також досліджувати те, наскільки прийнятним є існуюче в Україні коло організаційних форм адвокатської діяльності і що зазначений принцип вимагає гарантування адвокатам прийнятного кола організаційних форм цієї діяльності.

Ще одним із принципів організації та діяльності адвокатури, який повинен бути врахований при побудові організаційних форм адвокатської діяльності, є **принцип незалежності адвоката при здійсненні адвокатської діяльності**. У науці визначається, що відповідно до цього принципу адвокат є незалежним при наданні правової допомоги від держави, органів державної влади чи місцевого самоврядування, їх посадових та службових осіб, правоохоронних органів, інших суб'єктів. Адвокат самостійно визначає правову позицію у справі, а за незаконний вплив на нього передбачено юридичну відповідальність⁵. При цьому досить важливим є те, що у науці незалежність розуміється, зокрема, і крізь призму незалежності адвоката від своїх ділових партнерів⁶, якими можуть бути й старші партнери по адвокатському об'єднанню, членом якого є адвокат. У випадку, якщо адвокат є працівником адвокатського об'єднання, досить важливим є забезпечення незалежності адвоката в межах його трудових відносин. Відтак, перший аспект, що потребує дослідження в аспекті наведеної проблематики, є те, яким чином можна забезпечити незалежність адвоката при наданні ним правової допомоги в таких випадках.

Ще одним із проблемних аспектів обумовленості форм організації адвокатської діяльності принципом незалежності є необхідність забезпечення незалежності адвоката як учасника спорів проти держави. Зазначене вимагає досить детального та чіткого формулювання правил оподаткування адвокатської діяльності. Натомість, якщо ми проаналізуємо правила оподаткування доходів від здійснення адвокатської діяльності у будь-якій з передбачених законом організаційних форм, то побачимо, що вони є нечіткими. Зокрема, чітко не визначено легальні шляхи отримання адвокатами гонорару від здійснення адвокатської діяльності у організаційних формах адвокатського бюро та адвокатського об'єднання, можливості застосування єдиного податку до оподаткування адвокатської діяльності тощо. На практиці ж фіскальні органи ухиляються від надання щодо цих питань чітких роз'яснень. Зазначене призводить до того, що адвокат через фактичне неврегулювання положень про організаційні форми його діяльності досить часто знаходиться у «підвішеному» стані, що не сприяє його незалежності, насамперед, від держави.

Відтак, в аспекті досліджуваної тематики та реформування адвокатури виникає питання щодо того, наскільки діючі форми організації адвокатської діяльності та ті, що пропонуються в різного роду законопроектах, а також відповідний стан правовідносин гарантують незалежність адвоката та за рахунок чого можна було б її забезпечити у тих чи інших організаційних формах.

Принцип конфіденційності адвокатської діяльності у адвокатології розуміється як особливий правовий режим дій та обігу інформації, пов'язаних з виконанням доручення клієнта, покликаний забезпечити заборону несанкціонованого доступу, розголосу даних, з яких клієнтом письмово не знято режим конфіденційності, порушення якого тягне відповідальність згідно із законом⁷. Принцип конфіденційності досліджується загалом в аспекті обсягу інформації, яка становить адвокатську таємницю⁸, а, наприклад, уже сам факт

звернення особи до адвоката, реєстрація чи запис її анкетних даних у книзі обліку угод про надання правової допомоги охоплюється адвокатською таємницею⁹. Загалом же обсяг інформації, яка визнається адвокатською таємницею, визначається ч. 1 ст. 22 Закону «Про адвокатуру та адвокатську діяльність».

При аналізі сутності принципу конфіденційності адвокатської діяльності не важко помітити, що у відносинах щодо обігу інформації, пов'язаної з виконанням доручення клієнта, така інформація очевидно стає надбанням не лише адвоката, який безпосередньо надає правову допомогу, а й інших фізичних осіб та окремих юридичних осіб (адвокатського бюро та адвокатського об'єднання). Однак, яким є на сьогодні стан правового регулювання в аспекті визначення кола осіб, на яких поширюється обов'язок збереження адвокатської таємниці?

Так, ч. 1 ст. 22 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» передбачає, що адвокатською таємницею є будь-яка інформація, що стала відома *адвокату, помічнику адвоката, стажисту адвоката, особі, яка перебуває у трудових відносинах з адвокатом* (виділено нами. – О.Д.), про клієнта, а також питання, з яких клієнт (особа, якій відмовлено в укладенні договору про надання правової допомоги з передбачених цим Законом підстав) звертався до адвоката, адвокатського бюро, адвокатського об'єднання, зміст порад, консультацій, роз'яснень адвоката, складені ним документи, інформація, що зберігається на електронних носіях, та інші документи і відомості, одержані адвокатом під час здійснення адвокатської діяльності. Частина ж 3 ст. 22 Закону відповідно визначає, що обов'язок зберігати адвокатську таємницю поширюється лише на *адвоката, його помічника, стажиста та осіб, які перебувають у трудових відносинах з адвокатом, адвокатським бюро, адвокатським об'єднанням, а також на особу, стосовно якої припинено або зупинено право на заняття адвокатською діяльністю* (виділено нами. – О.Д.). Адвокатське бюро та адвокатське об'єднання згідно з зазначеною ч. 3 ст. 22 Закону лише зобов'язані забезпечити умови, що унеможливають доступ сторонніх осіб до адвокатської таємниці або її розголошення. Таким чином, з наведених положень чітко вбачається, що принцип конфіденційності поширюється не лише на адвоката як суб'єкта надання здійснення адвокатської діяльності, а й на суб'єктів організації цієї діяльності, якими є адвокатське бюро та адвокатське об'єднання, не зважаючи на те, що законодавство прямо не розглядає адвокатські бюро та адвокатські об'єднання як суб'єктів обов'язку зі зберігання адвокатської таємниці. Зазначене, на наш погляд, є очевидно неправильним та викликане нерозумінням аспектів організаційних форм адвокатської діяльності.

Законодавство обґрунтовано визначає (і це є суть питання організаційних форм адвокатської діяльності), що стороною договору про надання правової допомоги, який укладається адвокатом, який здійснює індивідуальну адвокатську діяльність, адвокатським бюро чи адвокатським об'єднанням, є відповідно саме ці адвокат, бюро чи об'єднання. Відтак, саме ці суб'єкти, а не їх працівники, насамперед повинні бути тими, на кого поширюється обов'язок зберігати адвокатську таємницю, і саме вони повинні бути тими, хто є зобов'язаним належно організувати роботу усіх інших суб'єктів, зокрема, й працівників, з метою збереження адвокатської таємниці. Закріплення за адвокатськими бюро та об'єднаннями лише обов'язку щодо забезпечення умов, які унеможливають доступ сторонніх осіб до адвокатської таємниці або її розголошення, є недостатнім. У випадку заподіяння шкоди клієнту розголошенням адвокатської таємниці особою, що перебуває у трудових відносинах з адвокатськими бюро чи об'єднаннями, відповідальність за такі дії покладається на останніх.

Зміни, що пропонуються в процесі реформування адвокатури, на наш погляд, є половинчастими.

Так, цілком обґрунтованим з огляду на викладене вище виглядає п. 2 ч. 1 ст. 23 проекту Закону про адвокатуру та адвокатську діяльність № 9055 від 06 вересня 2018 р.¹⁰, згідно з яким адвокатською таємницею є, зокрема, будь-яка інформація, що стала відома *адвокату, адвокатському бюро, адвокатському об'єднанню, помічнику адвоката або іншій особі, яка перебуває у трудових відносинах з адвокатом, у зв'язку з наданням правничої допомоги або зверненням особи за правничою допомогою*. Відтак, у цьому положенні, на відміну від аналогічного положення діючого Закону, більш чіткіше визначено суб'єктів, щодо яких визначається обсяг інформації, яку містить адвокатську таємницю. Такими суб'єктами, зокрема, визначені й адвокатські бюро та адвокатські об'єднання. Однак недоречним виглядає положення ч. 4 ст. 23 проекту Закону, згідно з яким обов'язок зберігання адвокатської таємниці розповсюджується виключно на адвоката, помічників адвоката та осіб, які перебувають у трудових або договірних відносинах з адвокатом, адвокатським бюро або адвокатським об'єднанням, а також на особу, стосовно якої припинено або зупинено право на здійснення адвокатської діяльності, помічників та найманих працівників такої особи. Таке положення фактично є аналогічним положенню діючого Закону і не містить серед суб'єктів відповідного обов'язку адвокатські бюро та адвокатські об'єднання. Враховуючи наведене, вважаємо, що відповідні положення повинні бути узгоджені між собою. Крім того, такі положення при визначенні суб'єктів обов'язку зі збереження адвокатської таємниці повинні були б передбачати й інші організаційні форми адвокатської діяльності, які пропонується передбачити законопроектом, а саме ймовірну можливу участь адвокатів у підприємницькому товаристві, основним видом статутної діяльності якого є надання юридичних послуг (ч. 11 ст. 14 наведеного проекту Закону).

Ще одним з принципів, які впливають на побудову відносин щодо організаційних форм адвокатської діяльності, є **принцип уникнення в адвокатській діяльності конфлікту інтересів**. У науці сутність цього принципу розглядається як законодавчо визначені основи адвокатської діяльності, відповідно до яких адвокат не має права надавати будь-які юридичні послуги клієнту, інтереси якого суперечать захищеним правом інтересам клієнта, якому надаються або надавались юридичні послуги, крім випадків письмової згоди клі-

ентів, інтереси яких можуть бути порушені або суперечать інтересам самого адвоката, його близьких родичів чи членів сім'ї, партнерів¹¹.

При аналізі змісту цього принципу, зокрема, виникає питання щодо того, чи можуть, наприклад, адвокати одного адвокатського об'єднання представляти клієнтів з протилежними інтересами. Наприклад, Рада адвокатів України у своєму роз'ясненні, затверженому рішенням № 246 від 19 листопада 2013 р., вказала, що адвокати, які є учасниками одного адвокатського об'єднання, мають право в одному кримінальному провадженні на стадії досудового розслідування представляти інтереси (бути захисниками) потерпілого та підозрюваного за умови відсутності конфлікту інтересів, обставин, визначених ст. 46 КПК України, та відсутності підстав для відводу захисника (представника), встановлених ст. 78 КПК України. Такий висновок зроблено Радою адвокатів України на підставі аналізу положень законодавства щодо адвокатського об'єднання як організаційної форми адвокатської діяльності та принципу уникнення конфлікту інтересів¹². Не піддаючи аналізу зроблений РАУ висновок, зазначимо, що за будь-яких умов його правильність залежить як від правильного тлумачення положень законодавства, так і фактичної організації роботи у самому адвокатському об'єднанні, а відсутність порушень принципу уникнення конфлікту інтересів у цьому випадку є наслідком обумовленості та взаємозалежності окремих положень законодавства щодо організаційних форм адвокатської діяльності та принципу уникнення в адвокатській діяльності конфлікту інтересів.

Досить дискусійною розглядається у науці і сутність такого принципу організації та діяльності адвокатури, як **принцип рівності адвокатів**. Так, наприклад, С.Ф. Шкробець вважає, що принцип рівності адвокатів означає, що за своїм статусом всі адвокати рівні як в плані здійснення своєї професійної діяльності, так і в плані можливості вибору організаційної форми, адвокатської освіти та можливості брати участь в управлінні адвокатурою шляхом безпосередньої участі в з'їздах або зборах (конференціях) адвокатів, обранні адвокатів до органів самоврядування¹³. Відтак, рівність у можливості вибору адвокатом організаційної форми розглядається С.Ф. Шкробцем як прояв принципу їх рівності.

Натомість, на думку Н.О. Обловацької, принцип рівності адвокатів – це відсутність в адвокатурі розподілу адвокатів на керуючих та підлеглих, старших та молодших за чином, роботодавців чи працівників¹⁴. Не погоджуючись із Н.О. Обловацькою, Н.М. Бакаянова вважає її твердження досить дискусійним¹⁵. І це, на наш погляд, дійсно так, оскільки навряд чи можна уявити собі в адвокатському об'єднанні повну рівність адвокатів. Щоб навіть прийняти звичайне управлінське рішення в адвокатському об'єднанні, треба надати комусь із його членів-адвокатів право керуючого адвоката, що вже заперечує абсолютну рівність адвокатів, як про те фактично стверджує Н.О. Обловацька. У зв'язку з цим вбачається, що дослідження принципу рівності адвокатів необхідно здійснювати також крізь призму положень про організаційні форми адвокатської діяльності.

Узагальнюючи наведене, вважаємо, що правильне розуміння багатьох принципів організації та діяльності адвокатури неможливе без належного дослідження організаційних форм адвокатської діяльності, як і навпаки – належна побудова організаційних форм адвокатської діяльності неможлива без урахування у відповідних правовідносинах, там, де це необхідно, змістовних характеристик окремих принципів адвокатури.

¹ Бакаянова Н.М. Основи адвокатури України: функціональні та організаційні аспекти: монографія / Н.М. Бакаянова. – Одеса: Юридична література, 2017. – С. 108–128.

² Тацій Л.В. Юридична природа адвокатури в системі захисту прав і свобод людини і громадянина: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Л.В. Тацій. – Х., 2008. – С. 89–97.

³ Бакаянова Н.М. Вказана праця. – С. 128, 152.

⁴ Іваницький С.О. Теоретичні основи організації адвокатури в Україні: принципи та система: монографія / С.О. Іваницький. – К.: Інтерсервіс, 2017. – С. 513; Проект Закону про адвокатуру та адвокатську діяльність № 9055 від 06.09.2018 р.: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=64557

⁵ Бакаянова Н.М. Вказана праця. – С. 127.

⁶ Северин К.М. Принципи адвокатської діяльності: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.10 / К.М. Северин; Східноєвроп. нац. ун-т ім. Лесі Українки. – Луцьк, 2015. – С. 134.

⁷ Там само. – С. 162.

⁸ Бакаянова Н.М. Вказана праця. – С. 138.

⁹ Заднепровский А.П. Обеспечение сохранения адвокатской тайны и действие принципа презумпции невиновности. Гарантия или декларация? / А.П. Заднепровский // Адвокат. – 2002. – № 2–3. – С. 46.

¹⁰ Проект Закону про адвокатуру та адвокатську діяльність № 9055 від 06.09.2018 р.: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=64557

¹¹ Северин К.М. Принцип уникнення конфлікту інтересів в адвокатській діяльності / К.М. Северин // Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету: зб. наук. пр. – 2014. – № 10-1. – Т. 1. – С. 153. – (Серія «Юриспруденція»).

¹² Про надання роз'яснень щодо можливості адвокатів, які зареєстровані в одному адвокатському об'єднанні, здійснювати захист різних за процесуальним статусом осіб: рішення Ради адвокатів України № 246 від 19.11.2013 р.: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://unba.org.ua/assets/uploads/legislations/rozyasnennya/2013.11.19-rozyasnennya-246.pdf>

¹³ Шкробець С.Ф. Принципи адміністративно-правового забезпечення діяльності адвокатури України / С.Ф. Шкробець // Форум права. – 2015. – № 2. – С. 195: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://nbuv.gov.ua/UJRN/FP_index

¹⁴ Обловацька Н.О. Принципи організації та діяльності адвокатури в Україні та Росії / Н.О. Обловацька // Науковий часопис НПУ ім. М.П. Драгоманова: зб. наук. пр. – К., 2010. – Вип. 9. – С. 123. – (Серія № 18 «Економіка і право»).

¹⁵ Бакаянова Н.М. Вказана праця. – С. 146.

Резюме

Джабурия О.О. Принципи організації і діяльності адвокатури та їх вплив на організаційні форми адвокатської діяльності в умовах реформування адвокатури України: постановка проблеми.

У статті досліджено проблематику впливу окремих принципів організації та діяльності адвокатури на організаційні форми адвокатської діяльності в умовах реформування адвокатури. Зроблено висновок, що належна побудова організаційних форм адвокатської діяльності неможлива без урахування змістовних характеристик окремих принципів адвокатури України. За наслідками дослідження внесено пропозиції з удосконалення законодавства про адвокатуру.

Ключові слова: адвокатура, адвокатська діяльність, організаційні форми, принципи організації та діяльності адвокатури, адвокатське бюро, адвокатське об'єднання.

Резюме

Джабурия Е.А. Принципы организации и деятельности адвокатуры и их влияние на организационные формы адвокатской деятельности в условиях реформирования адвокатуры Украины: постановка проблемы.

В статье исследована проблематика влияния отдельных принципов организации и деятельности адвокатуры на организационные формы адвокатской деятельности в условиях реформирования адвокатуры Украины. Сделан вывод, что надлежащее построение организационных форм адвокатской деятельности невозможно без учета содержательных характеристик отдельных принципов адвокатуры. По результатам исследования внесены предложения по совершенствованию законодательства об адвокатуре.

Ключевые слова: адвокатура, адвокатская деятельность, организационные формы, принципы организации деятельности адвокатуры, адвокатское бюро, адвокатское объединение.

Summary

Dzaburiya O. Principles of organization and activity of the legal profession and their influence on the organizational forms of advocacy in the conditions of reforming the legal profession of Ukraine: problem statement.

As a result of the study, proposals were made to improve the law on the bar. To summarize, we believe that a proper understanding of numerous principles of the organization and functioning of the advocacy is impossible without proper study of the organizational forms of legal profession, and vice versa - the proper construction of organizational forms of legal profession is impossible without taking into account the relevant legal relations, where it is relevant, the content characteristics of individual principles lawyers.

Key words: advocacy, advocacy, organizational forms, principles of organization and activities of the legal profession, law office, advocacy association.

УДК 347.23(043.3)

І.А. МЕЛЬНИК

Ігор Андрійович Мельник, аспірант Київського університету права НАН України

ПРАВОВА ПРИРОДА ДОГОВОРУ СПОЖИВЧОГО КРЕДИТУВАННЯ

У ч. 1 ст. 1 Закону України «Про споживче кредитування»¹ договір про споживчий кредит визначено як вид кредитного договору, за яким кредитор зобов'язується надати споживчий кредит у розмірі та на умовах, встановлених договором, а споживач (позичальник) зобов'язується повернути кредит та сплатити проценти за користування кредитом на умовах, встановлених договором. Як вбачається із наведеного, тут вказано та його: субінституційність, тобто приналежність до договорів кредитування; слідування термінології, яка проведена при визначенні договорів у ЦК України², зокрема ч. 1 ст. 1054. Водночас таке визначення не ідеал і має низку недоліків.

На наш погляд, в останньому при визначенні природи договору – фінансова послуга, законодавець припустився помилки, оскільки проігнорував введення грошових зобов'язань (ст.ст. 524, 533, 535) ЦК України. Тим більше, що фінанси визначені як економічні відносини з формування, розподілу і використання централізованих і децентралізованих фондів грошових коштів із метою виконання функцій і завдань держави та забезпечення умов розширеного відтворення. Навіть, якщо і виділені приватні фінансові ресурси, розпорядниками яких є фізичні чи юридичні особи приватного характеру із задоволення потреб цих осіб, то з легалізацією грошових зобов'язань в ЦК України як саме приватних, настав час ці категорії розмежувати. У такому позитивістському аспекті, здавалось б все вивірено, і дискусії в цьому аспекті є баченням окремих авторів, зокрема В.Я. Погребняка³, який визначив «Договір споживчого кредитування – це вид кредитного договору, за яким одна сторона – кредитор (банк або інша фінансова установа) зобов'язується надати грошові кошти (кредит) іншій стороні – позичальнику (фізичній особі) у розмірі та на умовах, передбачених договором, з метою набуття нею товарів (робіт, послуг) для задоволення особистих, сімейних, домашніх потреб, не пов'язаних зі здійсненням професійної або підприємницької діяльності, а позичальник зобов'язується вико-

ристати отриману суму за цільовим призначенням, повернути її в обумовлений договором строк та сплатити проценти на неї»⁴. Таке визначення є розширеним, за рахунок деталізації мети надання споживчого кредиту – набуття за нього товарів (робіт, послуг) для задоволення особистих, сімейних, домашніх потреб, не пов'язаних зі здійсненням професійної або підприємницької діяльності. Окрім того, зайвим вбачається вказівка «одна сторона», «друга сторона». Видається, що ключовим тут є споживча сфера чи споживчі товари, які слід вказати натомість деталізації, які не притаманні дефініціям. Це вказано у ч. 11 ст. 1 Закону України «Про споживче кредитування» – придбання товарів (робіт, послуг) для задоволення потреб, не пов'язаних із підприємницькою, незалежною професійною діяльністю або виконанням обов'язків найманого працівника. Це відповідає цільовому спрямуванню кредитування взагалі і обмежує свободу використання наданого кредиту та свободу договору.

Є інші суб'єктивні бачення дефініції такого договору, які системно надають підстави для сумніву в його сучасній конструкції як фінансових послуг, як категорії приватного права. Вони проведені в працях Цивільно-правового спрямування щодо окремих видів фінансових послуг у своїх роботах надавали Я.О. Чапічадзе І.С. Якубівського (фінансовий – І.А.Безклубого, І.С. Чайкіна та інших).

Тож **мета** статті – розробити визначення договору споживчого кредитування з огляду на природу цих зобов'язань (грошові) співвідношення загального (кредитного договору), окремого (договір споживчого кредитування) та спеціального різновидів споживчого кредитування).

У Законі України «Про захист прав споживачів»⁵ введена конструкція споживчого договору, звідки власне як різновид його характерного спрямування й назва договір споживчого кредитування. У ч. 7 ст. 1 цього закону договір визначено як усний чи письмовий правочин між споживачем і продавцем (виконавцем) про якість, терміни, ціну та інші умови, за яких реалізується продукція. Власне тут йдеться про правочин, як і невдале використання категорії «термін» з огляду на ч. 2 ст. 251 ЦК України. Якщо термін – момент у часі, то виникає слушне запитання: яким чином споживчі договори можуть бути термінові, а договір споживчого кредитування – тим більше? Очевидно, що тут законодавець припустився помилки, яку слід виправити шляхом заміни терміна на слово «строк».

Окрім того, залишається без відповіді, які інші правочини у споживчій сфері можуть бути окрім договору: представництво, заповіт? Між тим, гносеологія споживання передбачає можливість вибору споживача як самого товару, так і товаровласника. Так, малозабезпечені верстви населення підбирають викинуті торговцями на смітники (дерелікція) зіпсовані продукти харчування. То чи будуть такі учасники нести відповідальність за отруєння такими продуктами харчування? Якщо виходити з тексту ч. 1 ст. 202 ЦК України дія з припинення права власності підпадає під категорію правочин. Тут слід навести лад. З огляду на зазначене вважаємо, що в цій частині натомість словосполучення «усний чи письмовий правочин» доречним буде слово «домовленість», що і варто б внести у згадану частину.

Не менш важливим є встановлення юридичної природи договору споживчого кредитування, де домінує традиція з часів радянського права, де воно було підпорядковане публічним завданням. Зокрема, як було вказано в Преамбулі ЦК УРСР 1963 р.⁶, він був прийнятий з метою створення матеріально-технічної бази комунізму і все більш повного задоволення матеріальних і духовних потреб громадян.

У Законі України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг»⁷ передбачено фінансовий кредит – кошти, які надаються в позику юридичній або фізичній особі на визначений строк та під процент (ч. 3 ст. 1); фінансова послуга – операції з фінансовими активами, що здійснюються в інтересах третіх осіб за власний рахунок чи за рахунок цих осіб, а у випадках, передбачених законодавством, – і за рахунок залучених від інших осіб фінансових активів, з метою отримання прибутку або збереження реальної вартості фінансових активів (ч. 5 ст. 1); у п. 6 надання коштів у позику, в тому числі й на умовах фінансового кредиту.

Частина з них наразі є сумнівними оскільки законодавець розмежував позику (ст. 1046 ЦК України) та кредит (ст. 1054 ЦК України) як різні договори, де за першим позикодавцем є фізичні особи та розширено його предмет, а за другим – лише суб'єкти надання фінансових послуг – фінансові установи, а також, якщо це прямо передбачено законом, фізичні особи – підприємці (ч. 1 ст. 5 Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг»). Звідси традиційний висновок про фінансові послуги, як різновид послуг, що прийнято законодавством як України, так і інших країн і відображає Генеральну угоду про торгівлю послугами⁸, що ратифікована Верховною Радою України. Зокрема в Додатку щодо фінансових послуг, який застосовується до заходів, що стосуються поставки фінансових послуг, які поширюються на поставку послуг, що визначені в параграфі 2 ст. 1 цієї Угоди. За її сенсом фінансова послуга – операції з фінансовими активами, що здійснюються в інтересах третіх осіб за власний рахунок чи за рахунок цих осіб, а у випадках, передбачених законодавством, і за рахунок залучених від інших осіб фінансових активів, з метою отримання прибутку або збереження реальної вартості фінансових активів. Відповідно фінансовою послугою є надання коштів у позику (на умовах фінансового кредиту).

У Директиві Європейського Союзу «Про наближення законів, постанов та адміністративних положень держав-членів щодо споживчого кредиту»⁹ йдеться про договірні відносини, в межах яких кредит видається на підставі попередніх домовленостей, укладених між кредитором та продавцем (виконавцем) товарів (робіт, послуг), яким передбачається надання кредитів клієнтам конкретного продавця (виконавця) з метою придбання його товарів (робіт, послуг). Якщо товари (роботи, послуги), для реалізації яких застосовується кредитний договір, не надані споживачу або надані продавцем (виконавцем) товари (роботи, послуги) не відповідають

умовам договору купівлі-продажу (виконанню робіт, наданню послуг), споживач наділяється вправі висунути кредитору відповідні заперечення стосовно повернення кредиту (ст. 11 Директиви). Враховуючи зазначене можна відмітити, що договори купівлі-продажу товару (виконання робіт, надання послуг) та споживчого кредитування є взаємопов'язаними, де кредит повністю або частково є засобом оплати іншого договору.

Поняття «суміжного кредитного договору» використано в Директиві Європейського Парламенту і Ради Європейського Союзу «Про договори споживчого кредитування»¹⁰, де п. «п» ст. 3 суміжним кредитним договором визначено кредитний договір, в якому розглядуваний кредит слугує виключно для фінансування договору поставки певних товарів або надання певних послуг, та ці дві форми договорів об'єктивно складають комерційну одиницю.

Пунктом 37 вказаної Директиви передбачається, що під час укладання «пов'язаних» кредитних договорів виникають правовідносини взаємозалежності між договорами купівлі-продажу товарів або надання послуг і кредитним договором, укладеним з відповідною метою. Таким чином, якщо споживач здійснив своє право на повернення грошових коштів за договором купівлі-продажу, заснованому на законодавстві Європейського співтовариства, він не зобов'язаний виконувати обов'язок за суміжним із договором купівлі-продажу кредитним договором.

Утім, як зазначається в цьому нормативному акті, ця вимога не стосується положень національного законодавства, що застосовується до пов'язаних кредитних договорів, у тих випадках, коли договір купівлі-продажу був визнаний недійсним або коли споживач здійснив своє право на повернення грошових коштів, що впливає з національного законодавства. Також вказана вимога не стосується прав споживачів, наданих положеннями національних нормативних актів, відповідно до яких не допускається виникнення зобов'язання між споживачем і постачальником товарів або послуг, а також не допускається здійснення оплати між цими особами доти, доки споживач не підписав кредитний договір для фінансування покупки товарів або послуг. Із зазначеного виникає запитання юридичної долі взаємопов'язаного договору споживчого кредитування, якщо позичальнику були надані кредитні кошти, а товар, що був за них придбаний, виявився не якісним.

Такий напрямок розуміння фінансових послуг прийнято і в інших країнах. Зокрема Американська торговельна палата та її Комітет з питань банківських та фінансових послуг, як свідчить проведений 20 серпня 2018 р. в м. Києві семінар з обговорення проекту Закону № 8055 «Про установа фінансового омбудсмена» з представниками USAID, дотримується саме такого підходу.

Відповідно, практика легального тлумачення фінансових послуг, у тому числі її різновиду - кредитування та споживчого кредитування зокрема - встоялася, і пропонувати наразі щось інше видається відхиленням від неї. Її дотримується й доктрина. Зокрема І.А. Безклубий розробив концепцію правочинів із надання фінансових послуг. Тим же шляхом пішли й інші дослідники. Проте це не означає, що насправді відображає природу цих відносин. І тому є ряд аргументів.

Насамперед, як уже зазначено, фінанси є категорією публічною, про що йшлося вище, і вважати грошові кошти приватних осіб фінансами, означає штучне поширення цієї категорії на приватну сферу. Принаймні відомі курси провідних ВНЗ України з фінансового права мають публічну спрямованість і лише окремі з них включають надання фінансових послуг і тим вторгаються у приватну сферу.

З введенням адміністративних послуг як публічних (державних чи/та муніципальних) послуг, що надаються органами виконавчої служби, виконавчими органами місцевого самоврядування та іншими уповноваженими суб'єктами, і надання яких пов'язане з реалізацією владних повноважень. Їх різновидом визнано послуги у сфері фінансового моніторингу як результат здійснення владних повноважень публічною адміністрацією, компетенція якої розповсюджується на сферу фінансового моніторингу, що відповідно до закону забезпечує юридичне оформлення умов реалізації фізичними або юридичними особами прав і свобод у даній сфері за їх заявою (видача дозволів (ліцензій), проведення реєстрації тощо). Так чи інакше ці категорії є взаємопов'язаними і можуть пересікатися.

У ЦК України введено грошові зобов'язання, як загальну категорію, де є можливість виділити власне грошові зобов'язання приватних осіб, та їх різновид - послуги у сфері обігу грошей публічних утворень. З огляду на наведене, на наш погляд, більш правильно було б говорити про грошові послуги, а не фінансові послуги. Такий підхід забезпечує розмежування приватних та публічних відносин та більш чіткий понятійний підхід, який є важливим при здійсненні електронного правосуддя.

З урахування наведеного вбачається доцільним дефініцію договору про споживчий кредит визначити як вид кредитного договору, за яким кредитор надає зобов'язується надати гроші позичальнику в розмірі та на умовах, встановлених договором, а позичальник зобов'язується використати їх із споживчою метою, повернути кредит та сплатити проценти за користування кредитом на умовах, встановлених договором.

¹ Про споживче кредитування : Закон України від 12.06.2017 // Відомості Верховної Ради (ВВР), 2017, № 1, ст. 2).

² Цивільний кодекс УРСР : Кодекс України, Закон, Кодекс від 18.07.1963 // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: zakon.rada.gov.ua/go/1540-06

³ *Погребняк В.Я.* Цивільно-правове регулювання відносин споживчого кредитування : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 – цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право. – Х., 2016.

⁴ Там само. – С. 105.

⁵ Про захист прав споживачів: Закон України від 12 травня 1991 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: zakon.rada.gov.ua/go/1023-12

⁶ Цивільний кодекс України : Кодекс України, Закон, Кодекс від 16.01.2003 № 435-IV (Редакція станом на 02.08.2018) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: zakon.rada.gov.ua/go/435-15

⁷ Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг : Закон України 12 липня 2001 р. – (Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2002, № 1, ст. 1) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: zakon.rada.gov.ua/go/2664-14

⁸ Генеральна угода про торгівлю послугами [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/981_017/page2

⁹ Про договори споживчого кредитування : Директива Європейського Парламенту і Ради Європейського Союзу № 2008/48/ЄС // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: zakon.rada.gov.ua/go/994_b19

¹⁰ Про наближення законів, постанов та адміністративних положень держав-членів щодо споживчого кредиту : Директива Європейського Союзу 87/102/ЄС [Електронний ресурс]. – Режим доступу: zakon.rada.gov.ua/go/994_350

Резюме

Мельник І.А. Правова природа договору споживчого кредитування.

У статті йдеться про договір споживчого кредитування не в контексті фінансових послуг, а як різновиду грошових зобов'язань. Автор критикує легальну концепцію фінансових послуг за її публічно-правове спрямування і пропонує ввести категорію «грошові послуги та відповідні зміни в чинне законодавство, а також вдосконалену дефініцію «договір споживчого кредитування».

Ключові слова: законодавство, договір споживчого кредитування, споживчий кредит, споживачі.

Резюме

Мельник І.А. Правовая природа договора потребительского кредитования.

В статье говорится о договоре потребительского кредитования не в контексте финансовых услуг, а как разновидности денежных обязательств. Автор критикует легальную концепцию финансовых услуг за ее публично-правовое направление и предлагает ввести категорию «денежные услуги» и соответствующие изменения в действующее законодательство, а также усовершенствованную дефиницию «договор потребительского кредитования».

Ключевые слова: законодательство, договор потребительского кредитования, потребительский кредит, потребители.

Summary

Melnik I. Legal nature of the consumer credit agreement.

The article deals with the consumer lending agreement not in the context of financial services, but a kind of monetary obligations. The author criticizes the legal concept of financial services for its public-law direction and proposes to introduce the category of «money services» and the corresponding changes in the current legislation, as well as an improved definition of a consumer lending agreement.”

Key words: legislation, consumer credit agreement, consumer credit, consumers.

УДК 347.43:347.72.045

В.О. ХОМЕНКО

Вікторія Олександрівна Хоменко, аспірант Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ПРАВОВІ НАСЛІДКИ ПРИЙНЯТТЯ РІШЕННЯ ПРО ПРИПИНЕННЯ ГОСПОДАРСЬКОГО ТОВАРИСТВА

Рішення про припинення господарського товариства є обов'язковою передумовою проведення відповідної процедури (ліквідації або реорганізації юридичної особи). Разом із тим підходи до визначення правових наслідків прийняття відповідного рішення у юридичній науці різняться.

Особливості управління юридичною особою, щодо якої прийнято рішення про її припинення, визначені ст. 105 ЦК України¹. Основною проблемою є визначення обсягу цивільної правосуб'єктності юридичної особи у випадку прийняття рішення компетентним органом про її припинення. Зокрема, інтерес становлять питання щодо можливості укладення юридичною особою правочинів, можливість виступати засновником (учасником) інших юридичних осіб, можливість бути позивачем/відповідачем у суді у випадку прийняття рішення компетентним органом про припинення такої юридичної особи.

Обмеження права ліквідатора формулою «все, що необхідно для ліквідації» було відоме ще дореволюційному законодавству². К. Жудро зазначав, що саме такою була позиція арбітражних органів на початку ХХ ст., вказуючи, що ліквідаційна комісія – це тимчасове правління, що продовжує роботу «нормального» правління, проте має спеціальне завдання – ліквідувати відповідне підприємство. У контексті викладеного

визначалися наступні завдання ліквідаційної комісії: 1) точне визначення активів та пасивів підприємства; 2) розшук, оцінка та реалізація майна; 3) стягнення боргів підприємства; 4) складення ліквідаційного балансу; 5) розробка плану ліквідації підприємства; 6) забезпечення прав кредиторів та виконання зазначеного плану.

Аналогічну позицію підтримував Д.В. Ломакін, на думку якого метою діяльності ліквідаційної комісії є не забезпечення нормального функціонування акціонерного товариства шляхом здійснення управлінських або контрольних функцій, що є характерною ознакою для органів товариства, а організація та проведення процесу ліквідації. Схожі міркування висловлювались також М.Венеціановим, Д.М. Генкіним, А. Квачевським, В.Б. Філатовим, Е.Н. Штанделем³.

Таким чином, факт обмежень прав або функцій ліквідатора (ліквідаційної комісії) не викликає сумнівів. Водночас питання правової природи таких обмежень має дискусійний характер у юридичній науці. При цьому практична необхідність їх визначення полягає, зокрема, у мінімізації ризику комерційної діяльності, яка здійснюється юридичною особою (в особі ліквідаційної комісії)⁴.

У контексті зазначеного інтерес також становлять питання щодо можливості юридичної особи, стосовно якої прийняте рішення про припинення, вчиняти правочини, відкривати філії та представництва, отримувати дозволи на провадження окремих видів господарської діяльності тощо⁵.

У правових нормах, якими регулюється діяльність ліквідатора (ліквідаційної комісії), зазначені обмеження розкриваються, здебільшого, або через поняття «обмеження (часткове позбавлення) правоздатності (дієздатності)»⁶, «зміна обсягу правосуб'єктності підприємства»⁷ або через поняття «визначення функцій ліквідатора (ліквідаційної комісії)»⁸.

На думку Н.С. Кузнецової та А.С. Довгерта, юридичні особи, як і інші учасники цивільних правовідносин – фізичні особи, мають правоздатність та дієздатність. Водночас ці властивості характеризуються певною специфікою. Так, у юридичної особи правоздатність і дієздатність виникають одночасно з моменту її створення та припиняються так само одночасно з дня внесення до єдиного державного реєстру запису про її припинення. Тому для юридичних осіб розмежування цих категорій, як правило, не має значення⁹.

Для цілей даного дослідження доцільним вбачається визначення співвідношення категорій «обмеження правоздатності господарського товариства» та «функції ліквідатора (ліквідаційної комісії)».

Відповідно до ч. 2 ст. 91 ЦК правоздатність юридичної особи може бути обмежена лише за рішенням суду. Чинним законодавством України визначені випадки прийняття відповідного судового рішення. Зазначимо, що припинення юридичної особи може відбуватись і без судового рішення: на підставі рішення власне юридичної особи, Антимонопольного комітету України тощо).

Можемо констатувати, що у контексті досліджуваної проблематики обмеження повноважень ліквідатора (ліквідаційної комісії) не є принципово відмінними від обмежень, яких зазнає юридична особа внаслідок прийняття відповідного судового рішення. Таким чином, обмеження функцій ліквідатора (ліквідаційної комісії) не можуть визначатись обмеженнями правоздатності.

Зазначимо, що окремі правопорядки визначають припинення юридичної особи не як підставу припинення її правоздатності, а як підставу обмеження її правоздатності¹⁰.

Законодавство не обмежує правоздатність юридичної особи, рішення про ліквідацію якої прийнято: у випадку прийняття рішення про ліквідацію юридичної особи повноваження виконавчих органів такої юридичної особи переходять до ліквідаційної комісії функції якої обмежуються діями, необхідними для завершення ліквідації відповідної юридичної особи.

Крізь призму поняття «права та обов'язки» А.В. Габов розкриває зміст повноважень (функцій) ліквідаційної комісії. На його думку, діяльність ліквідатора не має виключно організаційного характеру і, відповідно, існує необхідність чіткої правової регламентації прав та обов'язків таких осіб. Водночас, якщо права ліквідатора (ліквідаційної комісії) безпосередньо слідує з повноважень органів, які вони заміщують, визначення обов'язків ліквідатора (ліквідаційної комісії) є більш складним завданням¹¹.

Оперуючи поняттями «прав» та «обов'язків», А.В. Габов визначає конкретні дії, які має право (або обов'язок) здійснювати ліквідаційна комісія (ліквідатор). Зокрема, зазначається про обов'язок ліквідаційної комісії здійснювати поточну діяльність юридичної особи, що ліквідується. Разом із тим невирішеним залишається питання обсягу такої діяльності. Проблемним питанням вбачається здійснення ліквідаційною комісією діяльності, заради якої створювалась юридична особа. На думку А.В. Габова, здійснення зазначеної діяльності суперечить меті та цілям діяльності ліквідатора¹². Водночас допускається здійснення іншої поточної діяльності, необхідної не лише для проведення ліквідації, а й для підтримання життєдіяльності організації до її юридичного припинення.

Зрештою, А.В. Габов доходить висновку, що поточна діяльність юридичної особи, яка ліквідується, здійснюється ліквідатором тією чи іншою мірою до моменту подання заяви про внесення запису про припинення відповідної юридичної особи компетентному органу державної влади¹³.

Іншими обов'язками ліквідаційної комісії визначаються: 1) виявлення усіх кредиторів юридичної особи, що ліквідується; 2) виявлення боржників; 3) повідомлення інших (крім кредиторів) осіб у випадках, встановлених законом, про заходи, що здійснюються юридичною особою, яка ліквідується, а також про деякі факти, що були виявлені під час їх здійснення; 4) визначення майнової маси, яка належить юридичній особі на різних правових титулах; 5) своєчасне визначення ознак неспроможності та звернення до суду з відповідною заявою¹⁴.

Випадки обмеження правоздатності юридичної особи потребують уточнення.

Крізь призму видів діяльності розглядає обмеження правоздатності юридичної особи Н.О. Юрченко, на думку якої обмеження правоздатності господарських товариств можуть застосовуватись *лише* у частині здійснення ними конкретного виду діяльності (наприклад, для здійснення якого необхідним є отримання спеціального дозволу, ліцензії тощо)¹⁵. Вбачається, що означене розуміння підстав обмеження правоздатності господарських товариств виключає застосування вказаного інституту до правових наслідків прийняття рішення про припинення господарського товариства.

Разом із тим діяльність господарського товариства на підставі спеціального дозволу або ліцензії також розглядається крізь призму різних понять – «обмеження правоздатності» та «спеціальна правоздатність»¹⁶, які не є тотожними юридичними категоріями. Зазначимо, що спеціальною правоздатністю наділяються переважно юридичні особи, діяльність яких не спрямована на одержання прибутку (для підприємницьких юридичних осіб притаманною є загальна правоздатність)¹⁷.

Можемо констатувати, що правоздатність господарського товариства припиняється з моменту внесення запису про його припинення до єдиного державного реєстру. Підтвердженням означеної вище позиції є положення ч. 4 ст. 91 ЦК України. Таким чином, обмеження ліквідатора (ліквідаційної комісії) не варто розглядати як обмеження правоздатності юридичної особи. До того ж, цивільне законодавство взагалі не містить поняття «обмеження правоздатності».

Значний інтерес становлять критерії визначення ефективності та правомірності дій ліквідатора (ліквідаційної комісії) при припиненні відповідного господарського товариства.

На думку С.С. Дуканова, такими критеріями (принципами) є: 1) захист прав юридичної особи; 2) ефективне «закриття справ» юридичної особи, що ліквідується; 3) раціональне використання та реалізація майна, належного такій юридичній особі; 4) обмеження прав вищого органу управління юридичної особи (що обґрунтовується природою правовідносин, які виникають у зв'язку із ліквідацією юридичної особи)¹⁸.

Беззастережно прийняти означену вище позицію доволі складно, оскільки йдеться про низку оціночних категорій, що може призвести до створення перешкод у діяльності ліквідатора (ліквідаційної комісії).

Викликає сумнів позиція щодо необхідності обмеження права ліквідатора (ліквідаційної комісії) укладати правочини від імені юридичної особи, яка припиняється¹⁹. Відповідні правочини можуть укладатись з метою захисту прав та інтересів кредиторів господарського товариства, що ліквідується, а також власне господарського товариства (наприклад, укладення договорів про представництво господарського товариства, що ліквідується, у суді з метою захисту майнових прав останнього).

Отже, здійснення господарської діяльності, отримання нових ліцензій та дозволів, участь у публічних закупівлях тощо господарським товариством, яке перебуває у стані припинення, вбачається неприпустимим з огляду на те, що такі дії: 1) безпосередньо не охоплюються компетенцією ліквідатора (ліквідаційної комісії); 2) спрямовані на розширення сфери комерційної присутності на відповідному ринку; 3) мають на меті виникнення нових обов'язків і, відповідно, нових кредиторів для такого господарського товариства²⁰. Разом із тим існує ряд винятків із означеного вище загального правила.

Підкреслимо, що з моменту подання відповідному реєстратору документів, які підтверджують призначення ліквідаційної комісії (ліквідатора), як правило, не допускається державна реєстрація змін до статутних документів юридичної особи, що ліквідується, а також державна реєстрація юридичних осіб, засновником яких виступає юридична особа, яка ліквідується. Також забороняється державна реєстрація юридичних осіб, які виникають внаслідок реорганізації юридичної особи, яка ліквідується. Повідомлення про ліквідацію є підставою для фіскальних органів для проведення перевірки, яка призначається незалежно від часу та предмету попередньої перевірки²¹.

В юридичній літературі також висловлювалися позиції, згідно з якими рішення про ліквідацію не зумовлює зміни правосуб'єктності юридичної особи, яка прийняла відповідне рішення²².

Зазначимо, що встановлення факту прийняття рішення про ліквідацію юридичної особи не становить значних проблем для заінтересованих осіб – відповідну інформацію можна отримати безпосередньо з єдиного державного реєстру юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань. Вбачається, що законодавець штучно поділив наслідки прийняття рішення про ліквідацію юридичної особи та факт внесення відповідного запису до реєстру.

Можемо констатувати, що зміни правосуб'єктності юридичної особи щодо якої прийнято рішення про її ліквідацію, є невинуватливими. Означене вище пояснюється, на нашу думку, «косметичністю» змін правосуб'єктності юридичної особи. У викладеному контексті проблема полягає не у необхідності спрощення процедури отримання інформації реєстраційними органами, а у площині юридичного забезпечення обов'язку з проведення державної реєстрації рішення про ліквідацію юридичної особи, що на сьогодні не забезпечено судовим захистом (*тобто, є натуральним*).

Далі вважаємо за необхідне дослідити особливості правового положення ліквідатора (ліквідаційної комісії).

Правова природа комісії з припинення має розглядатись у контексті єдності правового розуміння різних форм органів, які можуть створюватись під час здійснення процедури припинення господарського товариства. До того ж, вбачається відсутність принципових відмінностей між ліквідаційною комісією, комісією з реорганізації тощо.

Зазначимо, що в юридичній літературі висловлювалися аргументи на користь створення додаткового тимчасового органу господарського товариства, який має формуватись на підготовчому етапі припинення юридичної особи шляхом реорганізації з метою ефективного захисту прав кредиторів при такому припиненні²³.

На нашу думку, початок процедури припинення має пов'язуватись із прийняттям відповідного рішення, адже тільки за умови волевиявлення товариства (у разі добровільного припинення) можуть мати місце юридично значимі наслідки.

Усталеною можна визначити позицію, відповідно до якої ліквідатор (ліквідаційна комісія) є основним учасником ліквідаційних правовідносин²⁴. Підстави для визначення ліквідатора (ліквідаційної комісії) як учасника правовідносин, що виникають при ліквідації господарського товариства, надає чинне законодавство. Так, абз. 2 ч. 2 ст. 1205 ЦК встановлює, що в разі відсутності у юридичної особи коштів для капіталізації платежів, які підлягають сплаті, обов'язок щодо їх капіталізації покладається на ліквідаційну комісію на підставі рішення суду за позовом потерпілого. Разом із тим, на нашу думку, ліквідатор (ліквідаційна комісія) не є самостійним учасником відповідних правовідносин, а діє виключно від імені господарського товариства, що ліквідується.

Отже, обґрунтованою вбачається пропозиція щодо виключення абз. 2 ч. 2 ст. 1205 ЦК України²⁵.

Значний інтерес становить визначення особливостей правового положення ліквідатора (ліквідаційної комісії). Зазначимо, що власне термін «ліквідатор» є доволі умовним, оскільки його функції можуть покладатися і на інших осіб²⁶. До того ж, у ЦК України йдеться про «комісію з припинення юридичної особи», яка поєднує ліквідаційну комісію та комісію з реорганізації.

Зазначимо, що власне факт здійснення управління господарським товариством третьою особою (ліквідатором у широкому розумінні цього терміна), є підставою надання пропозицій щодо доповнення ч. 2 ст. 92 ЦК України нормою, яка б дозволяла врахувати випадки здійснення цивільної дієздатності юридичної особи третіми особами (ліквідатором, компанією з управління активами, санатором тощо)²⁷.

Можемо констатувати, що означені вище зауваження необхідно сприймати критично з огляду на те, що згадана норма ЦК є загальною, і зазначення кожного суб'єкта, який є третьою особою для відповідної юридичної особи є винятком із загального правила. Перерахування «додаткових суб'єктів» у зазначеній загальній нормі потребуватиме визначення конкретних випадків відповідного представництва, підстав та процедури такого представництва з її особливостями тощо. Відповідно, виникатиме необхідність дублювання тотожних норм у різних актах цивільного законодавства. Вбачається, що норма ч. 2 ст. 92 ЦК цілком виправдано передбачає невичерпний перелік суб'єктів, які можуть здійснювати представництво юридичної особи.

Вважаємо за доцільне розглянути особливості суб'єктного складу ліквідаційної комісії. Чинне законодавство України дає змогу зробити висновок, що орган, який формує ліквідаційну комісію, може сформувати останню на власний розсуд. Така думка знаходить підтвердження і у науковій літературі²⁸.

Зазвичай склад ліквідаційної комісії формує відповідний орган юридичної особи. Водночас означений підхід є дещо спрощеним, оскільки такий орган переважно погоджується з проектом рішення, яке внесено на голосування іншим органом, який уповноважений на його підготовку. На нашу думку, такий підхід є цілком виправданим з огляду на те, що зазначені процедурні моменти зумовлені необхідністю визначення суб'єкта, який зобов'язаний запропонувати осіб, що будуть входити до складу ліквідаційної комісії.

Законодавством можуть встановлюватися обмеження щодо формування персонального складу ліквідаційної комісії (зокрема, обов'язковість погодження конкретних кандидатур з компетентними органами державної влади). Дана «традиція» має історичні витoki у радянському законодавстві²⁹.

Іншим дискусійним питанням у юридичній науці є питання співвідношення повноважень ліквідаційної комісії та суду у процедурі примусової ліквідації (на підставі рішення суду).

Зазначимо, що чинне цивільне законодавство не передбачає обмежень повноважень ліквідаційної комісії у випадках здійснення ліквідації на підставі рішення суду.

У контексті досліджуваної пролематики необхідно звернути увагу на окремі відмінності процедури призначення тимчасового адміністратора в порядку, визначеному ст. 78 Закону України «Про банки і банківську діяльність»³⁰, який, вочевидь, має спільні риси із ліквідатором господарського товариства. Так, відповідно до наведеної норми з дня призначення тимчасового адміністратора повноваження загальних зборів, спостережної ради та правління переходять до тимчасового адміністратора. Однак тимчасовий адміністратор має ширші повноваження, адже окрім функцій виконавчого органу господарського товариства, які здійснює ліквідатор (ліквідаційна комісія), тимчасовий адміністратор виконує невластиві останньому і значно ширші за обсягом функції вищого органу управління господарського товариства – загальних зборів учасників.

Варто згадати і про наукову дискусію з приводу віднесення ліквідатора (ліквідаційної комісії) до системи органів управління господарського товариства, що ліквідується³¹.

Важливість визначення правової природи ліквідатора (ліквідаційної комісії) вбачається і в тому, що віднесення (або невіднесення) ліквідатора (ліквідаційної комісії) до органів управління господарського товариства дасть змогу застосовувати (або не застосовувати) загальні норми, які регламентують діяльність органів управління господарського товариства, зокрема, норми про солідарну відповідальність органів управління юридичної особи (ч. 4 ст. 92 ЦК України)³².

Зазначимо, що у цивілістичній доктрині існують дві протилежні позиції щодо правової природи ліквідаційної комісії: 1) доцільність визнання ліквідаційної комісії органом управління юридичної особи та, відповідно, 2) відсутність означеної доцільності³³.

На нашу думку, більш обґрунтованим є віднесення ліквідатора (ліквідаційної комісії) до органів управління господарського товариства³⁴.

Значний інтерес становить і обсяг повноважень ліквідаційної комісії. У фахових дослідженнях висловлювалися різні позиції щодо обсягу повноважень ліквідатора: від його «всесильності»³⁵ до передання йому обмежених повноважень виконавчого органу господарського товариства (обмеженість полягає у тому, що повноваження виконавчого органу передаються тією мірою, якою вони відповідають цілям та завданням ліквідації господарського товариства)³⁶.

Про обґрунтованість передання ліквідаційній комісії повноважень виконавчого органу зазначає А.В. Габов. На його думку, зазначене зумовлюється історичними чинниками, адже і в дореволюційному законодавстві, і в законодавстві радянської доби ліквідаційна комісія займала місце саме виконавчого органу (правління) на період здійснення ліквідації, про що прямо зазначалось практично у кожному нормативному акті, який врегулював відповідні правовідносини³⁷.

При цьому А.В. Габов доволі критично висловлюється щодо таких повноважень ліквідаційної комісії, як «ведення справ», «управління справами», «завідування справами» тощо та визначає такі повноваження законодавчими анахронізмами та стандартами дореволюційного і радянського права³⁸.

Можна зробити висновок, що чинне законодавство не надає можливості поширювального тлумачення повноважень (функцій) ліквідаційної комісії, оскільки за загальним правилом йдеться про припинення повноважень лише виконавчого органу, а всі інші органи управління юридичної особи після призначення ліквідаційної комісії (ліквідатора) здійснюють окремі функції в процесі її ліквідації (зокрема, затвердження ліквідаційного балансу).

Отже, підхід, відповідно до якого до ліквідатора (ліквідаційної комісії) переходять лише обмежені повноваження виконавчого органу господарського товариства, вбачається більш обґрунтованим.

Окремої уваги у юридичній літературі заслуговує право ліквідаційної комісії (ліквідатора) виступати у суді від імені юридичної особи, яка ліквідується³⁹. Так, доволі неоднозначною є відповідь на питання щодо можливості оскарження ліквідатором (ліквідаційною комісією) рішення загальних зборів.

Досліджуючи особливості правового положення, правову природу та повноваження ліквідаційної комісії, слід зазначити і про момент припинення діяльності останньої.

Окремо зазначене питання чинним законодавством не врегульоване. Варто додати, що, виходячи із загальних норм про ліквідацію господарського товариства, моментом припинення діяльності ліквідаційної комісії (ліквідатора) є момент внесення запису про припинення господарського товариства до єдиного державного реєстру, адже з моменту внесення відповідного запису до реєстру ліквідаційна комісія (ліквідатор) просто не може бути уповноваженою на здійснення діяльності від імені ліквідованого господарського товариства.

Водночас невирішеними залишаються такі питання, як сплата винагороди ліквідатору (членам ліквідаційної комісії) та юридичне оформлення відповідних відносин з ними. Вважаємо, що зазначений технічний момент має віднайти своє відображення в законі, адже відсутність норми, якою б врегульовувалася процедура припинення повноважень ліквідаційної комісії або алгоритм сплати винагороди членам ліквідаційної комісії у випадку, якщо дане питання не було вирішено до внесення запису про припинення господарського товариства до єдиного державного реєстру, може зумовлювати проблеми для правозастосовної практики.

¹ Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40. – Ст. 356.

² Дуканов С.С. Гражданско-правовое регулирование прекращения юридических лиц в Российской Федерации: дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Дуканов Сергей Сергеевич. – М., 2005. – 179 с. – С. 75.

³ Габов А.В. Ликвидация юридических лиц. История развития института в российском праве, современные проблемы и перспективы / А.В. Габов. – М.: Статут, 2011. – 303 с. – С. 108–109.

⁴ Дуканов С.С. Вказана праця. – С. 75.

⁵ Там само. – С. 74.

⁶ Там само. – С. 75, 89.

⁷ Повар П.О. Правове регулювання ліквідації підприємств в Україні: дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.04 / Повар Павло Олександрович. – К., 2009. – 229 с. – С. 94, 96.

⁸ Дуканов С.С. Вказана праця. – С. 74.

⁹ Кузнецова Н.С. Институт юридического лица в Гражданском кодексе Украины. Альманах цивилистики: сб. статей / Н.С. Кузнецова, А.С. Довгерт; под ред. Р.А. Майданника. – К.: Алерта, 2012. – Вып. 5. – 624 с. – С. 169–208. – С. 185.

¹⁰ Дуканов С.С. Вказана праця. – С. 26.

¹¹ Габов А.В. Вказана праця. – С. 108.

¹² Там само.

¹³ Там само. – С. 110.

¹⁴ Там само. – С. 111–116.

¹⁵ Юрченко Н.А. Защита гражданских прав участников хозяйственных обществ: дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Юрченко Надежда Александровна. – Екатеринбург, 2004. – 176 с. – С. 20.

¹⁶ Там само. – С. 21.

¹⁷ Суб'єкти цивільного права / за заг. ред. академіка АПРН України Я.М. Шевченко. – Х.: Харків юридичний, 2009. – 632 с. – С. 211.

¹⁸ Дуканов С.С. Вказана праця. – С. 75.

- ¹⁹ Там само. – С. 74.
²⁰ Там само. – С. 74–76.
²¹ *Габов А.В.* Вказана праця. – С. 106.
²² *Слоневская А.Ю.* Ликвидация коммерческих организаций: дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Слоневская Анна Юрьевна. – СПб., 2004. – 173 с. – С. 125.
²³ *Шевченко Н.І.* Правове регулювання припинення господарських товариств шляхом реорганізації: автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.04 / Шевченко Наталя Ігорівна. – К., 2012. – 239 с.
²⁴ *Повар П.О.* Вказана праця. – С. 89.
²⁵ Там само. – С. 22.
²⁶ Там само. – С. 89.
²⁷ Суб'єкти цивільного права / за заг. ред. академіка АПрН України Я.М. Шевченко. – Х.: Харків юридичний, 2009, 632 с. – С. 230.
²⁸ *Габов А.В.* Вказана праця. – С. 98.
²⁹ Там само. – С. 99–100.
³⁰ Про банки і банківську діяльність: Закон України // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 5. – Ст. 30.
³¹ *Повар П.О.* Вказана праця. – С. 96; *Габов А.В.* Вказана праця. – С. 101.
³² *Повар П.О.* Вказана праця. – С. 97.
³³ *Габов А.В.* Вказана праця. – С. 101–102.
³⁴ *Повар П.О.* Вказана праця. – С. 96–97.
³⁵ Там само. – С. 95.
³⁶ *Дуканов С.С.* Вказана праця. – С. 73–75.
³⁷ *Габов А.В.* Вказана праця. – С. 101.
³⁸ Там само. – С. 103.
³⁹ Там само. – С. 104.

Резюме

Хоменко В.О. Правові наслідки прийняття рішення про припинення господарського товариства.

Стаття присвячена дослідженню правових наслідків прийняття рішення про припинення господарського товариства. Окрема увага автора приділена визначенню обсягу цивільної правосуб'єктності юридичної особи у випадку прийняття рішення компетентним органом про її припинення (можливість укладення юридичною особою правочинів, можливість виступати засновником (учасником) інших юридичних осіб, можливість бути позивачем/відповідачем у суді у випадку прийняття рішення компетентним органом про припинення такої юридичної особи). Незважаючи на те, що факт обмежень прав або функцій ліквідатора (ліквідаційної комісії) не викликає сумнівів, питання правової природи таких обмежень має дискусійний характер у юридичній науці (при цьому практична необхідність їх визначення полягає, зокрема, у мінімізації ризику комерційної діяльності, яка здійснюється юридичною особою (в особі ліквідаційної комісії)). Автором звертається увага на можливості юридичної особи, щодо якої прийняте рішення про припинення, вчиняти правочини, відкривати філії та представництва, отримувати дозволи на провадження окремих видів господарської діяльності тощо.

Ключові слова: господарське товариство, ліквідація, реорганізація, правонаступництво, ліквідатор, ліквідаційна комісія.

Резюме

Хоменко В.А. Правовые последствия принятия решения о прекращении хозяйственного общества.

Статья посвящена исследованию правовых последствий принятия решения о прекращении хозяйственного общества. Отдельное внимание автора уделено определению объема гражданской правосубъектности юридического лица в случае принятия решения компетентным органом о его прекращении (возможность заключения юридическим лицом сделок, возможность выступать учредителем (участником) других юридических лиц, возможность быть истцом/ответчиком в суде в случае принятия решения компетентным органом о прекращении такого юридического лица). Несмотря на то, что факт ограничений прав или функций ликвидатора (ликвидационной комиссии) не вызывает сомнений, вопросы правовой природы таких ограничений имеет дискуссионный характер в юридической науке (при этом практическая необходимость их определения состоит, в частности, в минимизации риска коммерческой деятельности, осуществляемой юридическим лицом (в лице ликвидационной комиссии)). Автор обращает внимание на возможность юридического лица, относительно которого принято решение о его прекращении, заключать сделки, открывать филии и представительства, получать разрешения на осуществление отдельных видов хозяйственной деятельности и т.д.

Ключевые слова: хозяйственное общество, ликвидация, реорганизация, правопреемство, ликвидатор, ликвидационная комиссия.

Summary

Khomenko. V. Legal implications of decision making on termination of the legal entity.

The article is devoted to the study of the legal consequences of the decision to terminate the economic company. The author's attention is paid to determination legal capacity scope of a legal entity in case of a competent authority on its termination (the ability of a legal entity to join legal relations, the ability to act as a participant of other legal entities, the ability to be a plaintiff / respondent in court etc). Despite the fact that restrictions on the rights or functions of a liquidator (liquidation commission) are not in doubt, the legal nature of such restrictions is of a disputed nature in legal doctrine (in this case, the practical need for their determination consists, in particular, of minimizing the risk of legal entity (in the person of the liquidation commission)). The author draws attention to the possibility of the legal entity in relation to which it was decided to terminate it, to join transactions, to open fi (AI) and representation offices (RO), to obtain permission to carry out certain types of economic activity, etc.

Key words: legal entity, liquidation, reorganization, succession, liquidator, liquidation commission.

УДК 347.77

Г.П. КОВЕРЗНЄВА, М.С. КОВЕРЗНЄВ

Ганна Павлівна Коверзнєва, кандидат юридичних наук, доцент, завідувач кафедри Київського університету права НАН України

Максим Сергійович Коверзнєв, адвокат

ПРАВОВЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ТРАНСЛЯЦІЇ В ЕФІРІ РОЛІКІВ З YOUTUBE

13 грудня 2012 р. стало важливою датою розбудовою новітнього продукту інтелектуальної власності в Україні – український офіс Google повідомив про офіційний запуск Youtube в Україні. З цього часу зросла активність українських користувачів хостингу як в ролі глядачів, так і в ролі блогерів. Навіть на сьогодні, на нашу думку, питання захисту прав авторів, що викладають інформацію у вільний доступ на Youtube, є недостатньо ефективним та мають великі прогалини. Так, необхідно зазначити, що відповідно до американського законодавства користувачі мають право використати ліцензійний контент без дозволу та будь-якої ліцензії в тих випадках, коли створений ролик сприяє «прогресу науки і корисних мистецтв».

Чому потрібно створювати широке правове коло зазначених відносин? Щонайменше через комерціалізацію чи трансфер високих технологій (науки) для України. Про які потенційні суми йдеться? Наприклад, один із найпопулярніших каналів на Youtube – за кількістю користувачів (а їх понад 42 млн) – належить шведському гравцю й відеоблогеру PewDiePie, прибуток якого становить близько 12 млн доларів на рік. Завдяки правильному розміщенню інформації він отримує замовлення на рекламу, про яку він повідомляє під час запису гри.

Однією з найбільш вагомих переваг у сфері комерціалізації технологій є значний невикористаний потенціал.

Ми переконані, що належний захист інтелектуальної власності є передумовою успішного розвитку ринкової економіки та з огляду на світовий характер даної мережі – створення додаткових сталих фінансових сфер.

Метою статті є загальна характеристика правового забезпечення трансляцій в ефірі роликів з Youtube.

Дослідження та публікації вітчизняних фахівців у сфері інформаційного права, зокрема, О. Баранова, В. Брижка, В. Горобцова, М. Іншина свідчать про значний внесок у дослідження правового регулювання організації діяльності засобів масової інформації, в тому числі і мережі Інтернет. Проте більш глибокого дослідження потребує питання правового регулювання захисту авторських прав на аудіовізуальні твори та поширення інформації засобами масової інформації в мережі Інтернет.

Інтернет створює можливості для розвитку міжнародної концепції «Всесвітнього інформаційного суспільства», проте у зв'язку з цим, враховуючи специфіку відносин, пов'язаних з поширенням інформації за допомогою мережі Інтернет, слід враховувати наступне:

- мережа Інтернет не має власника, оскільки вона є сукупністю мереж, що мають різну географічну приналежність;
- мережу Інтернет не можна виключити цілком, оскільки маршрутизатори мереж не мають єдиного зовнішнього управління;
- мережа Інтернет стала надбанням усього людства;
- мережа Інтернет має багато як корисних, так і шкідливих властивостей, що використовуються заінтересованими особами;
- мережа Інтернет передусім – засіб відкритого зберігання та розповсюдження інформації, у результаті чого в останні роки з'явилися терміни «e-democracy» та «Internet democracy»¹ (електронна демократія та демократія в мережі Інтернет);
- мережа Інтернет може зв'язати кожен комп'ютер з будь-яким іншим, підключеним до мережі Інтернет, так само, як і телефонна мережа. Якщо телефон має автовідповідач, він здатний поширювати інформацію,

записану в ньому, будь-кому, хто зателефонує за даним номером. Сайти в мережі Інтернет поширюють інформацію за таким же принципом, тобто індивідуально, з ініціативи користувача;

– поширення інформації в Інтернеті має таку саму природу, як і чутки в соціальному середовищі. Якщо до інформації є великий інтерес, вона швидко поширюється широкому колу осіб, немає інтересу – немає розповсюдження.

Кліпи та/або відеоролики в розумінні законодавства України про авторське право вважаються аудіовізуальними творами. У свою чергу, відповідно до п. 7 ч. 1 ст. 8 Закону України «Про авторське право і суміжні права» (далі – «Закон»), аудіовізуальні твори є об'єктами авторського права².

До виключного права автора твору належить право забороняти та дозволяти використання твору, у тому числі шляхом публічного сповіщення (передачі в ефір).

За загальним правилом, використання творів допускається будь-якою особою виключно на підставі авторського договору, за винятком деяких випадків.

Так, Законом без згоди автора (чи іншої особи, яка має авторське право), але з обов'язковим зазначенням імені автора і джерела запозичення допускається публічне сповіщення публічно сповіщених творів з поточних економічних, політичних, релігійних та соціальних питань, коли право на таке відтворення прямо не заборонено автором.

Відповідно до норм чинного законодавства під ім'ям автора розуміється сукупність слів чи знаків, що ідентифікують автора:

- 1) прізвище та ім'я автора;
- 2) прізвище, ім'я та по батькові автора;
- 3) ініціали автора;
- 4) псевдонім автора;
- 5) прийнятій автором знак (сукупність знаків) тощо.

Враховуючи викладене, для виконання вимоги про зазначення імені автора достатньо буде зазначити сукупність слів чи знаків, визначену автором.

Під джерелом запозичення в рамках Youtube слід розуміти певний канал, із якого запозичається аудіовізуальний твір.

Таким чином, використання роликів із каналів Youtube, щодо яких не міститься прямої заборони на таке використання, дозволяється (за умови, що їх опубліковано автором) з обов'язковим зазначенням імені автора відео та джерела такого запозичення.

Водночас варто мати на увазі, що особи можуть (неправомірно) розміщати на своїх каналах відео, авторські права на які їм не належать. У разі розміщення такого твору в ефірі телеканал може бути визнано порушником нарівні з особою, яка розмістила зазначений матеріал у мережі.

З метою уникнення подібних ситуацій необхідно переконатись, що права на відеоматеріали, які плануються запозичити з Youtube та показати в ефірі, належать саме особі, яка розмістила це відео. Задля цього дуже бажано отримати підтвердження від власника каналу про належність йому майнових прав на відео (що він є автором) та його дозвіл на використання належного йому твору в ефірі телеканалу. Зазначене підтвердження необхідно обов'язково зафіксувати в переписці та зробити копію (прінт-скрін).

Необхідно враховувати, що результати інтелектуальної, творчої діяльності, які охороняються системою права інтелектуальної власності, мають інформаційно-правову природу (ліцензійний договір чи договір про передання прав), тобто є складовими договірних зобов'язань³.

Також варто зазначити, що з огляду на достатньо новий вид правопорушень існують питання процесуального та матеріального характеру, серед яких, наприклад, пошук порушника або фіксація факту порушення і підготовки доказової бази⁴.

Таким чином, наводимо наступні умови щодо вільного використання відео з Youtube:

- розміщення матеріалу з обов'язковим зазначенням його автора та джерела запозичення;
- відео повинно бути запозичено з офіційної (верифікованої) сторінки її автора в Youtube;
- відсутня пряма заборона автора на використання матеріалу;
- автору належать права на розміщення матеріалу;
- наявність дозволу автора (зафіксований за допомогою прінт-скрін або іншим подібним шляхом) на розміщення в ефірі матеріалу (не обов'язково, проте бажано).

Можна констатувати, що правомочність Інтернет доступу сьогодні не здатна забезпечити захист прав на об'єкти авторського права, в тому числі і на ролики в Youtube, розміщені в глобальній мережі.

Отже, завдання стосовно вирішення проблем, пов'язаних із захистом прав автора в мережі Інтернет та Youtube зокрема, групуються за такими головними напрямками:

- 1) вдосконалення законодавчо-правової бази з питань захисту прав інтелектуальної власності із впровадженням у життя країни результатів аналізу законодавчої бази економічно розвинених держав стосовно сфери;
- 2) інформаційний розвиток суспільства на принципах непорушності прав інтелектуальної власності, прищеплення правової культури з питань захисту об'єктів інтелектуальної власності;
- 3) впровадження механізмів стимулювання творчої активності членів суспільства, інноваційної діяльності підприємств та закладів і застосування їх результатів відповідно до інтересів держави;
- 4) Інтернет розвиток суспільних відносин – це як «хвиля для серфінгіста» – або ви її підкорюєте, або жодної користі не отримаєте;

5) складання єдиних баз даних об'єктів права інтелектуальної власності та створення умов для вільного користування ними.

Вважаємо необхідним зазначити, що з метою забезпечення ефективного правового регулювання відповідного кола суспільних відносин має йтися про комплексний підхід у визначенні засад державної політики в цій сфері з подальшою підготовкою єдиного законопроекту. До цієї роботи обов'язково слід залучити також Міністерство транспорту та зв'язку, Національну комісію з питань регулювання зв'язку, Державний комітет інформатизації та Державний комітет телебачення та радіомовлення.

¹ Бошицький Ю.Л. Право інтелектуальної власності: навч. посіб. / Ю.Л. Бошицький ; Київський університет права. – К. : Логос, 2007. – 488 с.

² Про авторські та суміжні права : Закон України // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 13. – Ст. 64.

³ Засади цивільно-правового регулювання інформаційних зобов'язань: проблеми практики та теорії / А. Кодинець // Юридичний журнал «Право України» : IT право: концепції, реалії та перспективи. – 2018. – № 1. – С. 72–81

⁴ Використання об'єктів інтелектуальної власності в рекламі : навч. посіб. / Т.І. Биркович, І.С. Бондар, Р.Б. Шишка, І.М. Сопілко та ін. – К. : Вид-во «Ліра-К», 2016. – 520 с.

⁵ Internet democasy : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://en.wikipedia.org/wiki/Internet_democracy

Резюме

Коверзисва Г.П., Коверзисв М.С. Правове забезпечення трансляції в ефірі роликів з Youtube.

Дана стаття відображає правові засади трансляції в ефірі роликів з Youtube, виокремлює специфіку розміщення та захисту авторського права, а також розкриває специфіку вільного використання відео в мережі Інтернет.

Ключові слова: Youtube мережа Інтернет, вільне використання творів, авторські права.

Резюме

Коверзнева Г.П., Коверзнев М.С. Правовое обеспечение трансляций в эфире роликов с Youtube.

Данная статья отражает правовые основы трансляции в эфире роликов с Youtube, выделяет специфику размещения и защиты авторского права, а также раскрывает специфику свободного использования видео в сети Интернет.

Ключевые слова: Youtube сеть Интернет, свободное использование произведений, авторские права.

Summary

Koverznieva H., Koverzniev M. Legal Broadcasting on Youtube Videos.

The article describes the legal bases of broadcasting on Youtube videos, highlights the specifics of the placement and protection of copyright, and also reveals the specifics of the free use of video on the Internet.

Key words: Youtube Internet, free use of works, copyrights.

УДК 347.77

Р.В. БУДКА

Руслан Володимирович Будка, аспірант Київського університету права НАН України

ОКРЕМІ АСПЕКТИ ЗАПРОВАДЖЕННЯ СУДУ З ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ В УКРАЇНІ ТА ЗАРУБІЖНИЙ ДОСВІД

Запровадження судів з питань інтелектуальної власності вирішується у національних правопорядках по-різному. Насамперед на це впливає наявність традиції щодо зовнішньої чи внутрішньої спеціалізації у національній судовій системі. Важливим чинником, який впливає на створення таких судів, є стан захисту об'єктів інтелектуальної власності та загальна статистика щодо вирішення спорів у сфері інтелектуальної власності. Також на судову спеціалізацію впливають особливості системи поділу влади в країні. Залежно від цих чинників і вирішується питання про створення спеціалізованих судів з питань інтелектуальної власності.

У цій статті буде наведено аналіз щодо суспільної необхідності у запровадженні в Україні Вищого суду з питань інтелектуальної власності як спеціалізованої установи з урахуванням зарубіжного досвіду функціонування таких установ.

Запровадження суду з питань інтелектуальної власності передбачено Законом України «Про судоустрій і статус суддів»¹. Як буде проаналізовано нижче, запровадження такого суду здійснилося на конкретизацію конституційного принципу спеціалізації у системі судоустрою України (ч. 1 ст. 125 Конституції України²).

Доволі часто такі суди отримують назву патентних судів, однак за цих умов їхня юрисдикція є вузькою, оскільки сферою їх захисту є об'єкти, права на яких посвідчуються патентом.

У світовій практиці існують різноманітні моделі функціонування спеціалізованих судів у сфері інтелектуальної власності: 1) у вигляді окремих автономних судів, які розглядають спори виключно у сфері інтелектуальної власності (Великобританія, Німеччина, Туреччина, Таїланд); у складі судів загальної юрисдикції діють спеціалізовані відділення з розгляду справ про інтелектуальну власність або судді зі спеціальною підготовкою (Австралія, Австрія, Китай); функціонують апеляційні суди, що мають виключну юрисдикцію, але розглядають й інші спори (Франція, Індія, США та ін.); наявність спеціальних відділів у нижчих і вищих судах, що розглядають господарські спори (Іспанія, Швейцарія); наявність спеціальних трибуналів, що слухають ці справи (Корея, Нова Зеландія, Сінгапур)³.

Більшість країн-учасниць TRIPS (Угоди про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності) заснували в себе спеціалізовані суди. Є певна диференціація щодо їх назв: патентний суд або суд з питань інтелектуальної власності. При цьому справедливо зазначають, що останнє поняття ширше і вирішує коло питань на ті об'єкти інтелектуальної власності, на які не видаються патенти, зокрема, питання авторського і суміжного права⁴.

Для з'ясування ступеня аргументованості запровадження суду з інтелектуальної власності необхідно звернутися до аналізу деяких конституційних принципів, що стосуються судочинства. Зокрема, принцип поділу влади ґрунтується на диференціації владних функцій. Це необхідно для обмеження влади з метою припинення і попередження зловживання повноваженнями та порушень прав людини. У цій системі судовій владі відведено вирішальну роль, оскільки саме на судах лежить місія визначення стандартів діяльності органів публічної влади у разі правової невизначеності – прогалин, колізій чи суперечностей у законодавстві. Саме незалежний суд визначає, в яких обсягах і межах забезпечувати захист об'єктів інтелектуальної власності.

Законодавець володіє певною свободою конституційного розсуду при запровадженні спеціалізованих судів. Однак для цього має бути певна нагальна потреба у розгляді специфічної категорії спорів, якими можуть виступати податкові спори чи спори, пов'язані із соціальним забезпеченням, або вирішенням питань щодо охорони інтелектуальної власності. У даному випадку законодавець може обрати принаймні одну із трьох моделей спеціалізації: 1) заснувати суди *ad hoc*; 2) відокремлені спеціалізовані суди; 3) спеціалізації всередині загальних судів, а точніше запровадження спеціалізації щодо розгляду особливої категорії справ, зокрема з питань інтелектуальної власності.

На нашу думку, основні аргументи у запровадженні спеціалізації з питань інтелектуальної власності всередині загальних судів є виправданим з міркувань: 1) специфічного предмета та суб'єктного складу цієї категорії справ у приватноправовій сфері; 2) саме запровадження такої спеціалізації сприятиме кращому розгляду зазначеної категорії справ; 3) диференціація також враховує специфічний склад учасників правовідносин, в яких значну роль відіграють фахівці з технічною освітою, що необхідно для визначення рівня новизни при встановленні необхідності щодо захисту винаходів, корисних моделей та інших об'єктів інтелектуальної власності.

Незалежність статусу Вищого суду з питань інтелектуальної власності гарантується конкурсним відбором на посаду суддів відповідно до вимог Закону про судоустрій і статус суддів. Це є цілком прийнятна практика правового регулювання статусу спеціалізованого суду, хоча є певні вади щодо юридичної визначеності кваліфікаційних вимог на посади цих суддів.

Суддею може бути особа, котра відповідає вимогам до кандидатів на посаду судді, за результатами кваліфікаційного оцінювання підтвердила здатність здійснювати правосуддя у Вищому суді з питань інтелектуальної власності, а також відповідає одній із таких вимог: 1) має стаж роботи на посаді судді не менше ніж три роки; 2) має досвід професійної діяльності представника у справах інтелектуальної власності (патентного повіреного) щонайменше п'ять років; 3) має досвід професійної діяльності адвоката щодо здійснення представництва в суді у справах щодо захисту прав інтелектуальної власності щонайменше п'ять років; 4) має сукупний стаж (досвід) роботи (професійної діяльності) відповідно до вимог, визначених пп. 1–3, щонайменше п'ять років (ст. 33 Закону України «Про судоустрій і статус суддів»). Вважаємо недоліком кваліфікаційних вимог щодо суддів з питань інтелектуальної власності те, що до них встановлюються вимоги щодо наявності технічної освіти, оскільки це є важливим для встановлення патентоспроможності та інших якостей об'єкта захисту права інтелектуальної власності.

У літературі також наголошується на проблематичності того, що не визначено вид судочинства, в порядку якого розглядатимуться справи й відповідно процесуальні норми, якими буде керуватися Вищий суд з питань інтелектуальної власності (ЦПК України, ГПК України чи окремий процесуальний закон) у процесі своєї діяльності⁵. Водночас порівняльно-правовий аналіз свідчить, що попри наявність, зокрема комерційних судів у Чехії чи в Німеччині, немає потреби у спеціальному кодексі на кшталт Господарського процесуального кодексу України, оскільки такі спори у цих країнах розглядаються за правилами цивільного судочинства. У цих країнах лише запроваджується спеціалізація судів, як це є, зокрема, в Німеччині, в якій діє Федеральний патентний суд, що у своїй діяльності саме і керується правилами цивільного судочинства.

На реалізацію положень Конституції та Закону про судоустрій і статус суддів Президент України П. Порошенко 29 вересня 2017 р. підписав Указ № 299/2017, згідно з яким було створено Вищий суд з питань інтелектуальної власності. Указ набрав чинності з дня його опублікування – тобто з 29 вересня 2017 року.

У свою чергу, 30 вересня 2017 р. Вища кваліфікаційна комісія суддів України оголосила конкурс на зайняття у Вищому суді з питань інтелектуальної власності (ВСПІВ) 21 вакантної посади та затвердила Умови проведення конкурсу на зайняття вакантних посад суддів.

Згідно із положеннями ч. 2 ст. 20 Господарського процесуального кодексу України⁶ Вищий суд з питань інтелектуальної власності розглядає такі категорії справ у порядку господарського судочинства, а саме:

1) справи у спорах щодо прав на винахід, корисну модель, промисловий зразок, торговельну марку (знак для товарів і послуг), комерційне найменування та інших прав інтелектуальної власності, в тому числі щодо права попереднього користування;

2) справи у спорах щодо реєстрації, обліку прав інтелектуальної власності, визнання недійсними, продовження дії, дострокового припинення патентів, свідоцтв, інших актів, що посвідчують або на підставі яких виникають такі права, або які порушують такі права чи пов'язані з ними законні інтереси;

3) справи про визнання торговельної марки добре відомою;

4) справи у спорах щодо прав автора та суміжних прав, в тому числі спорах щодо колективного управління майновими правами автора та суміжними правами;

5) справи у спорах щодо укладання, зміни, розірвання і виконання договору щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності, комерційної концесії;

6) справи у спорах, які виникають із відносин, пов'язаних із захистом від недобросовісної конкуренції, щодо: неправомірного використання позначень або товару іншого виробника; копіювання зовнішнього вигляду виробу; збирання, розголошення та використання комерційної таємниці; оскарження рішень Антимонопольного комітету України із визначених цим пунктом питань.

Запровадження в Україні Вищого суду з питань інтелектуальної власності слід розглядати у контексті загальносвітової тенденції до поглиблення судової спеціалізації. На підставі цього виділено окремі категорії справи, пов'язані із правом інтелектуальної власності. На відміну від багатьох країн, де існують комерційні суди, в Україні розгляд цієї категорії справ здійснюватиметься у порядку господарського судочинства. Оскільки більшість справ, пов'язаних із охороною прав інтелектуальної власності, отримують охорону у патентному відомстві, то й місцезнаходження Вищого суду з питань інтелектуальної власності у місті Києві є цілком виправданим. Напевно, із плином часу виникне потреба щодо корегування підходів щодо формування персонального складу Вищого суду з питань інтелектуальної власності, оскільки недостатньо для належного розгляду цієї категорії справ лише висококваліфікованих юристів. Ці вимоги слід підсилити, встановивши вимоги щодо наявності відповідної технічної та мистецької освіти для суддів з метою забезпечення якісного правосуддя з питань інтелектуальної власності.

¹ Про судоустрій і статус суддів: Закон України № 1402-VIII від 02.06.2016 р. // Вісник Верховної Ради України. – 2016. – № 31. – Ст. 545.

² Конституція України від 28.06.1996 р. (у редакції від 02.06.2016 р.).

³ Бочарова Н. Специализированные суды по вопросам интеллектуальной собственности: аргументы pro и contra в современных международных дискуссиях / Н. Бочарова // Теория и практика интеллектуальной собственности. – 2007. – № 6. – С. 19–34. – С. 30.

⁴ Беззуб І. Спеціалізований суд із розгляду справ у сфері інтелектуальної власності: зарубіжний досвід та українські перспективи / І. Беззуб // Центр досліджень соціальних комунікацій НБУВ : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.nbuviap.gov.ua/index.php?option=com_content&view=article&id=3181:spetsializovaniy-sud-iz-rozglyadu-sprav-u-sferi-intelektualnoji-vlasnosti&catid=8&Itemid=350; Коваль І. Щодо правового статусу Вищого суду з питань інтелектуальної власності / І. Коваль // Теория і практика інтелектуальної власності. – 2016. – № 5. – С. 39–44.

⁵ Про створення Вищого суду з питань інтелектуальної власності : Указ Президента України від 29 вересня 2017 р. // Урядовий кур'єр. – 2017. – № 186.

⁶ Господарський процесуальний кодекс України (у редакції від 03.10.2017 р.) // Вісник Верховної Ради України. – 2017. – № 48. – Ст. 436.

Резюме

Будка Р.В. Окремі аспекти запровадження суду з інтелектуальної власності в Україні та зарубіжний досвід.

У статті на основі компаративного аналізу розкрито природу Вищого суду з питань інтелектуальної власності та його найважливіші функції із захисту інтелектуальної власності.

Ключові слова: захист інтелектуальної власності, незалежність суду, спеціалізований суд, патентний суд, судова влада.

Резюме

Будка Р.В. Отдельные аспекты учреждения суда по интеллектуальной собственности в Украине и зарубежный опыт.

В статье на основе компаративного анализа раскрыта природа Высшего суда по вопросам интеллектуальной собственности и его важнейшие функции по защите интеллектуальной собственности.

Ключевые слова: защита интеллектуальной собственности, независимость суда, специализированный суд, патентный суд, судебная власть.

Summary

Budka R. Some Aspects Implementation of Court on Intellectual Property in Ukraine and Foreign Experience.

Based on comparative analysis in the article the nature of the Supreme Court on Intellectual Property and its most important functions in protecting intellectual property is revealed.

Key words: intellectual property protection, judiciary, independence of judiciary, patent court, specialized court.

УДК 347.77

Ю.Ю. ВІШАР

Юлія Юрїєна Вішар, аспірант Київського університету права НАН України

МІЖНАРОДНО-ПРАВОВІ АКТИ У СФЕРІ ПРАВОВОЇ ОХОРОНИ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ НА ЛІКАРСЬКІ ЗАСОБИ

Реформаторські завдання для системи охорони здоров'я України та державної політики у фармацевтичній галузі й мета вітчизняного законодавства у сфері виробництва, експорту, продажу, розподілу, дистрибуції та умов застосування лікарських засобів певною мірою є віддзеркаленням загальносвітової практики охорони інтелектуальної власності у фармацевтиці.

Вочевидь, право власності на інтелектуальні продукти, пов'язані з розробкою, виробництвом і використанням лікарських засобів, встановило лідерство серед інших об'єктів інтелектуальної власності, з урахуванням переваг вільної торгівлі, яка є одним із стратегічних напрямів розвитку України для набуття статусу держави із ринковою економікою.

Вже існуюча система правового контролю й захисту інтелектуального продукту у фармацевтиці в Україні, що складається з Конституції України (документ № 254к/96-ВР, 28.06.1996)¹, Цивільного кодексу України (документ № 435-IV, 16.01.2003)², Закону України (№ 123/96-ВР, 04.04.1996) «Про лікарські засоби»³, Закону України «Основи законодавства України про охорону здоров'я» (№ 2801-ХІІ, 19.11.1992)⁴, підзаконних нормативних актів, прийнятих органами виконавчої державної влади (Міністерством охорони здоров'я України), імплементації міжнародно-правових актів, має низку недоліків, що спричиняє спірні питання при впровадженні та використанні об'єктів інтелектуальної власності й потребує ретельного вивчення і науково-практичних досліджень.

Вступу України 16 травня 2008 р. до Світової організації торгівлі (далі – СОТ) на підставі Угоди «Про заснування Світової організації торгівлі» (м. Марракеш, Монако) за № 981-052⁵, із набуттям чинності з 1 січня 1995 р., базуючись на Заключному акті, що втілює результати Уругвайського раунду багатосторонніх торговельних переговорів за № 981-002⁶, відповідно до Протоколу «Про вступ України до Світової організації торгівлі» № 981-049, 5 лютого 2008 р. (м. Женева, Швейцарія)⁷, із затвердженням Законом України «Про ратифікацію Протоколу про вступ України до Світової організації торгівлі» № 250-VI, 10 квітня 2008 р.⁸, передувало підписання Україною Угоди TRIPS (Trade – Related Aspectsof Intellectual Property Rights) від 15 квітня 1994 р.⁹ із встановленням необхідних стандартів у сфері прав інтелектуальної власності, що вважалося процедурним в якості одного із 29 міжнародних договорів, які підписуються кожною країною при вступі до СОТ. Зумовлені однаковим підходом до об'єктів, що можуть одержати охорону, як винаходи, обсягу виключних прав, що надаються, а також вимог до охорони «нерозголошуваних» даних, що стосуються фармацевтичної продукції, з 1 січня 1995 р. встановлені мінімальні норми охорони права інтелектуальної власності, які повинні відображатися у національному законодавстві, що є обов'язковим для всіх членів СОТ.

Безперечно, Протокол про внесення змін до Угоди TRIPS, учинений 6 грудня 2005 р. у м. Женеві (Швейцарія), чинний з 23 січня 2017 р.¹⁰, прийнятий Законом України «Про прийняття Протоколу про внесення змін до Угоди ТРІПС» № 981 – VIII від 3 лютого 2016 р.¹¹, який набрав чинності для України 23 січня 2017 р. відповідно до п. 3 ст. X та ст. XII Марракеської Угоди про заснування Світової організації торгівлі¹², показник виваженого підходу до з'ясування необхідності правового врегулювання провідної галузі країни.

Зміни шляхом включення ст. 31bis після ст. 31, відповідно до Додатку до Протоколу про внесення змін до Угоди TRIPS і Додатку до Угоди TRIPS після ст. 73¹³ надають визначення фармацевтичного продукту, як запатентованого продукту, або продукту, виготовленого із використанням запатентованого процесу, у фармацевтичному секторі – необхідного для вирішення проблем охорони здоров'я. У зв'язку із встановленими правилами співробітництва, затверджені поняття прав, зобов'язань та гнучких механізмів, які надаються членам, узгоджено, що вбачається використання примусового ліцензування, як регулятора правовідносин членів – імпортерів та членів – експортерів із виплатою співрозмірної компенсації без впливу на територіальний характер захисту відповідного патентного права.

Двозначний підхід імплементування в Україні користується найбільшою підтримкою з боку правовласників, де запровадження додаткових застережень, прямо не передбачених угодою, створює лібералізацію несанкціонованого застосування патентів тощо, що призведе до зловживань та порушень права інтелектуальної власності. Тоді як в інших країнах світу урядом запроваджується помірний рівень охорони права власності з усіх, передбачених угодою, спрямований на підвищення рівня економічної доступності лікарських засобів, поліпшення умов генеричної конкуренції.

Вважається, що обмін технологіями та нарощуванням потенціалом, підтримка у виробничих потужностях для виробництва відповідного продукту у фармацевтичному секторі, що передбачає здійснення Радою TRIPS¹⁴ щорічного огляду функціонування порядку з метою забезпечення ефективного застосування і звітування перед Генеральною радою, утримає межу між приватними інтересами правовласників та правом українського споживача на отримання доступної за ціною фармацевтичної продукції.

Необхідно зазначити, що нормами чинного законодавства України, зокрема ст. 55 «Права і свободи громадянина захищаються судом» розділу II «Права: свободи та обов'язки людини і громадянина» Конституції України (документ за № 254к/96-ВР, 30.09.2016)¹⁵, ст. 20 «Захист прав суб'єктів господарювання та споживачів» глави II «Основні напрями та форми участі держави і місцевого самоврядування у сфері господарювання» Господарського кодексу України (документ за № 436-IV, 16.01.2003)¹⁶, ст. 16 «Захист цивільних прав та інтересів» глави 3 «Захист цивільних прав та інтересів» Цивільного кодексу України (документ за № 435-IV, 16.01.2003)¹⁷, ст. 35 «Способи захисту прав» розділу VII «Захист прав» Закону України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» (№ 3687-XII, 15.12.1993)¹⁸ та ст. 21 «Спори, що розв'язуються у судовому порядку» розділу VI «Захист прав» Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» (№ 3689-XII, 15.12.1993)¹⁹, передбачено дієвий механізм захисту прав власників патентів на винаходи та торговельні знаки, який здійснюється уповноваженими державними органами у встановленому законом порядку.

Статтями 177 та 229 Кримінального кодексу України (документ за № 2341 – III, 05.04.2001)²⁰ передбачена кримінальна відповідальність за використання чужого винаходу та товарного знаку. Відповідно до розділу V «Права та обов'язки, що впливають з патенту» ст. 28 «Права, що впливають з патенту» п. 1, 2 Закону України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» (№ 3687-XII, 15.12.1993)²¹, патент надає його власнику виключне право забороняти іншим особам використовувати винахід (корисну модель) без його дозволу, за винятком випадків, коли таке використання не визнається, згідно з цим Законом, порушенням прав, що надаються патентом.

Аналогічні норми містить ст. 16 «Права, що впливають із свідоцтва» розділу IV «Прав та обов'язки, що впливають із свідоцтва» Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» (№ 3689-XII, 15.12.1993)²², в якій використанням знака визнається застосування знака на товарах і наданні послуг, для яких його зареєстровано, із виключними правами власника, що впливають із свідоцтва, а також переданими договором про передачу, ліцензійним договором, правами, із попереджувальним маркуванням і використанням знаку поряд із виробником товарів, або особою, що надає послуги, а також замість їх знака, на основі договору. Згідно ж з абз. 8 п. 2 ст. 28 «Права, що впливають з патенту» розділу V «Права та обов'язки, що впливають з патенту» Закону України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» (№ 3687-XII, 15.12.1993)²³, продукт визнається виготовленим із застосуванням запатентованого винаходу, якщо при цьому використано кожен знак, включений до незалежного пункту формули винаходу, або знак, еквівалентну їй.

Отже, вибірковий аналіз вітчизняної нормативно-правової бази інтелектуальної власності в області фармації свідчить про те, що правова охорона та захист вимагають адекватного підходу, заснованого на спеціальних знаннях в галузі хімії, фармакології та медицини. За розробкою, виробництвом і реалізацією фармацевтичного інтелектуального продукту здійснюється правовий контроль низкою державних установ, структур та інститутів, результатом чого повинно бути створення діючого правового механізму в інтересах країни з високим рівнем доходів та економікою, заснованою на інтелектуальних цінностях.

До того ж, імплементована в Україні Угода TRIPS в змозі привнести зміни, наприклад, у п. 4 ст. 6 «Умови надання правової охорони» розділу II «Правова охорона винаходів (корисних моделей)» представленого вище Закону України від 15 грудня 1993 р. № 3687-XII «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі»²⁴, де строк патентного захисту на лікарській засіб становить 20 років із продовженням на строк до п'яти років, що довше, ніж встановлені TRIPS і законодавством ЄС строки охорони патенту. Також чинне українське законодавство не містить положень виключення зі сфери патентування діагностичних, терапевтичних та хірургічних методів лікування людини, вказане у п. 3 ст. 27 «Патентоспроможні об'єкти» Розділу 5 «Патенти» Угоди TRIPS²⁵. Не опрацьована в українському законодавстві й проблема «вічнозелених» патентів, де правовласник подовжує строк патентного захисту за рахунок заміни старих препаратів реєстрацією їх в якості корисної моделі, з єдиним критерієм патентоспроможності – новизною. При цьому TRIPS не містить такої категорії, як нове застосування, підтверджуючи правову сутність патентоспроможності.

Насамперед корисним є досвід світової фармацевтичної практики, де при наявності діючих патентних прав на оригінальний препарат третій особі дозволяється проводити дослідження, випробування даного препарату для отримання дозволу від регуляторних органів для генеричної копії цього оригінального препарату навіть до закінчення строку дії патенту на цей оригінальний препарат. Даний досвід відомий під назвою «дослідницьке виключення», запровадження якого в Україні заохотить очікування генеричних виробників із можливістю розпочати виробництво одразу після закінчення строку дії патенту, знизити обіг фальсифікованої фармацевтичної продукції та ціноутворення й знизити дефіцит необхідних ліків.

Міжнародно-правові акти Європейського Союзу постійно перебувають у правовій еволюційній трансформації щодо запобігання конфлікту інтересів та правової колізії, що не суперечить законодавству, відображенням якого варто назвати Директиву 1998/44/ ЄС від 6 липня 1998 р., де питання захисту прав інтелектуальної власності на лікарські засоби, частково порушені у параграфах 17, 18, 19, 20, 35, 36, 38, 40–43, 45, ст. 5, п. 1, 3, ст. 6 глави I «Патентоспроможність»²⁶; і суттєво відрізняється підхід до вирішення проблематики у Директиві 2001/83/ЄС²⁷. Звичайно, варто відмітити адаптацію практичного застосування інтелектуальної власності у фармації в Україні через Директиву 2001/83/ЄС Європейського Парламенту та Ради Європи «Про звіт законів Співтовариства стосовно лікарських препаратів для людини» від 6 листопада 2001 р., із змінами, внесеними двома Директивами Комісії ЄС, двома постановами Європейського Парламенту і Ради ЄС та вісьмома Директивами Європейського Парламенту і Ради ЄС, остання з яких – від 25 жовтня 2012 року.

Серед низки впроваджень Міністерства охорони здоров'я України (далі – МОЗ України) набирає обертів система eHealth²⁸, що дає змогу вести повний облік обороту лікарських засобів, а також реімбурсація, де результатами урядової програми «Доступні ліки», яка почала діяти з 1 квітня 2017 р.²⁹, базуючись на постанові Кабінету Міністрів України (далі – КМУ) «Про забезпечення доступності лікарських засобів» (№ 152, 17.03.2017)³⁰, за наказом МОЗ України № 1446 від 3 серпня 2018 р. «Про внесення змін до Реєстру лікарських засобів, вартість яких підлягає відшкодуванню станом на 23 липня 2018 року»³¹ – є отримання пацієнтами ліків від серцево-судинних захворювань, діабету II типу та бронхіальної астми на суму понад 1 млрд грн, із зниженням цін, збільшенням споживання препаратів, вартість яких відшкодовується, а також збільшенням аптек, що беруть участь у програмі.

10 вересня 2018 р. відбулося обговорення Проекту Закону «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення правової охорони винаходів та корисних моделей» № 7538 від 1 лютого 2018 р. на засіданні Верховної Ради³², який дозволить знизити ціни на лікарські засоби на 20–25 %, а також містить низку пропозицій, як-то: встановлення 0 % ПДВ на ліки, демонополізація аптек із ймовірною націоналізацією, законодавче обмеження оптових та роздрібних цін на ліки, розширення програми «Доступні ліки» із збільшенням її фінансування з 1 млрд грн до 5 млрд грн, скасування додаткового п'ятирічного патентного захисту на ліки тощо.

У грудні 2017 р. прийнято нову редакцію Національного переліку основних лікарських засобів, затвердженого Наказом МОЗ України «Про затвердження Положення про Національний перелік основних лікарських засобів та Положення про експертний комітет з відбору та використання основних лікарських засобів» № 84 від 11.02.2016, чинний з 01.03.2016, з метою запровадження мульти-критеріального аналізу та розширення підходів до оцінки медичних технологій із подальшим створенням відповідного агенства³³. 28 серпня 2018 р. на сайті МОЗ України оприлюднено демократичний проект змін до Номенклатури лікарських засобів та медичних виробів, що закуповуються за напрямом використання бюджетних коштів у 2018 р. із доповненням напрямку «Централізована закупівля імунобіологічних препаратів для проведення імунопрофілактики населення та виробів для забезпечення умов температурного контролю імунобіологічних препаратів та медичних виробів», виходячи із Наказу МОЗ України за № 629 від 06.04.2018 року³⁴.

Слід зазначити, що діяльність Міністерства економічного розвитку і торгівлі України (далі – МЕРТ) – із закупівлею ліків на внутрішньому ринку через систему ProZorro при онлайн-моніторингу порталу DoZorro з 1 листопада 2016 р.³⁵, де 27 січня 2018 р. набув чинності Закон України «Про внесення змін до Закону України «Про публічні закупівлі» та деяких інших законів України щодо здійснення моніторингу закупівель» (№ 2265 – VIII, 21.12.2017)³⁶, веде до зменшення можливостей для «патентного троллінгу», для зовнішнього ринку та, відповідно, чинного законодавства. При цьому 2018 р. – останній для закупівель через міжнародні спеціалізовані організації, тому створена централізована організація закупівель, не протестована належним чином, підтверджує доцільність продовження таких закупівель, яка доведена європейською практикою.

Звичайно, необхідно вказати на вжиті правові заходи Державною службою України з лікарських засобів та контролю за наркотиками у зв'язку із завершенням мораторію на перевірки суб'єктів господарювання, наказом Держлікслужби від 6 грудня 2017 р. № 1138 «Про внесення змін до наказу Держлікслужби від 29.11.2017 № 1113», яка затвердила Річний план здійснення перевірок у 2018 р. на предмет дотримання вимог Ліцензійних умов з виробництва, оптової, роздрібною торгівлі, імпорту лікарських засобів (крім активних фармацевтичних інгредієнтів) та вимог законодавства щодо їх якості³⁷.

Одним із ключових регуляторних змін є введення в дію з 1 березня 2018 р. окремих положень Ліцензійних умов провадження господарської діяльності з виробництва лікарських засобів, оптової та роздрібною торгівлі лікарськими засобами, імпорту лікарських засобів (крім активних фармацевтичних інгредієнтів), затверджених постановою КМУ від 30 листопада 2016 р. № 929, що стосуються імпорту лікарських засобів в Україну³⁸. Зокрема, зміни стосуються побудови системи контролю якості і укладення відповідних договорів між імпортером та виробником, де на сьогодні багато імпортерів не готові до впровадження нових положень.

Слід зазначити лояльність прийняття вітчизняних правових рішень, яка відобразилася у щорічному процесі відбору лабораторій для уповноваження на проведення лабораторних випробувань ліків, що подаються на державну реєстрацію, який проводить Державне підприємство «Державний експертний центр Міністерства охорони здоров'я України» (далі – ДЕЦ), де за наказом ДЕЦ від 10 лютого 2016 р. за № 23, в якості критеріїв відбору лабораторії називають: компетентність у проведенні контролю якості ліків; компе-

тентність шляхом участі у професійному тестуванні міжлабораторних порівняльних випробувань; відповідність стандартам, до яких атестована лабораторія (ДСТУ ISO/EC 17025 – 2001, ISO 9001 тощо)³⁹; галузь атестації із відсутністю реклаमाцій; юридична незалежність від заявників, при наявності компетентного персоналу, приміщень, обладнання та витратних матеріалів у необхідному для проведення досліджень обсязі – забезпечення об'єктивності досліджень, передбачених Законом України «Про запобігання корупції» (№ 1700-VII, 14.10.2014)⁴⁰.

Зауважимо, що саме такий релевантний підхід на початку державної реєстрації запобігає фальсифікації лікарських засобів та виключенню корупційної схеми при можливій зміні лабораторії, з одного боку, що дає змогу щорічний відбір, який, з другого боку, породжує здорову конкуренцію. То ж, безумовно, й Закон України «Про внесення зміни до статті 9 Закону України «Про лікарські засоби» щодо доступу до результатів доклінічного вивчення та клінічних випробувань лікарських засобів» за № 4074 від 4 вересня 2018 р.⁴¹, лобіюваний два роки, який дозволить на офіційному веб-сайті вільний доступ до всіх результатів доклінічного вивчення та клінічних випробувань лікарських засобів, забезпечить формування державної політики у сфері охорони здоров'я та підтвердить наміри поступової імплементації міжнародно-правових актів у вітчизняне законодавство.

Однак низка нормативно-правових моделей охорони прав інтелектуальної власності, які успішно опрацьовані у певній кількості країн, висвітлюють слабкі сторони вітчизняного законодавства, де своєчасно потрібно вжити негайних заходів, адже правова новація повинна прижитися, можливо, трансформуватися, щоб запобігти відторгненню, у кращому випадку, чи спричинити переведення закону в можливість офіційного порушення. Так, принципи вичерпання прав інтелектуальної власності із національною, регіональною та міжнародною концепцією, що означає спроможність патентовласника обстоювати і захистити свої права та відслідковувати використання свого інтелектуального продукту, як на внутрішньому, так і на зовнішньому ринку, у будь-якій країні світу, при практичному застосуванні в Україні – правові механізми відкривають шлях до легалізації паралельного (сірого) імпорту.

Зрозуміло, що Україна, перебуваючи в режимі постійних змін життєво важливих сфер розвитку, логічно спрямована на орієнтир світового досвіду прикладу успішного імплементації різноманітних рішень, розробки нових стратегій у фармацевтичній галузі. На Всесвітньому конгресі фармації і фармацевтичних наук Міжнародної фармацевтичної федерації (International Pharmaceutical Federation – FIP)⁴², який проходив у м. Глазго, Велика Британія, у 78-й раз з 2 по 6 вересня 2018 р. під слоганом «Pharmacy: transforming the outcomes» із 3104 делегатами 108 країн світу, порушено питання просування фармацевтичної допомоги (індивідуальна терапія), партнерства в області охорони здоров'я (дослідницькі та освітні методи), уповноваженого з питань охорони здоров'я (кадри із компетентних фармацевтичних практиків), орієнтації на особливі інтереси (в різних областях фармації).

Участь української делегації на рівні представників громадської організації, фармвиробника, ЗМІ, освіти, хоча і підкреслює належність Україні до світового співтовариства, офіційно прийнятої країни у родину FIP на Конгресі у м. Дюссельдорф у 2015 р.⁴³, а й ставить щодо цього багато питань до українського уряду. На думку автора, на заходах світового рівня мають бути присутні представники виконавчої влади країни для переосмислення трансформування обмеженості в нормативних актах щодо створення лікарських засобів із введенням у господарський обіг на засадах міжнародних стандартів.

Виходячи з цього, варто розглянути зумовлене особливим об'єктом, науково-практичне дослідження інтелектуальної власності в області фармації, що визначено законодавством України та міжнародними договорами. Для проведення дослідження зазначених питань науковим підґрунтям послужила низка праць вітчизняних та зарубіжних вчених. І. Кириченко, Г. Андрощук, Н. Артамонова, Н. Жданова в своїх роботах довели, що основними об'єктами винаходів і корисних моделей у фармації є біологічно активні сполуки (далі – БАС)⁴⁴, фармацевтичні композиції, способи отримання БАС і фармацевтичних композицій, способи лікування, нове застосування відомих лікарських засобів. Із найширшим обсягом охорони, які неможливо обійти, вказано на господарську незалежність патентів на БАС.

Вдало представлений вченими Г. Андрощуком і В. Мунтіяном зв'язок захисту інтелектуальної власності та рівня економічної безпеки підприємств фармацевтичної галузі⁴⁵. Доведена важливість дослідження таких об'єктів інтелектуальної власності, як торговельна марка та промисловий знак, зазначена відомим фахівцем з правової охорони фармацевтичної продукції Р. Торнлі, де закінчення терміну дії патенту на препарати відкриває шлях до ринкової реалізації генеричних лікарських засобів (далі – ЛЗ), без використання торговельної марки і промислового зразка оригінала, що призводить до нерівнозначної конкуренції з оригінальним ЛЗ, який вже має стійку репутацію серед лікарів та пацієнтів, підтверджує актуальність питань правового регулювання механізмів функціонування фармацевтики. До того ж, у роботах В. Чумака і В. Юдіна визначено перспективи розвитку фармакології в сфері економіки та ринку галузі. Питання регуляторної політики у фармацевтичній галузі, правова вразливість суб'єктів інтелектуальної власності на лікарські засоби досліджені у роботах Є. Грекова, Р. Майданника, О. Кашинцевої та інших, де спрацював правовий фільтр суспільної користі економічних аспектів учасників фармацевтичного ринку⁴⁶.

Зумовлені метою імплементації, у ст. 219 «Патенти та охорона здоров'я» та ст. 220 «Додатковий охоронний сертифікат» підрозділу 5 «Патенти» частини другої «Стандарти, що стосуються прав інтелектуальної власності» Угоди «Про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським Співтовариством з атомної енергії і їхніми державами – членами, з іншої сторони», підписаної

27 червня 2014 р.⁴⁷, Сторони визнають важливість Дохійської декларації (м. Доха, Катар) стосовно Угоди TRIPS, яка «не забороняє і не повинна забороняти те, щоб члени Угоди вживали заходи для захисту охорони здоров'я та, особливо, для сприяння забезпечення загального доступу до ліків», прийнятої 14 листопада 2001 р.⁴⁸, при сприянні впровадження і дотриманні Рішення Генеральної ради СОТ від 30 серпня 2003 р.⁴⁹ до п. 6 Декларації, та призначення рослинної продукції для захисту здоров'я, яка охороняється патентами і підлягає адміністративній процедурі надання дозволу перед випуском на ринок із врахуванням проміжку часу між поданням заявки на патент та одержанням першого дозволу на випуск лікарського продукту. Зазначено також, про забезпечення сторонами періоду охорони патенту лікарського засобу або продукту для захисту рослин, скороченого на п'ять років, та, у випадку здійснення педіатричних досліджень із відображенням інформації стосовно продукту, додаткового шестимісячного продовження періоду захисту охорони патенту на лікарський засіб, – адаптоване національне українське патентне законодавство отримує значні переваги для визначення пріоритетної номенклатури специфічного інтелектуального продукту, знижуючи ризики втрати ексклюзивності та фальсифікації.

Попри те, що розробки інтелектуального продукту у фармацевтичній галузі є ризикованими та дуже вартісними, дана галузь найбільш прибуткова, що спричинило перерозподіл пріоритетів приватних над публічними та практично трансформувало комерціалізацію до категорії цільового призначення, зводячи нанівець поняття первинного покликання фармації. На низькому рівні знаходиться винахідницька діяльність в Україні, яка потребує правового захисту й стимулювання з боку держави. Вочевидь, важливість вищезазначених існуючих проблем визначається відсутністю дзеркальної системи відповідальності та компетентного експертування, що призводить до інтелектуальної колізії та викликає необхідність проведення комплексного дослідження стосовно рушійності механізмів охорони, захисту, контролю інтелектуальних продуктів фармації, пов'язаних із їх розробкою, виробництвом та використанням.

Таким чином, у стрімкому розвитку джерел інформації важливо вчасно використати можливості інформаційного простору, наприклад, для захисту прав, як патентоутримувача, так і для захисту прав на життя і здоров'я споживача – впровадження захисних QR-кодів на упаковці ліків. По-перше, під час придбання лікарського засобу та медичного виробу, обладнання споживач не може перевірити, чи легалізований цей продукт в Україні, враховуючи сертифікацію за класом безпеки, по-друге, кодування вимагає наявності загального реєстру, в якому міститься повна номенклатурна інформація, включаючи результати доклінічних випробувань тощо.

На жаль, дана пропозиція опрацьовується з 2013 р., коли спроба впровадження в Україні системи кодування була невдалою, що, ймовірно, спричинило ретельну підготовку фармвиробників та аптек у країнах ЄС належним чином, до реалізації цієї норми з лютого 2019 року. Український досвід став корисним для країн ЄС. Можливо, тому завдання ввести в товарообіг лікарські засоби із QR-маркуванням з 2020 р. – обов'язковість, яка в Україні стане рушійною силою даного нововведення.

Зрозуміло, що саме своєчасне доречне втілення інновацій для удосконалення системи подвійного контролю якості й цінності створеного лікарського засобу, починаючи з історії доклінічного вивчення та клінічних випробувань, є підтвердженням захисту прав інтелектуальної власності на лікарські засоби та конституційних прав громадянина країни з боку держави.

¹ Конституція України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР (редакція від 30.09.2016) // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254k/96-вр>

² Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. № 435-IV (редакція від 02.08.2018) // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – №№ 40–44. – Ст. 356 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15>

³ Про лікарські засоби : Закон України № 123/96-ВР від 4 квітня 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 22. – Ст. 86 (редакція від 31.08.2018) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/123/96-вр>

⁴ Основи законодавства України про охорону здоров'я : Закон України № 2801-ХІІ від 19 листопада 1992 р. (редакція від 10.06.2018) // Відомості Верховної Ради України. – 1993. – № 4. – Ст. 19 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2801-12>

⁵ Про заснування Світової Організації Торгівлі (СОТ) : угода № 981-052 від 1 січня 1995 р. (ратифікація від 10.05.2008) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_342

⁶ Заключний акт, втілюючий результати Уругвайського раунду багатосторонніх торгівельних переговорів № 981-002 від 15 квітня 1994 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/981_002

⁷ Протокол про вступ України до Світової організації торгівлі № 981-49 від 5 лютого 2008 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/981_049

⁸ Про ратифікацію Протоколу про вступ України до Світової організації торгівлі : Закон України № 250-VI від 10 квітня 2008 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2008. – № 23. – Ст. 213 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/250-17>

⁹ Про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності : угода від 15 квітня 1994 р. (редакція від 06.12.2005) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/981_018

¹⁰ Про внесення змін до Угоди TRIPS : протокол № 981-054 від 6 грудня 2005 р. (прийнятий Україною 03.02.2016, чинний з 23.01.2017) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/981_054

¹¹ Про прийняття Протоколу про внесення змін до Угоди ТРІПС : Закон України № 981-VIII від 3 лютого 2016 р. (чинний з 12.03.2016) // Відомості Верховної Ради України. – 2016. – № 12. – Ст. 133.: [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/T160981.html

¹² Про заснування Світової Організації Торгівлі (СОТ) : Марракеська угода № 981-052 від 1 січня 1995 р. (ратифікована 10.05.2008). – Ст. X (3), XII : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_342

¹³ Про внесення змін до Угоди TRIPS: протокол № 981-054 від 6 грудня 2005 р. (редакція від 03.02.2016). – Ст. 31, 31bis, 73 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/981_054

¹⁴ Про прийняття Протоколу про внесення змін до Угоди ТРІПС : Закон України № 981-VIII від 3 лютого 2016 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2016. – № 12. – Ст. 13.: [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://www.apteka.ua/article/365520> ; Протокол «Про внесення змін до Угоди TRIPS» № 981-054, 06.12.2005 (редакція від 03.02.2016). – Ст. 31, 31bis, 73.

¹⁵ Конституція України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР (редакція від 30.09.2016) // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр>

¹⁶ Господарський кодекс України № 436-IV від 16 січня 2003 р. (редакція від 17.06.2018) // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 18, № 19–20, № 21–22. – Ст. 144 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15>

¹⁷ Цивільний кодекс України № 435-IV від 16 січня 2003 р. (редакція від 02.08.2018) // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – №№ 40–44. – Ст. 356 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15>

¹⁸ Про охорону прав на винаходи і корисні моделі: Закон України № 3687-XII від 15 грудня 1993 р. (редакція від 05.12.2012) // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 7. – Ст. 32. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/ru/3687-12>

¹⁹ Про охорону прав на знаки для товарів і послуг: Закон України № 3689-XII від 15 грудня 1993 р. (редакція від 20.02.2002) // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 7. – Ст. 36 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3689-12/ed20020220?lang=ru>

²⁰ Кримінальний кодекс України 2341-III від 5 квітня 2001 р. (редакція від 28.08.2018) // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 25–26. – Ст. 131 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14>

²¹ Про охорону прав на винаходи і корисні моделі : Закон України № 3687-XII від 15 грудня 1993 р. (редакція від 05.12.2012) // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 7. – Ст. 32 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/ru/3687-12>

²² Про охорону прав на знаки для товарів і послуг: Закон України № 3689-XII від 15 грудня 1993 р. (редакція від 20.02.2002) // Відомості Верховної Ради України. – 1993. – № 7. – Ст. 36 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3689-12/ed20020220?lang=ru>

²³ Про охорону прав на винаходи і корисні моделі : Закон України № 3687-XII від 15 грудня 1993 р. (редакція від 05.12.2012) // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 7. – Ст. 32 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/ru/3687-12>

²⁴ Про охорону прав на винаходи і корисні моделі : Закон України № 3687-XII від 15 грудня 1993 р. (редакція від 05.12.2012) // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 7. – Ст. 32 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/ru/3687-12>

²⁵ Про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності : угода від 15 квітня 1994 р. (редакція від 06.12.2005). – Ст. 27. – п. 3 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/981_018

²⁶ Directive 98/44/EC of the European Parliament and of the council on the legal protection of biotechnological inventions / Document № 31998L0044, 06.07.1998 / Paragraph 17-20, 35, 36, 40-43; Article 5(1,3), Article 6 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A31998L0044>

²⁷ Про звід законів Співтовариства стосовно лікарських препаратів для людини : Директива 2001/83/ЄС Європейського Парламенту та Ради Європи від 6 листопада 2001 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.google.com/search?client=safari&rls=en&=&Директива+ЄС+2001/83&ie=UTF-8&oe=UTF-8>

²⁸ Куницька К. Онлайн-медицина : що таке «eHealth», і чи спростить вона життя лікарям та пацієнтам / К. Куницька : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://hromadske.ua/posts/onlain-medytyna-shcho-take-ehealth>

²⁹ Урядова програма «Доступні ліки» (01.04.2017) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://www.kmu.gov.ua/ua/news/249846501>

³⁰ Про забезпечення доступності лікарських засобів : постанова КМУ № 152 від 17 березня 2017 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://www.kmu.gov.ua/ua/nras/249827185>

³¹ Про внесення змін до Реєстру лікарських засобів, вартість яких підлягає відшкодуванню станом на 23 липня 2018 року : наказ МОЗ України № 1446 від 3 серпня 2018 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://moz.gov.ua/article/ministry-mandates/nakaz-moz-ukraini-vid-03082018-1446-pro-vnesennja-zmin-do-reestru-likarskih-zasobiv-vartist-jakih-pidljagae-vidshkoduvannju-stanom-na-23-lipnja-2018-roku>

³² Проект Закону «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення правової охорони винаходів та корисних моделей» № 7538 від 1 лютого 2018 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=63398

³³ Про затвердження Положення про Національний перелік основних лікарських засобів та Положення про експертний комітет з відбору та використання основних лікарських засобів: Наказ МОЗ України № 84 від 11.02.2016/01.03.2016 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://www.apteka.ua/article/362317>

³⁴ Про затвердження номенклатури лікарських засобів та медичних виробів, що закуповуватимуться за напрямками використання бюджетних коштів у 2018 році за бюджетною програмою КПКВК 2301400 «Забезпечення медичних заходів окремих державних програм та комплексних заходів програмного характеру» : наказ МОЗ України № 629 від 6 квітня 2018 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://www.apteka.ua/article/456439>

³⁵ Стартував проект моніторингу публічних закупівель DoZorro / Прес-служба Мінекономрозвитку : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://me.gov.ua/News/Detail?lang=uk-UA&id=0ad264d5-761a-4c0a-b340-96447256601c&title=StartuvavProektMonitoringuPublichnikhzakupiveldozorro> (дата звернення 01.11.2016). – Назва з екрана.

³⁶ Про внесення змін до Закону України «Про публічні закупівлі» та деяких інших законів України щодо здійснення моніторингу закупівель : Закон України № 2265-VIII від 21 грудня 2017 р. (редакція від 21.12.2017) // Відомості Верховної Ради України. – 2018. – № 6–7. – Ст. 45 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2265-19>

³⁷ Про внесення змін до наказу Держлікслужби від 29.11.2017 № 1113: наказ Держлікслужби № 1138 від 6 грудня 2017 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://region.diklz.gov.ua/control/chg/uk/publish/article/1137339;jsessionid=C86B956EA8EA8FC80B65E037E9C15900>

³⁸ Про затвердження Ліцензійних умов провадження господарської діяльності з виробництва лікарських засобів, оптової та роздрібною торгівлі лікарськими засобами, імпорту лікарських засобів (крім активних фармацевтичних інгредієнтів) : постанова КМУ № 929 від 30 листопада 2016 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/929-2016-p>

³⁹ ДЕЦ оголошує про початок відбору лабораторій, уповноважених на проведення лабораторних випробувань ліків: [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://www.apteka.ua/article/437520> (дата звернення 08.12.2017). – Назва з екрана.

⁴⁰ Про запобігання корупції : Закон України № 1700-VII від 14 жовтня 2014 р. (редакція 31.08.2018) // Відомості Верховної Ради України. – 2014. – № 49. – Ст. 2056 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1700-18>

⁴¹ Парламент прийняв закон щодо відкриття доступу до результатів клінічних досліджень ліків : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://www.apteka.ua/article/469598>

⁴² Бондарчук И. Наши в Шотландии: что обсуждает мировая фармацевтическая общественность / И. Бондарчук // Еже-недельник «Аптека». – 2018. – № 35 (1156) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://www.apteka.ua/article/470308>

⁴³ Снегірьов П. Україна – у світовій фармацевтичній сім'ї / П. Снегірьов. ГО «Всеукраїнська фармацевтична палата» – член ФІР // Щотижневик «Аптека». – 2015. – № 38 (1009) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://www.apteka.ua/article/345865>

⁴⁴ Пантелєєва А.В. Захист інтелектуальної власності фармацевтичної галузі: аспекти економічної безпеки / А.В. Пантелєєва // Вчені записки Університету «КРОК». – 2013. – Вип. 33 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?

⁴⁵ Ревак І.О. Інтелектуальний потенціал у системі економічної безпеки України : дис. ... д.е.н. / І.О. Ревак. – Л., 2016 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.lnu.edu.ua/wp-content/uploads/2016/12/dis_revak.pdf

⁴⁶ Демченко І.С. Вплив Угоди про асоціацію на подальший розвиток медичного права / І.С. Демченко // Право і громадянське суспільство. – 2014. – № 1(6) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://lcslaw.knu.ua/index.php/arkhiv-nomeriv/1-6-2014/item/162-vplyv-uhody-pro-asotsiatsiiu-na-podalshyi-rozvytok-medychnoho-prava-v-ukraini-demchenko-i-s>

⁴⁷ Про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами – членами, з іншої сторони : угода № 1678-VII від 27 червня 2014 р. – Ст. 219, 220 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/tu/984_011

⁴⁸ Аналіз регуляторного впливу проекту постанови КМУ «Про затвердження Порядку надання КМУ дозволу на використання запатентованого винаходу, що стосується лікарського засобу» : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://old.moz.gov.ua/ua/print/Pro_20130226_1.html

⁴⁹ Домбровська О.М. Особливості функціонування ради з торговельних аспектів прав інтелектуальної власності й секретаріату СОТ у сфері захисту соціальних та економічних прав людини / О.М. Домбровська // Порівняльно-аналітичне право. – 2014. – № 2 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.pap.in.ua/2_2014/101.pdf

Резюме

Вишар Ю.Ю. Міжнародно-правові акти у сфері правової охорони інтелектуальної власності на лікарські засоби.

У статті стисло проаналізовано гармонізацію законодавства України крізь призму міжнародно-правових актів, а саме: Угоду TRIPS (Угода про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності), Директиву 2001/83/ЄС, Угоду «Про асоціацію між Україною та Європейським Союзом й державами – членами ЄС» та правову аргументацію фрагментів світового досвіду у сфері правової охорони інтелектуальної власності на лікарські засоби.

Ключові слова: інтелектуальна власність, лікарські засоби, міжнародно-правові акти, українське законодавство, імплементація.

Резюме

Вишар Ю.Ю. Международно-правовые акты в сфере правовой охраны интеллектуальной собственности на лечебные средства.

В статье кратко проанализирована гармонизация законодательства Украины через призму международно-правовых актов, а именно: Соглашение TRIPS (Соглашение по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности), Директиву 2001/83 / ЕС, Соглашение «Об ассоциации между Украиной и Европейским Союзом и государствами – членами ЕС» и правовую аргументацию фрагментов мирового опыта в сфере правовой охраны интеллектуальной собственности на лекарственные средства.

Ключевые слова: интеллектуальная собственность, лекарственные средства, международно-правовые акты, украинское законодательство, имплементация.

Summary

Vishar I. International legal acts in the field of legal protection of intellectual property rights for medicinal products.

The article briefly analyzes the harmonization of Ukrainian legislation through the prism of international legal acts, namely: TRIPS (Agreement on Trade Aspects of Intellectual Property Rights), Directive 2001/83 / EC, “Association Agreement between Ukraine and the European Union and the EU member states”, and legal argumentation of fragments of world experience in the field of legal protection of intellectual property rights for medicinal products.

Key words: intellectual property, medicines, international legal acts, Ukrainian legislation, implementation.

Г.В. ТКАЧУК

Геннадій Віталійович Ткачук, аспірант Донецького національного університету імені Василя Стуса

ЩОДО ВІДШКОДУВАННЯ ЗБИТКІВ ЗА ПОРУШЕННЯ ПРАВ НА ТОРГОВЕЛЬНІ МАРКИ

Формування національної інноваційної економіки зумовлює необхідність посилення правової охорони об'єктів інтелектуальної власності, зокрема торговельних марок. Відповідно до Угоди про асоціацію між Україною та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами¹ Україна має забезпечити подальші додаткові заходи, процедури та засоби захисту, необхідні для дотримання охорони прав інтелектуальної власності, які мають бути добросовісними і справедливими, ефективними, співрозмірними і стримуючими та застосовуватись таким чином, щоб уникнути створення перешкод законній торгівлі та забезпечити їх захист від зловживань.

Ефективність охорони прав на торговельні марки залежить насамперед від дієвості заходів юридичної відповідальності за порушення цих прав. Як свідчить судова практика, за останні п'ять років господарськими судами розглянуто близько трьох тисяч судових справ, пов'язаних із порушенням прав на торговельні марки². Наведені цифри свідчать про поширеність фактів правопорушень у цій сфері, що зумовлює важливість застосування заходів відповідальності, які виконують превентивну і компенсаційну функцію. Оскільки використання торговельних марок здійснюється суб'єктами господарської діяльності, то основним видом юридичної відповідальності за порушення прав на торговельні марки виступає господарсько-правова відповідальність.

Загальні засади застосування господарсько-правової відповідальності визначені нормами Господарського кодексу України (далі – ГК України). Натомість у спеціальних нормах законодавства про торговельні марки не конкретизовані особливості застосування заходів господарсько-правової відповідальності за позадоговірні порушення прав на торговельні марки, насамперед відшкодування збитків. Зважаючи на специфіку відносин, які складають стосовно використання торговельних марок, на практиці часто виникають складнощі щодо визначення підстав відшкодування збитків, доведення і обчислення їх розміру, що знижує в цілому ефективність захисту прав суб'єктів господарювання на ці об'єкти інтелектуальної власності.

У науковій літературі досліджено різні аспекти правової охорони торговельних марок. Цим питання присвячені праці Ю.Л. Бошицького, І.Ф. Коваль, А.О. Кодинця, Н.М. Мироненко, П.Ф. Немеша, О.А. Рассомахіної та інших вчених. Проте спеціальні дослідження особливостей відшкодування збитків, заподіяних порушенням прав суб'єктів господарювання на торговельні марки, не проводились.

З огляду на зазначене **метою статті** є уточнення особливостей відшкодування збитків за порушення прав суб'єктів господарювання на торговельні марки задля удосконалення законодавчих положень з цих питань.

Узагальнення сучасних наукових підходів до визначення поняття і сутності господарсько-правової відповідальності дає підстави стверджувати, що застосування такої відповідальності спрямовано на відновлення майнового стану суб'єкта, щодо якого вчинено правопорушення (компенсаційна функція), а також здійснення попереджувального впливу на потенційних правопорушників. У досліджуваній сфері ці функції можуть бути досягнуті шляхом відшкодування збитків, що заподіяні неправомірним використанням торговельних марок. Застосування цієї санкції, з одного боку, забезпечує і підтримує правопорядок у сфері індивідуалізації учасників ринку і їх продукції, а з іншого, – є важливою гарантією захисту приватних інтересів правовласників торговельних марок.

Відповідно до п. 3 постанови Пленуму Вищого господарського суду України від 17 жовтня 2012 р. № 12 «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності», відповідальність за порушення права інтелектуальної власності у вигляді відшкодування шкоди може настати лише за одночасної наявності таких умов: 1) факту протиправної поведінки відповідача (зокрема, недодержання умов авторського, ліцензійного договорів, використання об'єкта права інтелектуальної власності без дозволу правовласника); 2) шкоди, завданої суб'єктові права інтелектуальної власності; 3) причинно-наслідкового зв'язку між протиправною поведінкою особи та завданою шкодою; 4) вини особи, яка заподіяла шкоду. Доказування наявності перших трьох умов покладається на позивача. При цьому застосовується презумпція вини особи, яка завдала шкоду³.

Протиправність поведінки визначається шляхом встановлення ознак правопорушення, передбачених правовою нормою, в діянні порушника. ЦК України не визначає поняття порушення прав на торговельні марки, обмежуючись загальним положенням щодо всіх об'єктів інтелектуальної власності: «Порушення права інтелектуальної власності, в тому числі невизнання цього права чи посягання на нього, тягне за собою

відповідальність, встановлену цим Кодексом, іншим законом чи договором» (ст. 431)⁴. У спеціальному законі порушення прав власника свідоцтва сформульовано так: «Будь-яке посягання на права власника свідоцтва, передбачені статтею 16 цього Закону, в тому числі вчинення без згоди власника свідоцтва дій, що потребують його згоди, та готування до вчинення таких дій» (ст. 20 Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг»)⁵. Наведене визначення порушення вимагає істотного удосконалення. По-перше, в ньому слід виключити прив'язку до ст. 16 цього Закону, оскільки перелік майнових прав на торговельні марки передбачений не тільки цією статтею, а й ст. 495 УК України і ст. 157 ГК України. По-друге, не доцільно застосовувати фразу «права власника свідоцтва», оскільки відповідно до ч. 3 ст. 494 ЦК України набуття права інтелектуальної власності на торговельну марку, яка має міжнародну реєстрацію або визнана в установленому законом порядку добре відомою, не вимагає засвідчення свідоцтвом, тобто не завжди потерпілий правовласник є власником свідоцтва. По-третє, в спеціальному законі не закріплено переліку неправомірних дій, які вважаються порушенням, та окремо дій щодо готування до їх вчинення. Відсутність такого переліку ускладнює визначення порушень на практиці і, відповідно, формулювання способу захисту. Так, в одному із судових рішень зазначено: «Товариство просить суд припинити порушення його прав на торговельну марку, не визначаючи при цьому спосіб захисту порушеного права ... позивачем не визначено чітко, яке саме порушення прав він вимагає припинити; не вказано у прохальній частині позову, особу, яка порушує його права, та не визначено спосіб використання торговельної марки, який слід припинити»⁶.

Отже, в кожному випадку порушення прав вимагається формулювання конкретної протиправної дії, яка виступає підставою захисту. Тому в законі важливо закріпити види дій, які вважаються протиправними. В основу такого переліку слід покласти положення ч. 5 ст. 16 Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг», в яких конкретизовано дії, які може забороняти власник свідоцтва: використання зареєстрованого знаку стосовно наведених у свідоцтві товарів і послуг; використання зареєстрованого знаку стосовно товарів і послуг, споріднених з наведеними у свідоцтві, якщо внаслідок такого використання можна ввести в оману щодо особи, яка виробляє товари чи надає послуги; використання позначення, яке схоже із зареєстрованим знаком, стосовно наведених у свідоцтві товарів і послуг, якщо внаслідок такого використання ці позначення і знак можна сплутати; використання позначення, яке схоже із зареєстрованим знаком, стосовно товарів і послуг, споріднених з наведеними у свідоцтві, якщо внаслідок такого використання можна ввести в оману щодо особи, яка виробляє товари чи надає послуги, або ці позначення і знак можна сплутати.

Отже, види порушення прав на торговельні марки можуть бути конкретизовані залежно від таких критеріїв: 1) за способом неправомірного використання торговельної марки – нанесення торговельної марки на товар, упаковку, застосування у рекламі тощо; 2) за об'єктом – використання тотожного позначення або такого, що можна сплутати із охоронюваною торговельною маркою; 3) за класом товарів і послуг – використання торговельної марки щодо товарів і послуг, наведених у свідоцтві, або стосовно споріднених товарів і послуг.

У наведеному переліку заборонених дій не відображено неправомірні дії щодо загальновідомих торговельних марок, специфіка правової охорони яких полягає, зокрема, в тому, що ці марки не можна використовувати без згоди правовласника щодо будь-яких товарів і послуг, а не лише для одnorідних і споріднених (ч. 4 ст. 25 Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг»). Так, наприклад, у Законі Республіки Казахстан «О товарных знаках, знаках обслуживания и названий мест происхождения товаров» прямо передбачено, що «нарушением исключительного права на товарный знак ... признается введение без согласия владельца (правообладателя) товарного знака ... или обозначений, сходных с ними до степени смешения, в оборот в отношении однородных товаров или услуг, а в случае общеизвестного товарного знака – в отношении всех товаров и услуг» (ст. 43)⁷.

Наявність шкоди є наступною умовою для застосування відповідальності у формі відшкодування шкоди (збитків). У ГК України наводиться визначення поняття «збитки»: витрати, зроблені управненою стороною; втрата або пошкодження її майна; не одержані доходи, які управнена сторона одержала б у разі належного виконання зобов'язання або додержання правил здійснення господарської діяльності другою стороною (ч. 2 ст. 224)⁸. Склад збитків визначено у ч. 1 ст. 225 ГК України, яка передбачає, що до збитків включаються: вартість втраченого, пошкодженого або знищеного майна, визначена відповідно до вимог законодавства; додаткові витрати (штрафні санкції, сплачені іншим суб'єктам, вартість додаткових робіт, додатково витрачених матеріалів тощо), понесені стороною, яка зазнала збитків внаслідок порушення зобов'язання другою стороною; неодержаний прибуток (втрачена вигода), на який сторона, яка зазнала збитків, мала право розраховувати в разі належного виконання зобов'язання другою стороною; матеріальна компенсація моральної шкоди у випадках, передбачених законом.

ЦК України в ст. 16 застосовує поняття «відшкодування збитків та інші способи відшкодування майнової шкоди». Стаття 22 ЦК України розрізняє два види збитків: 1) втрати, яких особа зазнала у зв'язку зі знищенням або пошкодженням речі, а також витрати, які особа зробила або мусить зробити для відновлення свого порушеного права (реальні збитки); 2) доходи, які особа могла б реально одержати за звичайних обставин, якби її право не було порушене (упущена вигода).

Характеристика реальних збитків у наведених нормах ЦК України і ГК України свідчить, що вони більшою мірою можуть бути завдані посяганнями на речові права, об'єктом яких виступає річ (це, зокрема, знищення, пошкодження речі тощо). У разі ж порушення прав на об'єкти інтелектуальної власності реальні збитки обмежені лише витратами правовласника, спрямованими на відновлення порушеного права, наприклад, витрати на проведення додаткової реклами, зміну торговельної марки і т.д.

Основна частина збитків при порушенні прав на торговельні марки є втраченою (упущеною) вигодою. Формулювання втраченої вигоди в ст. 225 ГК України із застосуванням поняття «виконання зобов'язання» вказує, що вона стягується у зобов'язальних (договірних) відносинах. Натомість ст. 22 ЦК України не обмежує право на відшкодування упущеної вигоди видом правовідносин, позначає її як доходи, які особа могла б реально одержати за звичайних обставин, якби її право не було порушене.

Як свідчить практика, правовласники часто стикаються з проблемами доведення і обчислення доходів, які є упущеною вигодою. При цьому ч. 3 ст. 22 ЦК України закріплює: «Якщо особа, що порушила право, отримала у зв'язку з цим доходи, то розмір упущеної вигоди, який повинен відшкодуватися особі, право якої порушене, не може бути менше доходів, отриманих особою, що порушила право».

Порівняння зазначеного положення з визначенням втраченої вигоди в ч. 2 ст. 22 ЦК України свідчить, що Кодекс передбачає два різні підходи до обчислення втраченої вигоди: згідно з першим це не отримані доходи потерпілої особи, а з другим – доходи порушника. Зрозуміло, що за розміром це різні доходи, а тому правовласник має право обирати правову норму, якою обґрунтовуватиме конкретний розмір втраченої вигоди за порушенням прав на торговельні марки.

Прикладом невдалої практики відшкодування збитків за неправомірне використання торговельної марки є розрахунок збитків шляхом помноження тиражу журналу «Санта Барбара. Советы и секреты», який виданий порушником, на його вартість (3,05 грн). Суд підкреслив, що позивач не визначив, до якого виду збитків він відносить 2 212 645 грн (реальні збитки чи упущена вигода) та документально не підтвердив жодного елементу настання відповідальності. В апеляційній скарзі в обґрунтування упущеної вигоди позивач вказує, що у 2016 р. готував випуск своєї продукції з використанням знаку. Однак жодних доказів на підтвердження вказаних обставин не надано. Суд зазначив, що відсутність у продажу товарів позивача зі спірним знаком виключає можливість для споживача сплутати товари позивача та відповідача, і як наслідок виключає понесення позивачем збитків⁹. Отже, в даному випадку суд не застосував норму ч. 3 ст. 22 ЦК України.

Для врегулювання досліджуваних питань слід враховувати положення міжнародних актів, актів ЄС у цій сфері. Так, Угода про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності (Угода TRIPS) передбачає приведення національного законодавства у відповідність до стандартів, визначених цією Угодою як умови участі України в СОТ. Положення Угоди визначають правила торгівлі правами інтелектуальної власності і спеціальні процедури, які спрямовані на їх захист. Відповідно до ст. 45 Угоди органи судової влади повинні мати право вимагати від порушника сплати правовласнику збитків у розмірі, достатньому для адекватної компенсації шкоди, якої він зазнав через порушення прав інтелектуальної власності порушником, який свідомо або, маючи достатні підстави для свідомої дії, брав участь у порушенні¹⁰.

Отже, вказана Угода основними принципами відшкодування шкоди називає адекватність компенсації і вину порушника. Вина порушника як умова застосування відповідальності у формі відшкодування збитків (шкоди) передбачена ч. 2 ст. 218 ГК України і ст. ст. 614, 1166 ЦК України. Натомість вимога адекватності компенсації шкоди в законодавстві про інтелектуальну власність не передбачена. Уявляється, що в даному контексті йдеться про компенсаційну функцію відшкодування збитків, яка полягає в тому, що обсяг сплачених збитків має максимально збігатися з їх фактичним обсягом.

Обрахування збитків у сфері інтелектуальної власності має суттєві особливості, зумовлені нематеріальним характером об'єктів інтелектуальної власності, можливістю вільного використання цих об'єктів будь-якою особою. Тому в законодавстві багатьох країн та європейському праві закріплено способи компенсації майнових втрат у сфері інтелектуальної власності з використанням специфічних, властивих лише цій сфері підходів. Так, у Законі Республіки Казахстан «О товарных знаках, знаках обслуживания и названий мест происхождения товаров» передбачено: «Владелец при доказанности факта правонарушения вправе вместо возмещения убытков требовать от нарушителя выплаты компенсации в размере, определяемом судом, исходя из характера нарушения, рыночной стоимости однородных (оригинальных) товаров, на которых товарный знак ... или обозначение, сходное с ними до степени смешения, размещены с согласия владельца» (ч. 6 ст. 44).

У Директиві 2004/48/EG «Про дотримання прав інтелектуальної власності» закріплено, що країни – члени ЄС мають надавати судам право визначати відшкодування шкоди у вигляді паушальної суми – суми винагороди, яку повинен був сплатити порушник, якби він отримав дозвіл на використання відповідного права інтелектуальної власності (ст. 13)¹¹.

В Угоді про асоціацію між Україною та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, в главі 9 «Інтелектуальна власність» міститься ст. 240 «Збитки», в якій передбачено: 1. Сторони гарантують, що коли судові органи встановлюють збитки: а) вони беруть до уваги всі відповідні аспекти, зокрема негативні економічні наслідки, у тому числі втрачені прибутки, які понесла потерпіла сторона, будь-які недобросовісні доходи, одержані порушником і, у відповідних випадках, інші фактори, відмінні від економічних, зокрема моральна шкода, спричинена правовласнику порушником; або б) як альтернативний варіант до підпункту (а) цього пункту, вони можуть у відповідних випадках встановити збитки як паушальну суму на базі таких елементів, як принаймні сума роялті або комісійні платежі, які були б сплачені, якби порушник звернувся із заявою про надання дозволу на використання оспорюваного права інтелектуальної власності.

Отже, в Угоді про асоціацію передбачено два підходи до обчислення збитків: перший – виходячи із втраченого прибутку правовласника, недобросовісних доходів порушника, другий – на основі обчислення умовної винагороди за користування об'єктом інтелектуальної власності.

У цьому контексті слід зауважити, що виходячи з природи та сутності відшкодування збитків відповідно до норм цивільного і господарського законодавства про склад збитків слід чітко розмежовувати два різних способи компенсації втрат потерпілого правовласника торговельної марки: шляхом відшкодування збитків і шляхом сплати компенсації замість відшкодування збитків. Сплата компенсації є умовною сумою, певним еквівалентом майнових втрат правовласника об'єкта інтелектуальної власності, яка визначається з урахуванням різних факторів. Така компенсація передбачена наразі в національному законодавстві для захисту авторських і суміжних прав як альтернатива збитків, тобто ці форми відповідальності в авторському праві чітко розмежовані.

Аналогічний підхід слід впроваджувати і для захисту прав на торговельні марки, а саме – в Законі України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» потрібно закріпити право правовласника вимагати замість відшкодування збитків стягнення компенсації. При цьому у визначенні розміру компенсації необхідно дублювати норми Закону України «Про авторське право і суміжні права», які передбачають виплату компенсації, що визначається судом як паушальна сума на базі таких елементів, як подвоєна, а у разі умисного порушення – як потроєна сума винагороди або комісійні платежі, які були б сплачені, якби порушник звернувся із заявою про надання дозволу на використання оспорюваного авторського права (п. г ч. 2 ст. 52).

Зазначений спосіб визначення компенсації має низку недоліків. По-перше, не зрозуміло, на які дані слід спиратись при визначенні суми винагороди, яка була б сплачена, якби порушник звернувся із заявою про надання дозволу на використання охоронюваного об'єкта, особливо у разі відсутності у правовласника торговельної марки практики укладення подібних договорів раніше. Ця обставина може значно послабити позиції потерпілого суб'єкта в доведенні суми компенсації. По-друге, принцип дво- і трикратного стягнення винагороди, яка була б сплачена порушником у разі отримання дозволу, є каральним (кримінально-правовим) за своєю суттю і не відповідає призначенню цивільно-правової і господарсько-правової відповідальності.

З огляду на зазначене та враховуючи різні обставини порушення прав на торговельні марки, суб'єкту порушеного права доцільно надати право обирати один із наступних способів визначення розміру компенсації: в розмірі встановленого законом діапазону суми від мінімальної до максимальної суми базової величини (наприклад, мінімальної заробітної плати), в розмірі вартості товарів, на яких неправомірно розміщена торговельна марка, в розмірі суми винагороди, яка була б сплачена порушником за правомірне використання торговельної марки.

Таким чином, проведений аналіз свідчить, що законодавче регулювання відшкодування збитків за порушення прав на торговельні марки вимагає удосконалення щодо: 1) визначення загального поняття порушення прав на торговельні марки, видів неправомірних дій, які є порушенням прав на торговельні марки і окремо – які створюють загрозу такого порушення, порушення прав на загальновідомі торговельні марки; 2) закріплення права правовласника вимагати замість відшкодування збитків стягнення компенсації з можливістю вибору порядку визначення її розміру з трьох варіантів.

¹ Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони // Офіційний вісник України. – 2014. – № 75. – Ст. 2125.

² Єдиний державний реєстр судових рішень : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Page/1>

³ Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності: постанова Пленуму Вишого господарського суду України від 17.10.2012 р. № 12 // Вісник господарського судочинства. – 2012. – № 6. – С. 57.

⁴ Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40–44. – Ст. 356.

⁵ Про охорону прав на знаки для товарів і послуг: Закон України від 15 грудня 1993 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 7. – Ст. 36.

⁶ Постанова Київського апеляційного господарського суду від 16 травня 2017 р. у справі № 910/398/17 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/66626776>

⁷ О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров: Закон Республики Казахстан от 26 июля 1999 г. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1014203

⁸ Господарський кодекс України від 16 січня 2003 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 18, № 19–20, № 21–22. – Ст. 144.

⁹ Постанова Київського апеляційного господарського суду від 16 травня 2017 р. у справі № 910/398/17 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/66626776>

¹⁰ Угода про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності від 15 квітня 1994 р. // Українська інвестиційна газета. – 2006. – № 29.

¹¹ Директива № 2004/48/ЄС Європейського парламенту и Совета ЕС об обеспечении прав на интеллектуальную собственность (Страсбург, 29 апреля 2004 г.) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_b39

Резюме

Ткачук Г.В. Щодо відшкодування збитків за порушення прав на торговельні марки.

У даній статті здійснено аналіз норм чинного законодавства, судової практики, зарубіжного досвіду щодо складу збитків, підстав і розміру відшкодування збитків за порушення прав на торговельні марки, а також обґрунтовано висновки щодо вдосконалення законодавства у цій сфері.

Ключові слова: торговельна марка, порушення прав, господарсько-правова відповідальність, відшкодування збитків, захист прав.

Резюме

Ткачук Г.В. О возмещении убытков за нарушение прав на торговые марки.

В данной статье проведен анализ норм действующего законодательства, судебной практики, зарубежного опыта о составе убытков, оснований и размера возмещения убытков за нарушение прав на торговые марки, а также обоснованы выводы по совершенствованию законодательства в этой сфере.

Ключевые слова: торговая марка, нарушение прав, хозяйственно-правовая ответственность, возмещение убытков, защита прав.

Summary

Tkachuk G. About compensation for losses caused by violation of trademarks rights.

This article analyzes the norms of current legislation, judicial practice, foreign experience on the composition of damages, the grounds and amount of damages for violation of trademark rights, and substantiates the conclusions for improving legislation in this area.

Key words: trademark, violation of rights, economic and legal liability, indemnification, protection of rights.

УДК 349.412.2(477)

Д.В. ФЕДЧИШИН

Дмитро Володимирович Федчишин, кандидат юридичних наук, старший викладач Запорізького національного університету

ТЕОРЕТИЧНІ ПИТАННЯ ПРОЦЕДУРИ ЗДІЙСНЕННЯ ПРАВА НА ПРИВАТИЗАЦІЮ ЗЕМЕЛЬНИХ ДІЛЯНОК

Сучасна земельна політика нашої країни спрямована на продовження процесів приватизації землі, розвиток і функціонування земельного ринку, формування системи багатуокладного землеволодіння та землекористування. Сьогодні динамічно розвиваються приватизаційні процеси, спостерігається зростання значної кількості суперечок, що виникають під час здійснення громадянами свого права на приватизацію земельної ділянки. Судова практика, що характеризується відсутністю однаковості в застосуванні та системному тлумаченні норм щодо приватизації, свідчить про необхідність удосконалення правового регулювання в даній сфері.

В юридичній науці дослідження процедур здійснення прав щодо приватизації земельних ділянок найчастіше мають оглядовий, інформативний і фрагментарний характер, що свідчить про недостатній рівень їх наукової розробленості і зумовлює необхідність вироблення науково-практичних підходів до їх вирішення. Наукової й практичної значимості набуває потреба пошуку оптимального поєднання публічних і приватних інтересів щодо приватизації земельних ділянок. Виступаючи об'єктом приватизації, земля залишається невідновлюваним природним ресурсом, а також природним об'єктом, що охороняється в якості найважливішої складової частини природи. У зв'язку з цим удосконалення правового регулювання приватизаційних відносин має бути спрямоване не тільки на забезпечення прав громадян, а й на визначення меж їх реалізації з метою раціонального використання землі та її охорони.

Проблемам приватизації земель свою увагу приділяла значна кількість вітчизняних учених, зокрема: В.І. Андрейцев, О.Г. Бондар, П.Ф. Кулинич, А.М. Мірошніченко, В.В. Носік, В.Д. Сидор, М.В. Шульга та ін.

Приватизація земельних ділянок, будучи одним із основних напрямів земельної реформи, на сучасному етапі розвитку земельних правовідносин залишається особливим механізмом, що дає змогу трансформувати державну власність на землю у приватну.

В юридичній літературі під приватизацією розуміють сукупність здійснюваних суб'єктами приватизації дій та заходів, спрямованих на зміну форми власності земель, за якої відбувається перехід земель із публічної власності, суб'єктами якої є держава та територіальні громади, у приватну власність, суб'єктами якої виступають фізичні та юридичні особи¹.

Крім того, приватизація розглядається як процес переходу прав на землю, спочатку від держави – монопольного власника до інших суб'єктів прав на землю; процес роздержавлення, демонополізації земельної власності, необхідна передумова розвитку ринку землі за участі громадян і юридичних осіб².

Варто наголосити, що приватизація не є будь-яким відчуженням державного майна у приватну власність. Таке відчуження повинно здійснюватися в особливому порядку відповідно до законодавства, яке визначає: 1) яке саме майно підлягає приватизації; 2) на яких умовах; 3) хто може брати участь у приватизації та ін.

Правовідносини щодо приватизації земельних ділянок належать до відносин, пов'язаних із виникненням прав на землю. Оскільки об'єктом приватизації є земельні ділянки, то такі відносини необхідно кваліфікувати як земельні, а за своєю економічною суттю (як відносини, що опосередковують обіг земельних ділянок) вони належать до різновидів земельних майнових відносин.

Норми, що регулюють передачу земельних ділянок з публічної власності у приватну, закріплені в різних нормативно-правових актах. Сфера їх правового впливу диференціюється головним чином залежно від категорії об'єкта публічної власності – того чи іншого виду земельної ділянки, що підлягає відчуженню у власність громадян та юридичних осіб.

Приватизація земельних ділянок – це передача ділянок землі, що перебувають у державній і комунальній власності, у власність громадян та юридичних осіб згідно із законом. Земельним законодавством України передбачено, що приватизація земель може здійснюватися безоплатно й за плату. Особливість безоплатної приватизації земель в Україні полягає в тому, що нею можуть скористатися лише громадяни України. Однак право на безоплатну приватизацію земель не є необмеженим. Громадяни України мають право на приватизацію земельних ділянок лише в певних розмірах залежно від виду цільового призначення земельних ділянок, встановлених ст. 121 Земельного кодексу України (далі – ЗК України). В свою чергу, платна приватизація здійснюється на земельних аукціонах. Як зазначає П.Ф. Кулинич, це обумовлено настанням принципово нових процесів у державній земельній політиці України: по-перше, переважаюча більшість громадян та юридичних осіб, яким земельні ділянки були надані у постійне користування до 1 січня 2002 р., вже отримали їх безоплатно у власність. По-друге, за час проведення земельної реформи істотно зменшилася площа земель державної та комунальної власності, які можуть бути передані у власність громадян та юридичних осіб. Разом із тим законодавство України передбачає можливість безоплатного отримання громадянами України у власність і нових земельних ділянок за рахунок земель державної (комунальної) власності. Проте, як свідчить практика, в умовах дефіциту земельних ділянок право на безоплатну приватизацію земель з інструменту задоволення потреб у земельних ділянках широких верств населення перетворилося на засіб обслуговування інтересів переважно заможних громадян, які мають зв'язки, в тому числі й корупційні, з посадовими особами відповідних органів влади»³.

Отже, на сучасному етапі відсутнє належне законодавче регламентування процедури приватизації земельних ділянок. Зокрема, існує чимало прогалин саме у визначенні порядку здійснення права на приватизацію. Саме тому на сьогодні актуалізується проблема детального вивчення процедурних норм, що визначають приватизацію земельних ділянок.

Особливість правового регулювання полягає в тому, що воно має свій специфічний механізм, під яким розуміють систему правових засобів (норм права), за допомогою яких забезпечується результативний правовий вплив на суспільні відносини⁴.

Як відомо, кожна норма права виступає тим елементом, який збалансовує суспільні відносини, тільки тоді, коли вона може бути належним чином втілена, а це, у свою чергу, тісно пов'язано зі встановленням і закріпленням процедури її застосування. З цього приводу варто згадати вислів Ю.В. Феофанова, який наголошує на суспільній значущості процедури, наводячи китайське прислів'я: «Шанобливість без ритуалу приводить до метушні, обережність без ритуалу приводить до боягузтва, сміливість без ритуалу приводить до смуту, прямолінійність без ритуалу приводить до грубості. Закон без ритуалу, без процедури його дії приводить: владу – до свавілля, громадянина – до незахищеності»⁵.

Досліджуючи поняття «процедура», слід зазначити, що цей термін походить від лат. *procedere* – просуватися⁶. З англійської *procedure* перекладається як застосування права органами правосуддя (судами) відповідно до встановлених і санкціонованих державою юридичних принципів та процедур; форма, порядок, правило, що базується на нормах матеріального права⁷. Великий юридичний словник трактує це поняття як установлений порядок ведення, розгляду будь-яких справ⁸.

Як слушно зазначається в юридичній літературі, процедура являє собою не правовідношення, а певний порядок вчинення юридичних дій, спрямованих передусім на реалізацію відповідного правового відношення⁹. В свою чергу, Д.В. Ковальський підкреслює, що процедурою у земельному праві необхідно вважати врегульовані земельно-процесуальними нормами суспільні відносини¹⁰. Варто також наголосити, що В.М. Протасов, визначаючи сутність процедури, підкреслював, що принципово важливою ознакою процедури є наявність попередньо встановленої моделі, відповідно до якої вона втілюється в життя, в реальну поведінку суб'єктів¹¹.

Враховуючи вищезазначене, розглянемо процедуру здійснення права на приватизацію земельної ділянки. Насамперед слід зазначити, що таке право включає в себе:

1) право на вчинення громадянином або юридичною особою певних дій, спрямованих на придбання земельної ділянки в приватну власність. Дане право знаходить своє вираження в можливості звернення суб'єкта, наділеного правом на приватизацію земельної ділянки, до компетентного органу (в орган державної влади або орган місцевого самоврядування) з метою набуття права власності на земельну ділянку. Можливість подібних звернень не передбачена в разі виникнення у власників житлових приміщень у багатоквартирному будинку права спільної часткової власності на земельну ділянку, оскільки право спільної часткової власності на земельну ділянку у власників житлових приміщень у багатоквартирному будинку виникає в силу закону;

2) право громадян і юридичних осіб вимагати здійснення з боку компетентних органів певних дій, спрямованих на реалізацію їх суб'єктивного права. Той чи інший перелік необхідних дій з боку відповідних органів влади (перелік обов'язків), спрямованих на відчуження земельної ділянки, встановлюється законом залежно від різних обставин: від того, відчужується земельна ділянка на торгах або без проведення торгів, від того, кому належить ініціатива надання земельної ділянки: органу влади або приватній особі, від того, чи є відчужувана земельна ділянка об'єктом кадастрового обліку або земельну ділянку належить утворити в процесі її надання;

3) право на захист держави при посяганні на право, що слід визначати як надання громадянам і юридичним особам можливості застосування заходів правоохоронного характеру, які включають в себе можли-

вість самостійного вирішення питання про захист свого права (самозахист), а також можливість звернення до суду чи інші державні органи з позовом щодо захисту своїх прав;

4) право на придбання громадянином або юридичною особою земельної ділянки в приватну власність (придбання права власності на земельну ділянку).

Здійснення суб'єктивного права щодо приватизації земельної ділянки (суб'єктивних прав, що виникають у процесі приватизації) необхідно розглядати в двох значеннях: як дії, поведінку уповноваженої особи, використання на практиці закладених в його змісті можливостей і як кінцевий результат реалізації повноважень, можливостей, що становлять його зміст, тобто досягнення юридичної мети. При цьому саме процедура приватизації визначає поведінку особи, внаслідок дотримання якої зазначена особа досягає своєї мети.

Сама процедура здійснення права на приватизацію має декілька етапів:

1. Громадянин, який бажає приватизувати земельну ділянку, може подати клопотання до визначеного ст. 122 Земельного кодексу України відповідного органу виконавчої влади або органу місцевого самоврядування, що передає у власність землі державної або комунальної власності.

У клопотанні зазначаються цільове призначення земельної ділянки та її орієнтовні розміри. До клопотання додаються графічні матеріали, на яких зазначено бажане місце розташування земельної ділянки, погодження землекористувача (у разі вилучення земельної ділянки, що перебуває в користуванні інших осіб) та документи, що підтверджують досвід роботи в сільському господарстві або наявність освіти, здобутої в аграрному навчальному закладі (у разі надання земельної ділянки для ведення, наприклад, фермерського господарства).

2. Орган приватизації в місячний строк розглядає заяву чи клопотання і дає заінтересованій особі дозвіл на розробку проекту землеустрою щодо відведення земельної ділянки або мотивовану відмову в його наданні. Частина 7 ст. 118 ЗК України чітко передбачає, що підставою відмови в наданні такого дозволу може бути лише невідповідність місця розташування об'єкта вимогам законів, прийнятих відповідно до них нормативно-правових актів, генеральних планів населених пунктів та іншої містобудівної документації, схем землеустрою й техніко-економічних обґрунтувань використання та охорони земель адміністративно-територіальних одиниць, проектів землеустрою щодо впорядкування територій населених пунктів, затверджених у встановленому законом порядку.

Якщо в місячний строк із дня реєстрації заяви чи клопотання орган приватизації не надав дозвіл на розроблення проекту землеустрою щодо відведення земельної ділянки або мотивовану відмову у його наданні, то особа, заінтересована в одержанні безоплатно у власність земельної ділянки із земель запасу державної або комунальної власності, у місячний строк із дня закінчення зазначеного строку має право замовити розроблення проекту землеустрою щодо відведення земельної ділянки без надання такого дозволу, про що письмово повідомляє орган приватизації. До письмового повідомлення додається договір на виконання робіт із землеустрою щодо відведення земельної ділянки.

3. Далі здійснюється замовлення проекту відведення земельної ділянки фізичній особі або організації, які є виконавцями робіт із землеустрою згідно із законом. Сертифікованими інженерами-землепорядниками вважаються особи, які мають вищу освіту за спеціальностями та кваліфікаціями в галузі знань землеустрою, мають стаж роботи за спеціальністю не менше одного року, склали кваліфікаційний іспит, одержали сертифікат та зареєстровані в Державному реєстрі сертифікованих інженерів-землепорядників відповідно до Закону України «Про землеустрій».

4. Погодження проекту землеустрою щодо відведення земельної ділянки. Проект землеустрою щодо відведення земельних ділянок усіх категорій та форм власності підлягає обов'язковому погодженню з територіальним органом центрального органу виконавчої влади, що здійснює реалізацію державної політики у сфері земельних відносин. Стаття 186-1 ЗК України вказує випадки, коли необхідне погодження проекту землеустрою також з іншими органами державної влади залежно від категорії земель, до якої належить земельна ділянка та її місце розташування.

5. Державна реєстрація земельної ділянки. Закон України «Про Державний земельний кадастр» передбачає внесення до Державного земельного кадастру передбачених цим законом відомостей про формування земельної ділянки та присвоєння їй кадастрового номера. Державна реєстрація земельної ділянки здійснюється під час її формування шляхом відкриття Поземельної книги на таку ділянку за місцем її розташування відповідним Державним кадастровим реєстратором центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері земельних відносин.

6. Прийняття органом приватизації за місцем розташування земельної ділянки рішення про затвердження проекту землеустрою щодо відведення земельної ділянки та передачу її у власність або рішення про відмову.

Відповідно до п. 9 ст. 118 ЗК України орган приватизації приймає відповідне рішення в двотижневий строк із дня отримання погодженого проекту землеустрою щодо відведення земельної ділянки.

7. Державна реєстрація права власності на земельну ділянку згідно із Законом України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень». Після реєстрації свого права в Державному реєстрі речових прав особа стає повноправним власником земельної ділянки та в подальшому зможе розпорядитись нею за власним розсудом (в тому числі продати, подарувати, обміняти тощо).

Отже, послідовність вчинюваних дій, наслідком яких є досягнення певного результату, вибудовують таку систему, що включає в себе визначений порядок етапів, необхідних для досягнення результату, а саме

отримання у власність приватизованої земельної ділянки. У цьому контексті варто погодитися з М.П. Одарюком, який зазначає, що будь-яка процедура в земельному праві являє собою системну послідовність юридично значущих дій, які законодавчо розташовані в такому порядку, де одна дія передуює іншій та виступає її передумовою¹². В свою чергу, належним чином дотримання процедури при здійсненні права на приватизацію земельної ділянки є ефективним юридичним засобом, за допомогою якого суб'єкти земельних правовідносин можуть реалізувати свої права.

¹ Рибалка К.І. Особливості приватизації земель запасу громадянами України / К.І. Рибалка // Право і суспільство. – 2014. – № 6-1. – Ч. 2. – С. 143–147. – С. 143.

² Волков Г.А. Развитие рынка земли: правовой аспект / Г.А. Волков, А.К. Голиченков, О.М. Козырь // Государство и право. – 1998. – № 2. – С. 50–58. – С. 52.

³ Кулинич П.Ф. Безоплатна приватизація земель в Україні: сучасний стан та перспективи / П.Ф. Кулинич // Землевпорядний вісник. – 2010. – № 4. – С. 19–25. – С. 20.

⁴ Алексеев С.С. Теория права / С.С. Алексеев. – М.: БЕК, 1994. – 224 с. – С. 145.

⁵ Феофанов Ю.В. О власти и праве. Публицистические этюды / Ю.В. Феофанов. – М.: Юрид. лит., 1989. – 384 с. – С. 1.

⁶ Большой толковый словарь русского языка / под ред. С.А. Кузнецова. – СПб.: Норинт, 2000. – 1534 с. – С. 566.

⁷ Black's Law Dictionary: Definitions of the Terms and Phrases of American and English Jurisprudence, Ancient and Modern by Henry Campbell Black; ed. Joseph R. Nolan. St. Paul: West Publishing Co, 1990. 1657 p. – P. 1204.

⁸ Большой юридический словарь / под. ред.: А.Я. Сухарев, В.Д. Зорькин, В.Е. Крутских. – М.: Инфра-М, 1999. – 790 с. – С. 566.

⁹ Євсєєв О.П. Процедури в конституційному праві України / О.П. Євсєєв. – Х.: ФІНН, 2010. – 184 с. – С. 14.

¹⁰ Ковальський Д.В. Земельно-процесуальні правовідносини / Д.В. Ковальський. – К.: Юрінком Інтер, 2009. – 176 с. – С. 46.

¹¹ Протасов В.Н. Юридические процедуры / В.Н. Протасов. – М.: Юридическая литература, 1991. – 79 с. – С. 24.

¹² Одарюк М.П. Щодо юридичної природи процедур у земельному праві / М.П. Одарюк // Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України. – 2017. – № 6. – С. 62–70. – С. 69.

Резюме

Федчишин Д.В. Теоретичні питання процедури здійснення права на приватизацію земельних ділянок.

Стаття присвячена розгляду теоретичних питань, пов'язаних із процедурою здійснення права на приватизацію земельних ділянок. Приділено увагу розгляду змісту понять «приватизація земельних ділянок», «процедура». Розглянуто процедуру здійснення права на приватизацію земельних ділянок.

Ключові слова: здійснення прав на землю, приватизація земельних ділянок, процедура, права на землю, право на приватизацію.

Резюме

Федчишин Д.В. Теоретические вопросы процедуры осуществления права на приватизацию земельных участков.

Статья посвящена рассмотрению теоретических вопросов, связанных с процедурой осуществления права на приватизацию земельных участков. Уделено внимание рассмотрению содержания понятий «приватизация земельных участков», «процедура». Рассмотрена процедура осуществления права на приватизацию земельных участков.

Ключевые слова: осуществление прав на землю, приватизация земельных участков, процедура, права на землю, право на приватизацию.

Summary

Fedchyshyn D. Theoretical issues of the procedure for exercising of the right to privatize land plots.

The article is devoted to the consideration of theoretical issues related to the procedure for exercising of the right to privatize land plots. Attention is paid to the content of the concepts of “privatization of land”, “procedure”. The procedure of exercising of the right to privatize the land plots is considered.

Key words: exercising of land rights, privatization of land plots, procedure, land rights, right to privatize.

УДК 343.43

А.В. АНДРУШКО

Андрій Васильович Андрушко, кандидат юридичних наук, доцент, доцент Ужгородського національного університету

ПРОБЛЕМИ КВАЛІФІКАЦІЇ ЗАХОПЛЕННЯ ЗАРУЧНИКІВ

Стаття 147 Кримінального кодексу України (далі – КК України) передбачає відповідальність за захоплення заручників. У правозастосовній практиці вказане діяння трапляється досить рідко. Так, за 2013 р. органами прокуратури обліковано чотири випадки захоплення або тримання особи як заручника, у 2014 р. зареєстровано 41, у 2015 – 17, у 2016 – 7, у 2017 – три, за дев'ять місяців 2018 р. – сім таких злочинів. Певне занепокоєння викликає стан розкриття вказаних злочинів: так, у 2014 р., за який обліковано 41 випадок захоплення або тримання особи як заручника, тільки по чотирьом із них провадження були направлені до суду з обвинувальним актом, у 2013 р. – з обвинувальним актом до суду направлені лише два провадження, у 2015 – п'ять, у 2016 – три, у 2017 – два, за дев'ять місяців 2018 р. – три провадження¹.

Проблеми кримінальної відповідальності за захоплення заручників розглядалися в працях М.О. Акімова, В.Ф. Антипенка, В.І. Борисова, О.О. Володіної, В.П. Ємельянова, Я.Г. Лизогуба, А.С. Політової, Є.Б. Тітова та інших науковців. Разом із тим чимало відповідних питань у доктрині кримінального права залишаються дискусійними та недостатньо дослідженими. Крім того, аналіз доступної емпіричної бази засвідчує, що при кваліфікації цього злочину трапляються численні помилки, які потребують наукового аналізу.

Мета статті – на підставі аналізу кримінального законодавства, судової практики і наукової літератури дослідити проблемні питання кваліфікації захоплення заручників.

Об'єктивна сторона злочину, передбаченого ст. 147 КК України, полягає в захопленні або триманні особи як заручника. Таким чином, вчинення вказаного злочину прямо пов'язане з незаконним позбавленням потерпілого особистої свободи. У зв'язку з цим правильним видається рішення Богунського районного суду міста Житомир, який відхилив кваліфікацію органами досудового розслідування як захоплення заручників дій ОСОБА_4, оскільки потерпілий ОСОБА_5 фактично не був позбавлений волі. Суд встановив, що ОСОБА_5 мав можливість вільно пересуватися, перебував у місцях, які міг вільно залишити, однак не зробив цього².

При кримінально-правовій оцінці захоплення заручників трапляється зайва, на наш погляд, кваліфікація вказаного діяння за сукупністю із незаконним позбавленням волі або викраденням людини (ст. 146 КК України). Так, наприклад, Малиновський районний суд міста Одеса засудив чотирьох учасників організованої групи, які з корисливих мотивів викрали і утримували в якості заручника підприємця з метою спонукання його родичів до передачі грошових коштів як умови звільнення заручника. Діючи відповідно до схваленого всіма учасниками організованої групи плану, спрямованого на захоплення та тримання підприємця ОСОБА_12 як заручника, здійснюючи відведені їм функції, виконавці даного злочину ОСОБА_7 та ОСОБА_8, застосовуючи фізичну силу, посадили ОСОБА_12 в автомобіль та перевезли в приватний будинок, в якому утримували, пристебнувши ОСОБА_12 наручниками до радіатора. Продовжуючи діяти за планом, задалегідь розробленим організатором злочину ОСОБА_6 і узгодженим з усіма учасниками організованої групи, ОСОБА_9, виконуючи відведену йому роль, з метою спонукання родичів ОСОБА_12 до вчинення дій, як умови звільнення заручника, за допомогою телефону зв'язався з дружиною ОСОБА_12, якій повідомив про викрадення її чоловіка, і зажадав передати йому за звільнення ОСОБА_12 10 тисяч доларів США, погрожуючи вчинити убивство ОСОБА_12 у разі невиконання нею висунутих ним вимог³. Факт викрадення ОСОБА_12 та незаконного позбавлення його волі перед висуненням вказаних вище вимог дружині потерпілого дав підстави органам досудового розслідування та суду кваліфікувати діяння за ч. 3 (як вчинені організованою групою) ст. 146 КК України, а тримання ОСОБА_12 в якості заручника з метою спонукання його родичів до передачі грошових коштів як умови звільнення заручника – за ч. 2 (як вчинене організованою групою) ст. 147 КК України. На наш погляд, кваліфікація за ч. 3 ст. 146 КК України у даному випадку є зайвою,

адже захоплення або тримання особи як заручника, звісно, неможливе без незаконного позбавлення волі чи викрадення людини. Стаття 147 КК України є спеціальною нормою стосовно ст. 146 КК України. Виходячи з правил кваліфікації злочинів при конкуренції кримінально-правових норм, кваліфікувати вказані посягання за сукупністю злочинів неправильно, оскільки сукупність злочинів у цьому випадку відсутня, і застосуванню підлягає спеціальна норма, яка найбільшою мірою відображає специфіку та особливості такого злочинного діяння (тобто ст. 147 КК України).

Натомість правильною видається кваліфікація за сукупністю злочинів, передбачених ч. 2 ст. 146 та ч. 2 ст. 147 КК України, дій обвинуваченого ОСОБА_2, який напав на потерпілу – продавця-консультанта ювелірного магазину ОСОБА_5 і, тримаючи її рукою за шию та погрожуючи застосуванням вогнепальної зброї, проти волі останньої, примусив її викликати таксі та їхати з ним до приміщення ювелірного магазину «Плаза», тим самим позбавивши ОСОБА_5 можливості вільно пересуватися та безперешкодно вийти з автомобіля. Погрожуючи потерпілій, ОСОБА_2 наказав їй відчинити вхідні двері магазину, відключити охоронну сигналізацію та відкрити сейф з ювелірними виробами із золота. З'ясувавши, що заволодіти ювелірними виробами він не зможе через відсутність ключів від сейфу у ОСОБА_5, ОСОБА_2 відпустив потерпілу і намагався зникнути з місця пригоди. Однак, помітивши, що на місце пригоди прибули працівники Державної служби охорони та розуміючи відсутність можливості уникнути затримання, ОСОБА_2 заштовхав ОСОБА_5 назад до приміщення магазину та, погрожуючи їй вбивством, вимагав у працівників ДСО надати йому можливість залишити місце злочину, що було умовою звільнення ОСОБА_5⁴. Як бачимо, у даному випадку умисел на тримання ОСОБА_5 як заручника в ОСОБИ_2 з'явився раптово – тоді, коли для нього стало очевидно, що йому загрожує затримання працівниками ДСО, однак до цього моменту він вже встиг незаконно позбавити ОСОБА_5 свободи, що, на наш погляд, потребує самостійної кримінально-правової оцінки.

Іноді зустрічається зайва кваліфікація вказаного діяння за сукупністю і з іншими кримінально караними діяннями. Так, дії чоловіка, котрий захопив і тримав в якості заручників сестер, органами досудового розслідування були кваліфіковані не лише за ч. 2 ст. 147 КК (захоплення або тримання особи як заручника, поєднане з погрозою знищення людей), а й за ч. 4 ст. 296 КК, оскільки своїми діями, вчиненими із застосуванням холодної зброї, він нібито грубо порушив громадський порядок з мотивів явної неповаги до суспільства, що супроводжувалось особливою зухвалістю і винятковим цинізмом. Славутський міськрайонний суд Хмельницької області, однак, дійшов переконливого висновку про те, що факт вчинення обвинуваченим хуліганства, на який вказували органи досудового розслідування, не знаходить свого підтвердження, а тому за ч. 4 ст. 296 КК України обвинуваченого слід виправдати⁵.

Обов'язковою ознакою складу захоплення заручників, що відрізняє вказаний злочин від незаконного позбавлення волі або викрадення людини, є спеціальна мета, з якою вчиняється суспільно небезпечне діяння – спонукання родичів затриманого, державної або іншої установи, підприємства чи організації, фізичної або службової особи до вчинення чи утримання від вчинення будь-якої дії як умови звільнення заручника. Слід, таким чином, підкреслити, що саме по собі захоплення або тримання особи як заручника виступає не метою винного, а засобом досягнення мети. Невстановлення вказаної мети виключає відповідальність за ст. 147 КК України. Водночас у правозастосовній практиці іноді трапляються випадки ігнорування спеціальної мети при кваліфікації даного діяння. Так, наприкінці 2017 р. поліцією відкрите кримінальне провадження за статтею про захоплення заручників, хоча жодних вимог чоловік, який протягом дня утримував близько десяти осіб (в т.ч. жінок і дітей) у відділенні «Укрпошти» в Харкові, не висував і мета його дій була незрозумілою. Сам по собі той факт, що особа, забарикадувавшись у приміщенні «Укрпошти», заявила про захоплення нею заручників, як видається, не може слугувати достатньою підставою для кваліфікації даного діяння як захоплення заручників, адже, повторимось, кримінальний закон вимагає встановлення мети спонукання вказаних у ч. 1 ст. 147 КК України адресатів до вчинення чи утримання від вчинення будь-якої дії як умови звільнення заручника. Попри те, що чоловік мав достатньо часу, аби чітко сформулювати свої вимоги, цього він не зробив: у ЗМІ наголошувалось на тому, що мета його дій незрозуміла⁶. З огляду на сказане, вважаємо, що підстав для кваліфікації за ст. 147 КК України у наведеному випадку не було; дії цієї особи слід було кваліфікувати за статтею, яка передбачає відповідальність за незаконне позбавлення волі.

Разом із тим зрозуміло, не виключається й ретроспективне встановлення відповідної мети. Так, наприклад, ОСОБА_3 захопив неповнолітнього в заручники, яке виразилось у тому, що він підійшов ззаду до потерпілого та, нанісши удар ногою під коліно, збив останнього з ніг, після чого, прагнучи подолати опір та перешкодити можливості покликати на допомогу, накинув йому на шию мотузку, якою почав здавлювати шию, в результаті чого настала смерть неповнолітнього. Досліджуючи обставини вчинення злочину, Новокаховський міський суд Херсонської області встановив, що ОСОБА_3 давно планував захопити хлопця в заручники, тримати його в нежилому будинку, а потім вимагати в його батьків 100 тис. доларів США в якості викупу за звільнення. Відповідні наміри ОСОБА_3 підтверджувались, зокрема, показами свідків, яким він свого часу пропонував красти хлопця, після чого вимагати викуп у його батьків, однак вони категорично відмовилися від такої пропозиції⁷. З огляду на сказане, є всі підстави для того, аби погодитись з позицією суду, який кваліфікував дії ОСОБА_3 за п. 3 ч. 2 ст. 115, ч. 2 ст. 147 КК України.

Аналіз судової практики засвідчує, що іноді має місце ситуація, при якій обов'язкова для аналізованого складу злочину мета виникла уже в ході вчинення злочину. Так, Баштанський районний суд Миколаївської області в процесі судового розгляду встановив, що відповідна мета в обвинувачених з'явилася тоді, коли

з'ясувалося, що у потерпілого, якого вони незаконного позбавили волі, при собі значної суми грошей не було⁸.

Важливою ознакою, яка дає змогу розмежувати захоплення заручників та незаконне позбавлення волі або викрадення людини, є те, що при захопленні або триманні особи як заручника мета спонукання до вчинення чи утримання від вчинення будь-якої дії стосується адресатів, коло яких визначене у ч. 1 ст. 147 КК України. Натомість у разі незаконного позбавлення волі або викрадення людини, вчиненого, скажімо, з корисливих мотивів (ч. 2 ст. 146 КК), вимога сплати викупу пред'являється лише потерпілому. Таким чином, виходячи із змісту диспозиції ч. 1 ст. 147 КК, дії з незаконного позбавлення волі або викрадення людини, при яких винний висуває вимоги не самому потерпілому, а, приміром, його родичам, слід кваліфікувати як захоплення або тримання особи як заручника. Цього не взяв до уваги Шевченківський районний суд м. Львова, який у цій частині виправдав у зв'язку із відсутністю складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 147 КК України, учасників групи осіб, котрі за попередньою змовою викрали та утримували потерпілу ОСОБА_9, реалізуючи свій злочинний умисел, спрямований на спонукання її батьків до передачі їм грошових коштів у сумі 150 тисяч доларів США як умови звільнення ОСОБА_9. Аргументуючи своє рішення, суд визнав, що при захопленні або триманні особи як заручника винний пов'язує звільнення потерпілого із задоволенням своїх вимог, котрі він висуває перерахованим у ч. 1 ст. 147 КК України адресатам, у т.ч. й родичам затриманого, однак далі в якості контраргументу зазначив, що *«при незаконному позбавленні волі або викраденні людини винна особа має на меті заволодіти майном потерпілого чи інших осіб та одержати вигоди майнового характеру. Викрадення людини або позбавлення волі з корисливих мотивів відрізняється від захоплення заручників з тих же мотивів»*. Як розуміти таке вкрай суперечливе твердження – не зовсім зрозуміло. Не можемо повністю погодитись також з наступними твердженнями, викладеними у даному вироку суду, котрі дали йому підстави для висновку про відсутність у діях учасників групи осіб складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 147 КК України: *«При захопленні заручників винний зацікавлений в широкому розголосі своїх вимог – як правило, місце утримання заручників не приховується, погрози щодо них виголошуються публічно з демонстрацією агресивності по відношенню до захоплених осіб. У випадках викрадення людини чи позбавлення її волі вимога про викуп пред'являється вузькому колу осіб, місце утримання викрадених осіб тримається в таємниці, причому однією з умов звільнення в даному випадку є вимога до рідних та близьких утриматись від звернення до правоохоронних органів. При викраденні людини об'єктом злочину є відносини, щоб забезпечити свободу особистості, а під час захоплення заручників – громадську безпеку. Також ознакою, за якою захоплення заручників відмежовується від незаконного позбавлення волі та викрадення людини, є особа потерпілого. Так, при захопленні заручників винного здебільшого не цікавить особа потерпілого, його подальша доля, а лише можливість використання його як засіб впливу на адресата погрози. Коли йдеться про незаконне позбавлення волі чи викрадення людини, особа потерпілого персоніфікована, та винні, особливо якщо вони очікують на отримання викупу, зацікавлені безпосередньо у ньому»*⁹. Наведені твердження є неоднозначними, не випливають безпосередньо із тексту кримінального закону і, по суті, є розширенням його тлумачення. Очевидно, що висловлюючи наведені міркування, суд виходив із того, що захоплення заручників начебто спрямоване на заподіяння шкоди невизначено великій кількості людей та невизначено широкому колу відносин, тобто посягає передовсім на громадську безпеку. Насправді ж позиція вітчизняного законодавця є іншою – він помістив статтю про відповідальність за захоплення або тримання особи як заручника до розділу III Особливої частини КК України, який об'єднує злочини проти волі, честі та гідності особи. У даному контексті варто зазначити, що в науковій літературі неодноразово висловлювалась думка про необхідність перенесення даного діяння до розділу IX «Злочини проти громадської безпеки» Особливої частини КК України (таку позицію, до речі, займають законодавці низки зарубіжних держав), однак із вказаною точкою зору навряд чи можна погодитись, оскільки громадській безпеці, на відміну від особистої свободи, під час захоплення або тримання особи як заручника шкода спричиняється не завжди; відтак саме особиста свобода має визначати зміст безпосереднього об'єкта розглядуваного злочину¹⁰.

Аналіз матеріалів кримінальних проваджень засвідчує поширеність ситуації, за якої особа реалізує наявну в неї мету, що є обов'язковою ознакою розглядуваного злочину, – висуває певні вимоги до вказаних в ч. 1 ст. 147 КК України адресатів в якості умови звільнення заручника. На практиці, як правило, має місце висунення майнових вимог до родичів заручника. У зв'язку з цим виникає питання про необхідність чи відсутність необхідності кваліфікації за сукупністю із ст. 189 КК України, яка передбачає відповідальність за вимагання. Виходячи з тексту диспозиції ч. 1 ст. 147 КК України, можна зробити висновок, що реалізація цієї мети (висунення вимог майнового характеру) перебуває за межами об'єктивної сторони даного складу злочину. Тому в разі захоплення або тримання особи як заручника і висунення майнових вимог до родичів потерпілого вчинене повною мірою не охоплюється цим складом злочину. Так само вчинене повністю не охоплюється основним та кваліфікованими складами вимагання (ст. 189 КК України), оскільки ними не передбачена така ознака, як незаконне позбавлення волі. Л.П. Брич слушно зазначає, що *«мета, яка названа як ознака суб'єктивної сторони складу злочину, не охоплює і не може охоплювати її ж реалізацію, що є проявом об'єктивної сторони іншого складу злочину. Ці поняття позначають різні явища реальної дійсності. Мета – це прагнення особи вчинити певне діяння чи досягти певних наслідків. Але її не можна ототожнювати з цим діянням чи наслідками»*¹¹. Таким чином, можна зробити висновок, що реалізація мети захоплення або тримання особи як заручника перебуває за межами об'єктивної сторони цього складу злочину, а тому у разі висунення майнових вимог до родичів потерпілого необхідно є кваліфікація за сукупністю злочинів,

передбачених ст. ст. 147 і 189 КК України. Так, Приморський районний суд міста Маріуполь Донецької області, на наш погляд, правильно кваліфікував за сукупністю ст. ст. 147 і 189 КК України дії учасників організованої групи, котрі захопивши та утримуючи чоловіка як заручника, висунули його дружині вимогу про передачу їм грошових коштів в розмірі 100 тисяч доларів США в якості винагороди за звільнення заручника, погрожуючи в разі невиконання вказаних вимог вбити його¹².

Окремою проблемою є кваліфікація умисного вбивства заручника. У постанові Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику в справах про злочини проти життя та здоров'я особи» від 7 лютого 2003 р. роз'яснено, що відповідальність за умисне вбивство заручника (п. 3 ч. 2 ст. 115 КК) настає за умови, що потерпілий був заручником і винна особа це усвідомлювала. Дії кваліфікуються як умисне вбивство заручника незалежно від того, чи була винна особа причетною до вчинення злочину, передбаченого ст. 147 КК України; разом із тим мотив такого вбивства повинен мати зв'язок з даним злочином (це можуть бути бажання спонукати зазначених у ст. 147 осіб, установу, підприємство, організацію до вчинення чи утримання від вчинення певних дій, помста чи невиконання висунутих вимог, прагнення приховати захоплення чи тримання заручника або інший злочин, вчинений під час їх здійснення, тощо). Дії особи, яка вчинила злочин, передбачений ст. 147 КК України і умисно вбила заручника, мають кваліфікуватися за ч. 2 цієї статті за ознакою спричинення тяжких наслідків і за п. 3 ч. 2 ст. 115 КК України¹³. Аналіз доступної судової практики дає підстави для висновку, що суди дотримуються відповідних вимог¹⁴.

На практиці трапляються випадки неправильної кваліфікації розглядуваного злочину, вчиненого за наявності кваліфікуючих ознак. Так, наприклад, Ленінський районний суд міста Миколаїв кваліфікував цей злочин як поєднаний з погрозою знищення людей (ч. 2 ст. 147 КК України), хоча погрозу вбивством винний адресував лише одній особі – заручниці¹⁵. Виходячи із буквального тлумачення кримінального закону, в якому сказано про погрозу знищення *людей* (в множині), є всі підстави для висновку, що така погроза має стосуватися не менше двох осіб, а не однієї.

Підсумовуючи викладене, зробимо наступні найважливіші висновки: 1) оскільки ст. 147 є спеціальною нормою стосовно ст. 146 КК України, кваліфікація вказаних діянь за сукупністю є зайвою; при кваліфікації захоплення заручників застосуванню підлягає спеціальна норма, яка найбільшою мірою відображає специфіку та особливості даного злочинного діяння (тобто ст. 147 КК України); 2) у правозастосовній практиці іноді трапляються випадки ігнорування спеціальної мети при кваліфікації захоплення заручників; водночас невстановлення вказаної мети, яка є обов'язковою ознакою даного складу злочину, виключає відповідальність за ст. 147 КК України; 3) при кримінально-правовій кваліфікації захоплення заручників слід враховувати те, що мета, яка названа як ознака складу цього злочину, не охоплює її реалізації, у зв'язку з чим відповідні діяння слід кваліфікувати за сукупністю (сказане стосується, зокрема, необхідності додаткової кваліфікації за ст. 189 КК України у разі висунення майнових вимог до родичів заручника); 4) при кваліфікації захоплення заручників, поєднаного з погрозою знищення людей, слід виходити з того, що така погроза має стосуватися не менше двох осіб.

¹ Статистична інформація про зареєстровані кримінальні правопорушення та результати їх досудового розслідування за 2013–2018 рр. // Офіційний сайт Генеральної прокуратури України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.gr.gov.ua/ua/stat.html>

² Вирок Богунського районного суду міста Житомир від 4 січня 2014 р. (справа № 1-610/12) // Єдиний державний реєстр судових рішень : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/36685925>

³ Приговор Малиновського районного суду г. Одессы от 4 июня 2013 г. (дело № 1-3682/12, производство № 1/521/436/13) // Єдиний державний реєстр судових рішень : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/38740958>

⁴ Вирок Ленінського районного суду м. Миколаєва від 25 квітня 2014 р. (справа № 489/1363/14-к, провадження № 1-кп/489/178/14) // Єдиний державний реєстр судових рішень : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/38422019>

⁵ Вирок Славутського міськрайонного суду Хмельницької обл. від 17 листопада 2014 р. (справа № 682/3296/14-к, провадження № 1-кп/682/149/2014) // Єдиний державний реєстр судових рішень : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/42218726>

⁶ У Харкові звільнили всіх заручників з «Укрпошти» – поліція // ВВС Україна. – 2017. – 30 грудня : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.bbc.com/ukrainian/news-42524803>

⁷ Вирок Новокаховського міського суду Херсонської області від 18 грудня 2012 р. (справа № 2117/210/2012) // Єдиний державний реєстр судових рішень : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/28182069>

⁸ Вирок Баштанського районного суду Миколаївської області від 25 червня 2015 р. (справа № 468/560/14-к) // Єдиний державний реєстр судових рішень : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/39435618>

⁹ Вирок Шевченківського районного суду м. Львова від 11 листопада 2016 р. (справа № 466/4414/15-к) // Єдиний державний реєстр судових рішень : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/62679055>

¹⁰ Андрушко А.В. До питання про об'єкт захоплення заручників / А.В. Андрушко // Політика в сфері боротьби зі злочинністю: Матеріали Міжнародної наук.-практ. конференції з нагоди відзначення 25-річчя навчально-наукового юридичного інституту (м. Івано-Франківськ, 8–10 червня 2017 р.). – Івано-Франківськ, 2017. – С. 126–130.

¹¹ Брич Л.П. Теорія розмежування складів злочинів: монографія / Л.П. Брич. – Л.: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2013. – 712 с. – С. 154.

¹² Вирок Приморського районного суду м. Маріуполь Донецької обл. від 06 квітня 2017 р. (справа № 263/13009/15-к, провадження № 1-кп/266/43/17) // Єдиний державний реєстр судових рішень : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/65890710>

¹³ Про судову практику в справах про злочини проти життя та здоров'я особи : постанова Пленуму Верховного Суду України від 7 лютого 2003 р. № 2 // Законодавство України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0002700-03>

¹⁴ Вирок Апеляційного суду Київської області від 15 липня 2010 р. (справа № 1-13/10) // Єдиний державний реєстр судових рішень : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/52159660>; Вирок Баштанського районного суду Миколаївської області від 25 червня 2015 р. (справа № 468/560/14-к) // Єдиний державний реєстр судових рішень : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/39435618>; Вирок Новокаховського міського суду Херсонської області від 18 грудня 2012 р. (справа № 2117/210/2012) // Єдиний державний реєстр судових рішень : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/28182069>

¹⁵ Вирок Ленінського районного суду м. Миколаєва від 25 квітня 2014 р. (справа № 489/1363/14-к, провадження № 1-кп/489/178/14 // Єдиний державний реєстр судових рішень : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/38422019>

Резюме

Андрушко А.В. Проблеми кваліфікації захоплення заручників.

У статті на підставі аналізу кримінального законодавства, доступної емпіричної бази і наукової літератури досліджено проблемні питання кваліфікації захоплення заручників (ст. 147 Кримінального кодексу України).

Ключові слова: злочини проти волі, честі та гідності особи, захоплення заручників, кримінально-правова кваліфікація.

Резюме

Андрушко А.В. Проблемы квалификации захвата заложников.

В статье на основании анализа уголовного законодательства, доступной эмпирической базы и научной литературы исследованы проблемные вопросы квалификации захвата заложников (ст. 147 Уголовного кодекса Украины).

Ключевые слова: преступления против свободы, чести и достоинства личности, захват заложников, уголовно-правовая квалификация.

Summary

Andrushko A. Issue of legal denomination of the hostage-taking.

The article analyzes criminal legislation, available empirical data and scholar literature in order to investigate problem issues of legal denomination of the hostage-taking (article 147 of the Criminal Code of Ukraine).

Key words: crimes against liberty, honor and dignity of a person, hostage-taking, criminal law denomination.

УДК 004.056.5:378.1 (045)

П.Д. БІЛЕНЧУК, Т.В. ОБІХОД

Петро Дмитрович Біленчук, професор Київського університету права НАН України

Тетяна Вікторівна Обіход, старший науковий співробітник Інституту ядерних досліджень НАН України, юрист

КІБЕРБЕЗПЕКА І ЗАСОБИ ЗАПОБІГАННЯ ТА ПРОТИДІЇ КІБЕРЗЛОЧИННОСТІ Й КІБЕРТЕРОРИЗМУ

У наш час глобалізації і охоплення Всесвітньою мережею галузей науки, економіки, банківської сфери, політичного життя, систем електропостачання, розвитку систем телекомунікації, однією із нагальних проблем є проблема кібербезпеки.

Метою статті є аналіз сучасного стану кіберзлочинності в Україні і розгляд концептуальних безпечних засад формування стратегії розвитку України задля надійного захисту і успішного інноваційного розвитку нашої держави.

В Україні кібербезпеці приділяється багато уваги на законодавчому рівні. У Законі України «Про національну безпеку України»¹ акцентується увага на необхідності боротьби із тероризмом². У рамках цього питання велику увагу приділено кібербезпеці. Визначено основи та принципи національної безпеки і оборони і підкреслено: «Стратегія кібербезпеки України – документ довгострокового планування, що визначає загрози кібербезпеці України, пріоритети та напрями забезпечення кібербезпеки України з метою створення умов для безпечного функціонування кіберпростору, його використання в інтересах особи, суспільства і держави». Стаття 31 «Стратегія кібербезпеки України» є документом довгострокового планування, в якому визначаються:

- пріоритетні напрями, концептуальні підходи до формування та реалізації державної політики щодо безпечного функціонування кіберпростору, його використання в інтересах особи, суспільства і держави,
- наявні та потенційні кіберзагрози життєво важливим інтересам людини і громадянина, суспільства та держави в кіберпросторі,
- пріоритети національних інтересів України у сфері кібербезпеки,
- підвищення ефективності основних суб'єктів забезпечення кібербезпеки, насамперед суб'єктів сектору безпеки і оборони, щодо виконання завдань у кіберпросторі, а також потреби бюджетного фінансування, достатні для досягнення визначених цілей і розв'язання передбачених завдань, та основні напрями використання фінансових ресурсів.

Реалізація Стратегії кібербезпеки України здійснюється на основі національного оборонного, безпекового, економічного, інтелектуального потенціалу з використанням механізмів державно-приватного партнерства, а також із залученням міжнародної консультативної, фінансової, матеріально-технічної допомоги.

Закон України «Про основні засади забезпечення кібербезпеки України», який набрав чинності 9 травня 2018 р.³, дає таке визначення кібербезпеки: «Кібербезпека – захищеність життєво важливих інтересів людини і громадянина, суспільства та держави під час використання кіберпростору, за якої забезпечуються сталий розвиток інформаційного суспільства та цифрового комунікативного середовища, своєчасне виявлення, запобігання і нейтралізація реальних і потенційних загроз національній безпеці України в кіберпросторі». Законом про кібербезпеку вперше встановлюється значна кількість понять, що є новими для правового поля України, а саме:

- кібербезпека;
- кіберзагроза;
- кіберпростір;
- кіберінцидент;
- кібершпигунство;
- кібертероризм

та інші поняття, які потребують подальшого узгодження з чинними законами і розмежування із суміжними поняттями.

Кіберзлочинність визначається як злочин, у якому комп'ютер є об'єктом злочину (хакерство, фішинг, спам) або використовується як інструмент для вчинення злочину (дитячої порнографії, злочини на ґрунті ненависті).

Необхідно виділити наступні типи кібератак:

- яка використовує шкідливе програмне забезпечення і порушує роботу мережі за допомогою окремої виноски або небезпечного посилення і вкладення електронної пошти за допомогою фішинга. Після такої атаки зловмисник може встановити програмне забезпечення для обробки всієї конфіденційної інформації жертви: дані кредитної карти і логіну;
- атаки підслуховування (Man-in-the-middle (MitM));
- проводити атаки з розподіленою відмовою (DdoS);
- SQL(Structured Query Language)-ін'єкції зі шкідливим кодом на сервері;
- проводити операцію із нульовим днем після оголошення про мережеву уразливість до того, як буде реалізований патч або рішення.

Один із найвідоміших квантових хакерів у світі Вадим Макаров звертає увагу на те, що нині існує понад 20 способів зламати квантовий зв'язок. Найпростіший спосіб, на думку Макарова, це підключитися до лінії зв'язку в момент передачі фотона і спробувати виміряти його стан. Квантова система зв'язку не знаходиться завжди в ідеальному стані, на сьогоднішній день багато функцій захисту поки просто не працюють. При цьому уразливості системи дають змогу перехоплювати ключ під час його передачі непомітно для обох сторін. Для цього потрібна лише добра оптична лабораторія вартістю до \$ 1 млн.

Таким чином, кіберзлочинність охоплює широкий спектр видів діяльності, але їх можна розподілити на дві основні категорії:

1. Злочини, які націлені на комп'ютерні мережі або пристрої. До таких видів злочинів належать віруси і атаки типу «відмова в обслуговуванні» (DoS).

2. Злочини, які використовують комп'ютерні мережі для просування іншої злочинної діяльності. До таких видів злочинів належать кібер-штурм, фішинг і шахрайство або крадіжка особистих даних.

Відомо, що з кіберзлочинністю пов'язане поняття кібертероризму, який визначається Федеральним бюро розслідувань США як навмисний напад на комп'ютерну систему, комп'ютерні дані, програми та іншу інформацію з єдиною метою насильства щодо підпільних агентів і субнаціональних груп. Головна мета кібертероризму – заподіяти шкоду і руйнування^{4,5}.

Вважаємо, що кібертероризм можна в цілому класифікувати за трьома основними категоріями:

простий – це основні атаки, які включають злом окремої системи;

додатковий – це більш складні атаки, які можуть включати злом декількох систем і/або мереж;

комплексний – це скоординовані атаки, які пов'язані із великомасштабним впливом і використанням складних інструментів.

Основними галузями загроз від кібертероризму є наступні:

- галузі електропостачання;

- системи телекомунікацій;
- дії Кабінету Міністрів і адміністрації Президента.

Сучасний ринок кіберзлочинності є наступним:

- наркотики;
- промисловість;
- банківські послуги;
- речовий ринок;
- ринок ІТ технологій;
- фармацевтичний ринок.

Його особливості пов'язані із відсутністю певного місця як джерела загрози і глобалізмом масової загрози. Тому боротьба із цим соціальним злом є вкрай необхідною, важливою та з позиції забезпечення безпеки людини, суспільства, держави, цивілізації є загальнообов'язковою.

Статистичні дані органів правосуддя засвідчують, що кількість і багатосторонність кібератак сьогодні є вражаючою. Перелічимо лише декілька з них:

- Атаки на промислові об'єкти, енергетичні системи.

США. Операція «NightKnight» (нічний лицар). У 2011 р. компанія McAfee оприлюднила детальну доповідь про виявлену нею потужну операцію кібершпигунства.

Саудівська Аравія. Операція «Shamoon» та однойменний вірус були виявлені в 2012 році.

Україна. Кібератака на енергетичні компанії України в грудні 2015 року. Найбільше постраждали споживачі «Прикарпаттяобленерго»: було вимкнено близько 30 підстанцій, близько 230 тисяч мешканців залишилися без світла протягом однієї-шести годин.

- Системи управління технологічними процесами.

Австралія. У березні-квітні 2000 р. відбулась низка невдалих кібератак (не менше 45) на систему управління нещодавно побудованою водоочисною системою в графстві Маручі, Квінсленд, Австралія. Нарешті, із 46-ї спроби зловмисників, Вайтеку Боудену, вдалось вивести систему управління з ладу, в навколишнє середовище (парки, річки) Маручідору вилилось близько 800 тис. м³ стічних вод.

Іран. Операція «Олімпійські ігри» з використанням комп'ютерного хробака Стакснет – спроба саботувати ядерну програму Ірану.

- Об'єкти інфраструктури.

США. Наприкінці листопада 2016 р. інформаційна система міського громадського транспорту (автобуси та трамвай) Сан-Франциско була вражена здирницьким програмним забезпеченням (англ. ransomware).

США. 15 березня 2018 р. американський уряд оприлюднив спільну доповідь CERT-US, ФБР та Міністерства національної безпеки, в якій звинуватили Російську Федерацію у здійсненні хакерських атак на державні установи, об'єкти критичної інфраструктури, енергетичні та ядерні об'єкти, приватні підприємства.

- Кібервійни.

Естонія-Росія. Кібератаки проти Естонії (2007 р.) – перші відомі масовані кібератаки, спрямовані проти національної безпеки країни. Зловмисникам вдалось вчинити «дефейс» деяких сайтів, урядові та банківські сервери і служби були виведені з ладу внаслідок масованих атак на відмову в обслуговуванні.

Грузія-Росія. Кібератаки проти Грузії (2008 р.), які відбувались спільно зі збройною агресією Російської Федерації проти країни. Перевага була віддана атакам на відмову в обслуговуванні урядових веб-сайтів та засобів масової інформації. Під час другої хвилі вже відбувались діфейси різних сайтів, а також DoS-атаки проти ширшого кола сайтів (великих приватних підприємств, тощо).

Україна-Росія. Російсько-українська кібервійна з 2014 року. Перші атаки на інформаційні системи приватних підприємств та державні установи України фіксували ще під час масових протестів у 2013 році. Повідомлення вірусу Petya, що показується після завершення шифрування головної таблиці файлів файлової системи NTFS (Україна, червень 2017 р.)⁶.

Бангладеш Хакерська крадіжка золотовалютних резервів Бангладеш – спроба викрасти невстановленими особами в 2016 р. майже \$ 1 млрд з рахунку Банку Бангладеш у Федеральному резервному банку Нью-Йорка, з яких вдалось вивести лише \$101 млн.

Про актуальність боротьби із кіберзлочинністю можна більш детально дізнатися із сайту URL: <https://korrespondent.net/tag/38906/>, який є лише відображенням останньої інформації із теми «Кібератака» в інтернеті наприкінці 2018 року.

Згідно з дослідженням «Глобальний індекс кібербезпеки» (Global Cybersecurity Index), який щорічно проводиться Міжнародним союзом електрозв'язку (ITU), у 2017 р. Україна зайняла «почесне» 59 місце в рейтингу з 193 можливих. Слід зазначити, що рівень кібербезпеки держав-респондентів оцінювався за п'ятьма основними показниками:

- Legal (законодавча база);
- Technical (технологічна база);
- Organization (методологічна база);
- Capacity Building (нарощування потенціалу);
- Cooperation (розвиток взаємодії).

З перерахованих вище показників в Україні в «зеленій зоні» опинилися тільки «Legal» і «Cooperation». Відомо, що навіть багаторазове прочитання вголос законів і нормативних документів дуже мало допоможе в

практичному вирішенні означеної проблеми. Наші найнижчі показники фактично пов'язані із практичною площиною. Очевидно, що нам сьогодні бракує як високих технологій, так і належних світових стандартів і методологій з кібербезпеки. Сьогодні фактично відсутня імплементація реальних заходів кіберзахисту в IT-інфраструктурах, слабкий процес навчання і підвищення обізнаності в питаннях кібербезпеки. Очевидно, що закони – це не якась окрема від всіх нас сутність. Їх виконання – це наш головний обов'язок.

Для України у сфері кібербезпеки існують тільки дві основні проблеми: внутрішня і зовнішня:

а) внутрішня проблема полягає в тому, що комерційні структури і фізичні особи не є обізнаними із кіберпроблемами. Передусім потрібно працювати над взаємодією між силовими структурами і тими комерційними організаціями, які можуть забезпечити цей сервіс із подолання проблем при атаках, хаках і т.д. Крім того, повинні бути реформи у сфері освіти задля достатньої інформаційної професійної грамотності випускників вузів. Очевидно, що фахівці із кібербезпеки зможуть пояснювати необхідність кіберзахисту, і відповідно будуть розвивати послуги з кібербезпеки. Вважаємо, що наявність таких спеціалістів є важливою з позиції захисту державних об'єктів, державної таємниці, у зв'язку з низьким рівнем впровадження інноваційних технологій у сферу захисту інформації державної важливості;

б) якщо вести мову про зовнішню політику в цьому плані, то захист державних об'єктів і державної таємниці також повинен підтримуватися з інформаційних засадничих положень. Безумовно, існує дуже хороша наукова школа СБУ і т.д. Але треба звернути увагу на те, що існує технічна недосконалість на підприємствах, а технології, як відомо, постійно розвиваються. У цій сфері теж потрібні постійні оновлення.

Тому не випадково, що тема кібератак увійшла до порядку денного саміту ЄС (17–18 жовтня 2018 р.) у зв'язку з кібератакою на Організацію по забороні хімічної зброї (ОЗХЗ), в якій звинувачують російські спецслужби. У зв'язку з цим 18 жовтня 2018 р. глави держав і урядів 28 країн Європейського Союзу звернули увагу Брюсселя на заходи по боротьбі з кібератаками за допомогою встановлення відповідних санкцій. Про це повідомила прес-служба Ради ЄС за підсумками дводенного саміту. Представник прес-служби даного форуму акцентував увагу на тому, що: «Саміт тільки що погодив роботу над боротьбою з кібератаками за допомогою обмежувальних заходів»^{7,8,9}.

Отже, можемо зробити такі висновки, а також надати пропозиції та рекомендації. Задля запобігання кіберзлочинності та кібертероризму реакція Уряду України на кіберзагрози, очевидно, що повинна бути наступною:

1) карантин на смартфони;

2) стандартні методи захисту;

а) морально-етичні засоби. До цієї групи належать норми поведінки, які традиційно склались або складаються з поширенням ЕОМ, мереж і т. ін.;

б) правові засоби захисту, які вимагають удосконалення кримінального і цивільного законодавства, а також судочинства. Вони повинні бути пов'язаними із підвищенням жорсткості кримінальних законів щодо комп'ютерних злочинців. Наприклад, у Гонконгу максимальне покарання за такий злочин – 10 років позбавлення волі, а у Кримінальному кодексі України незаконне втручання в роботу комп'ютерів та комп'ютерних мереж карється штрафом до сімдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або виправними роботами на строк до двох років, або обмеженням волі на той самий строк;

в) адміністративні (організаційні) засоби захисту інформації, які регламентують процеси функціонування ІС, використання її ресурсів;

г) засоби фізичного (технічного) захисту інформації – це різного роду механічні, електро- або електронно-механічні пристрої для захисту від несанкціонованого доступу і викрадень інформації;

д) програмні засоби захисту забезпечують ідентифікацію та аутентифікацію користувачів із використанням біометричного захисту інформації;

3) розробка автоматизованих систем, мереж і комп'ютерів, повинні бути добре захищеними проти зламу.

¹ Про національну безпеку України : Закон України // Відомості Верховної Ради (ВВР). – 2018, № 31. – Ст. 241.

² Біленчук П.Д. Розвиток ядерної криміналістики для протидії міжнародному тероризму / П.Д. Біленчук, Т.В. Обіход // Сучасні правові системи світу в умовах глобалізації: реалії та перспективи: матеріали міжнародної наук.-практ. конференції (м. Київ, 11–12 березня 2016 р.). – К.: Центр правових наукових досліджень, 2016. – С. 128–130; Обіход Т.В. Загроза ядерного тероризму та боротьба з ним за допомогою ядерної криміналістики / Т.В. Обіход // Безпека людини, суспільства, держави: правові, криміналістичні і психофізіологічні засади : зб. матеріалів Міжнародної наук.-практ. конференції (м. Київ, 17 листопада 2015 р.). – С. 33–38; Біленчук П.Д. Правове регулювання та національна програма України в галузі ядерної криміналістики П.Д. Біленчук, Т.В. Обіход // Часопис Київського університету права. – 2016. – № 1. – С. 260–264; Біленчук П.Д., Обіход Т.В. Сучасні реалії та розвиток ядерної криміналістики. – С. 20–25; Напрями реформування кримінального провадження в Україні: процесуальні та криміналістичні аспекти // Збірник матеріалів VI Міжнародної науково-практичної конференції (27 травня 2016 р.) / редкол. Ю.Л. Бошицький, Г.С. Семаков, П.Д. Біленчук, У.Б. Андрусів та ін. – Л.: Галицька видавнича спілка, 2016. – 196 с.; Біленчук П.Д., Обіход Т.В. Створення ядерної криміналістики як протидії ядерному тероризму // Сучасний стан криміналістичного забезпечення досудового розслідування : Збірник матеріалів конференції / редкол.: Кобилянський О.Л., Свобода Є.Ю. – К.: Навчально-науковий інститут № 2 Національної академії внутрішніх справ, 2017. – 476 с. – С. 39–45; Біленчук П.Д. Правове і криміналістичне забезпечення протидії ядерному тероризму / П.Д. Біленчук, Т.В. Обіход // Часопис Київського університету права. – 2017. – № 1. – С. 292–296; Біленчук П.Д. Ядерна безпека: сучасний стан правового

забезпечення / П.Д. Біленчук, Т.В. Обіход // Правове забезпечення безпеки в сучасному вимірі: матеріали наук.-методологічного семінару (м. Київ, 18 травня 2017 р.). – К.: КУП НАН України, 2017. – С. 3; Біленчук П. Ядерна безпека і ядерна криміналістика: стратегія наукового забезпечення / П. Біленчук, Т. Обіход // Юридичний вісник України. – 2017. – № 21 (1141). – С. 14–15.

³ Про основні засади забезпечення кібербезпеки України: Закон України // Відомості Верховної Ради (ВВР). – 2017. – № 45. – Ст. 403.

⁴ NASA Mariner INSSDC ID: MARIN1 Passwords revealed by sweet deal – BBC News.

⁵ Richardson R. (2010). 2009 CSI Computer Crime & Security Survey. Computer Security Institute. «A General Framework for Formal Notions of Secure Systems». – В. Pfitzmann, M. Waidner, Hildesheimer Informatik-Berichte.

⁶ Кім Зеттер, Wired (17 березня 2016). Хакерська атака Росії на українську енергосистему: як це було : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://texty.org.ua/pg/article/newsmaker/read/66125/Hakerska_ataka_Rosiji_na_ukrajinsku_jenergosys temu_jak

⁷ Біленчук П.Д. Електронна цивілізація: інноваційне майбутнє України: монографія / П.Д. Біленчук, М.М. Близнюк, О.Л. Кобилянський, М.І. Малій, Ю.О. Пілюков, О.В. Соболев; за заг. ред. П.Д. Біленчука. – К.: УкрДГПІ, 2018. – 284 с.

⁸ Біленчук П. Конвергенція квантового майбутнього: правове, освітнє, наукове і ресурсне забезпечення / П. Біленчук // Юридичний вісник України. – 2018. – № 42–43. – С. 16–17.

⁹ Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 27 січня 2016 року «Про Стратегію кібербезпеки України»: Указ Президента України № 96/2016.

Резюме

Біленчук П.Д., Обіход Т.В. Кібербезпека і засоби запобігання та протидії кіберзлочинності й кібертероризму.

Розглянуто законодавче забезпечення і основні поняття кібербезпеки і кіберзлочинності. Наведено основні типи кібератак і галузі загроз від кібертероризму. Підкреслено глобалізм, велику небезпеку і масовість наслідків кібертероризму. Проаналізовано недоліки боротьби із кіберзлочинністю. Запропоновано внутрішні й зовнішні засоби подолання проблем боротьби із кібертероризмом в Україні.

Ключові слова: кібербезпека, кіберзлочинність, кібертероризм, національна безпека, кіберзагроза.

Резюме

Біленчук П.Д., Обіход Т.В. Кибербезопасность и методы предотвращения и противодействия киберпреступности и кибертерроризму.

Рассмотрено законодательное обеспечение и основные понятия кибербезопасности и киберпреступности. Приведены основные типы кибератак и разновидности угроз, связанных с кибертерроризмом. Подчеркнуты глобализм, большая опасность и массовость последствий кибертерроризма. Проанализированы недостатки борьбы с киберпреступностью. Предложены внутренние и внешние средства преодоления проблем борьбы с кибертерроризмом в Украине.

Ключевые слова: кибербезопасность, киберпреступность, кибертерроризм, национальная безопасность, киберугроза.

Summary

Bilenchuk P., Obikhod T. Cybersecurity and means of preventing and combating to cybercrime and cyberterrorism.

In this article legislative support and basic concepts of cybersecurity and cybercrime are considered. The main types of cyberattacks and the types of threats associated with cyberterrorism are given. Globalism, great danger and mass consequences of cyberterrorism are underlined. The shortcomings of the fight against cybercrime are analyzed. Internal and external means of overcoming of the problems of fighting again cyberterrorism in Ukraine are proposed.

Key words: cybersecurity, cybercrime, cyberterrorism, national security, cyber threat.

Д.В. БОЙЧУК

Дмитро Валерійович Бойчук, кандидат юридичних наук, доцент Київського університету імені Бориса Грінченка

ПРОБЛЕМИ ЗАКОНОДАВЧОГО РЕГУЛЮВАННЯ ВІДСТОРОНЕННЯ ВІД ПОСАДИ ЯК ЗАХОДУ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ

Вагому роль у забезпеченні дієвості досудового розслідування та судового провадження відіграють заходи забезпечення кримінального провадження. Серед усіх заходів забезпечення кримінального провадження, виокремлених в Кримінальному процесуальному кодексі України (далі – КПК України), окремо виділяється відсторонення від посади. Цей захід не є новим для національного кримінального процесу, його застосування відбувається постійно та стикається із багатьма прогалинами в законодавстві.

Розглядаючи наукові джерела, можна помітити, що вченими проводиться недостатньо досліджень, які присвячені відстороненню від посади. Дослідженням відсторонення від посади, зокрема, займалися: С.В. Завада, Ю.М. Дьомін, Н.З. Рогатинська, Л.А. Квіт, О.Є. Бойко, В.І. Фаринник, А.В. Захарко та інші. Кожен із вчених пропонує свої підходи в дослідженні відсторонення від посади, які не повністю розкривають суть цього заходу. Тому це питання потребує подальшого вивчення.

Метою даної статті є дослідження заходу забезпечення кримінального провадження – відсторонення від посади, проведення його нормативно-правового аналізу, а також з'ясування проблем законодавчого регулювання цього заходу.

Саме відсторонення від посади в науковій літературі характеризується різними вченими, зокрема, на думку С.В. Завади, відсторонення від посади слід розуміти як захід кримінально-процесуального примусу, що застосовується в передбаченому законом порядку та полягає в тимчасовій забороні підозрюваному (обвинуваченому) виконувати посадові повноваження, роботу, яку він виконував, або займатися діяльністю, якою він займався¹. Ю.М. Дьомін пропонує більш уточнене визначення та формулює відсторонення від посади як тимчасове, вимушене недопущення особи, яка знаходиться у певних службових відносинах з органами державної влади та місцевого самоврядування, підприємствами, установами чи організаціями, до виконання своїх функціональних обов'язків із підстав і в порядку, передбачених КПК України². Н.З. Рогатинська та Л.А. Квіт, на нашу думку, взагалі об'єднують вищезазначені визначення та формулюють єдине³.

Якщо визначати «відсторонення від посади» у більш вузькому значенні, то у підручнику «Кримінальний процес» за загальною редакцією В.В. Коваленка, Л.Д. Удалової, Д.П. Письменного, зокрема, викладено, що це захід забезпечення кримінального провадження, який полягає у тимчасовому, вимушеному недопущенні посадової особи до виконання своїх функціональних обов'язків і застосовується щодо особи, яка підозрюється або обвинувачується у вчиненні злочину⁴. Слід звернути увагу, що визначення «відсторонення від посади» в КПК України 2012 р. немає.

Звертаючись до Розділу II «Заходи забезпечення кримінального провадження» КПК України, можна помітити, що в ч. 2 ст. 131 серед визначених заходів забезпечення кримінального провадження є й відсторонення від посади. Але слід звернути увагу на те, що КПК України виділяє відсторонення від посади як загальний захід забезпечення кримінального провадження (п. 4 ч. 2 ст. 131 КПК України) та тимчасове відсторонення судді від здійснення правосуддя як спеціальний захід забезпечення кримінального провадження (п. 4-1 ч. 2 ст. 131 КПК України)⁵. Тобто, із аналізу ч. 2 ст. 131 КПК бачимо, що законодавець виділяє два види заходу «відсторонення від посади». Причому останній із них був введений у КПК 21 грудня 2016 р. після прийняття Закону України «Про Вищу раду правосуддя», в якому в «Прикінцевих та перехідних положеннях» було зазначено, що у Кримінальному процесуальному кодексі України частину другу ст. 131 потрібно доповнити п. 4-1 такого змісту: «4-1) тимчасове відсторонення судді від здійснення правосуддя»⁶.

Аналізуючи норми КПК, які регулюють підстави та порядок застосування відсторонення від посади, можна зробити висновок, що такий вид заходів забезпечення кримінального провадження може бути здійснено щодо особи, яка підозрюється або обвинувачується у вчиненні злочину середньої тяжкості, тяжкого чи особливо тяжкого злочину, і незалежно від тяжкості злочину – щодо особи, яка є службовою особою правоохоронного органу (ст. 154 КПК)⁷.

Слід звернути увагу на положення КПК, де йдеться про відсторонення від посади стосовно службових осіб правоохоронних органів, яке застосовується незалежно від тяжкості вчиненого ними злочину. На думку С.В. Завади, це пояснюється тим, що ці особи, відповідно до свого службового становища, потенційно мають більше можливостей для негативного впливу на перебіг досудового розслідування та судового розгляду⁸.

Переглядаючи норми КПК, можна помітити, що там немає положень, які б регулювали порядок відсторонення від посади осіб, які працюють за сумісництвом або на громадських засадах. Досить часто особи працюють на декількох підприємствах, установах чи організаціях, де можуть займати посади за сумісництвом або й взагалі працювати на громадських засадах. Відсутність норм у законодавстві не означає, що такі особи не можуть вчиняти злочини, причому вони можуть знищувати, підробляти документи, що мають значення для досудового розслідування, а також впливати на свідків тощо. Тому, вважаємо, таких осіб необхідно також відсторонювати від посади.

На переконання М.С. Громової, відсторонення від посади має загального та спеціального суб'єкта застосування цього заходу. Зокрема, загальним суб'єктом є слідчий суддя або суд залежно від стадії кримінального провадження, на якій приймається таке рішення. Спеціальний суб'єкт – Президент України, який вирішує відсторонення від посади щодо осіб, які ним призначаються на підставі вмотивованого клопотання прокурора⁹ (ст. 154 КПК України). Але тут, на нашу думку, викликає зауваження положення ч. 3 ст. 154 КПК України, де не вказано, який саме прокурор має звертатися з клопотанням до Президента України про відсторонення від посади. Тому, на наш погляд, це є прогалиною законодавства, яку потрібно усунути. Щодо переліку осіб, які призначаються на посаду Президентом України, то вважаємо, що він визначається ст. 106 Конституції України, Законом України «Про центральні органи виконавчої влади», Законом України «Про місцеві державні адміністрації».

На нашу думку, до вищезазначених суб'єктів застосування заходу – відсторонення від посади, слід додати ще одного спеціального суб'єкта – Вищу раду правосуддя, що відсторонює суддю від здійснення правосуддя на підставі вмотивованого клопотання Генерального прокурора або його заступника у зв'язку з притягненням судді до кримінальної відповідальності (ч. 1 ст. 155-1)¹⁰. Більшість дослідників, аналізуючи відсторонення від посади, не вказують у своїх дослідженнях на спеціального суб'єкта – Вищу раду правосуддя, оскільки їх дослідження були проведені до грудня 2016 року. Саме 21 грудня 2016 р. був прийнятий Закон України «Про Вищу раду правосуддя», яким у «Прикінцевих та перехідних положеннях» було визначено, що Кримінальний процесуальний кодекс України потрібно доповнити ст. 155-1 «Тимчасове відсторонення судді від здійснення правосуддя у зв'язку з притягненням до кримінальної відповідальності та продовження строку такого тимчасового відсторонення», де й визначено, що Вища рада правосуддя відсторонює суддю від посади¹¹.

Вважаємо, що прийняття рішення про відсторонення від посади в будь-якому випадку, незалежно від того, чи є особа, щодо якої застосовується цей захід, суддею, чи займає іншу посаду, має прийматися виключно судом. Таким чином, це дасть можливість його оскарження та скасування. Слід також звернути увагу й на те, що в КПК не визначено, який за наслідками розгляду клопотання про відсторонення від посади, повинен прийматися Президентом України чи Вищою радою правосуддя «процесуальний» документ. Також не означено порядку його оскарження та скасування, що, на наш погляд, є прогалиною законодавця.

Проаналізувавши КПК України, вважаємо за потрібне визначити процесуальний порядок відсторонення від посади. Тут слід виділити декілька етапів, враховуючи те, що відсторонення застосовується як загальний захід та спеціальний захід забезпечення кримінального провадження:

1) *звернення із клопотанням про відсторонення від посади:*

а) відсторонення від посади як загальний захід забезпечення кримінального провадження відбувається таким чином: прокурор або слідчий за погодженням із прокурором звертається до слідчого судді або суду із клопотанням про відсторонення особи від посади. Із клопотанням про відсторонення від посади особи, що призначається Президентом України, має право звернутися прокурор до Президента України, а про відсторонення від посади члена Національного агентства з питань запобігання корупції – Генеральний прокурор або його заступник. У клопотанні обов'язково подаються: короткий виклад обставин кримінального правопорушення; правова кваліфікація кримінального правопорушення; виклад обставин, що дають підстави підозрювати особу у вчиненні кримінального правопорушення, і посилання на ці обставини; посада, яку обіймає особа; обов'язковий виклад підстав для застосування та перелік свідків, яких необхідно допитати під час розгляду клопотання; виклад обставин, що дають підстави вважати, що підозрюваний, обвинувачений, перебуваючи на посаді, знищить чи підробить речі і документи, які мають суттєве значення для досудового розслідування, незаконними засобами впливатиме на свідків та інших учасників кримінального провадження або протиправно перешкоджатиме кримінальному провадженню іншим чином. До даного клопотання додаються копії матеріалів, якими слідчий, прокурор обґрунтовує доводи клопотання; документи, які підтверджують надання підозрюваному, обвинуваченому копій клопотання та матеріалів, що обґрунтовують клопотання (ст. 155 КПК)¹²;

в) тимчасове відсторонення судді від здійснення правосуддя як спеціальний захід забезпечення кримінального провадження відбувається таким чином: клопотання про тимчасове відсторонення судді від здійснення правосуддя у зв'язку з притягненням до кримінальної відповідальності подається Генеральним прокурором або його заступником до Вищої ради правосуддя стосовно судді, який є підозрюваним, обвинувачуваним (підсудним) на будь-якій стадії кримінального провадження (ч. 1, 2 ст. 155-1 КПК). Причому клопотання про тимчасове відсторонення судді від здійснення правосуддя у зв'язку з притягненням до кримінальної відповідальності повинно відповідати вимогам, які ставляться до клопотанням про загальне відсторонення особи від посади (ч. 3 ст. 155 КПК)¹³;

2) розгляд клопотання про відсторонення від посади:

а) клопотання про відсторонення особи від посади як загальний захід забезпечення кримінального провадження розглядається слідчим суддею, судом не пізніше трьох днів з дня його надходження до суду за участю слідчого та/або прокурора і підозрюваного чи обвинуваченого, його захисника. Слідчий суддя, суд, встановивши, що клопотання подано без додержання вимог, зазначених у ст. 155 КПК, повертає його прокурору, про що постановляє ухвалу. Під час розгляду клопотання слідчий суддя, суд має право за клопотанням сторін кримінального провадження або за власною ініціативою заслухати будь-якого свідка чи дослідити будь-які матеріали, що мають значення для вирішення питання про відсторонення від посади (ст. 156 КПК)¹⁴.

Вважаємо, що законодавцю необхідно зменшити строк прийняття слідчим суддею, судом рішення про відсторонення від посади. Пропонуємо скоротити строк до 24 годин з моменту надходження клопотання про застосування цього заходу. Такий строк буде реально відповідати основам розумності строків кримінального провадження. Такої ж думки дотримується і С.В. Завада, який визначає, що такий строк буде достатнім для підготовки необхідних матеріалів та забезпечення участі в розгляді клопотання заінтересованих осіб¹⁵;

б) щодо строку розгляду клопотання про тимчасове відсторонення судді від здійснення правосуддя у зв'язку з притягненням до кримінальної відповідальності, то в КПК України, зокрема у ст. 155-1, ніяких вказівок не міститься, що є недоробком законодавця;

3) вирішення питання про відсторонення від посади:

а) щодо відсторонення особи від посади як загального заходу забезпечення кримінального провадження, то слідчий суддя, суд може прийняти такі рішення: відмовити у задоволенні або задовольнити клопотання про відсторонення від посади.

Слідчий суддя, суд відмовляє в задоволенні клопотання про відсторонення від посади, якщо слідчий, прокурор не доведе наявність достатніх підстав вважати, що такий захід необхідний для припинення кримінального правопорушення, припинення або запобігання протиправній поведінці підозрюваного чи обвинуваченого, який, перебуваючи на посаді, може знищити чи підробити речі і документи, які мають значення для досудового розслідування, незаконними засобами впливати на свідків та інших учасників кримінального провадження або протиправно перешкоджати кримінальному провадженню іншим чином (ст. 157 КПК)¹⁶.

Натомість при вирішенні питання про відсторонення від посади слідчий суддя, суд зобов'язаний врахувати такі обставини: 1) правову підставу для відсторонення від посади; 2) достатність доказів, які вказують на вчинення особою кримінального правопорушення; 3) наслідки відсторонення від посади для інших осіб (ст. 157 КПК)¹⁷.

За наслідками розгляду клопотання слідчий суддя, суд постановляє ухвалу, в якій зазначає: 1) мотиви застосування або відмови у задоволенні клопотання про відсторонення від посади; 2) перелік документів, які посвідчують обіймання особою посади та які підлягають поверненню особі або вилученню на час відсторонення від посади; 3) строк відсторонення від посади, який не може становити більше двох місяців; 4) порядок виконання ухвали (ст. 157 КПК). Причому копія ухвали надсилається особі, яка звернулася з відповідним клопотанням, підозрюваному чи обвинуваченому, іншим заінтересованим особам не пізніше дня, наступного за днем її постановлення, та підлягає негайному виконанню в порядку, передбаченому для виконання судових рішень¹⁸;

б) щодо вирішенні питання про тимчасове відсторонення судді від здійснення правосуддя у зв'язку з притягненням до кримінальної відповідальності, зокрема, які рішення має прийняти Вища рада правосуддя в КПК України, у ст. 155-1 жодних вказівок не міститься;

4) продовження строку відсторонення від посади та його скасування:

а) щодо відсторонення особи від посади як загального заходу забезпечення кримінального провадження, то прокурор, а щодо члена Національного агентства з питань запобігання корупції – Генеральний прокурор або його заступник, має право звернутися з клопотанням до слідчого судді, суду про продовження строку відсторонення від посади, яке, до речі, розглядається не пізніше трьох днів з дня його надходження до суду (ст. 158 КПК)¹⁹. Із строком розгляду клопотання про продовження строку відсторонення від посади, визначеним законодавцем, вважаємо, слід не погодитись. Пропонуємо скоротити такий строк розгляду також до 24 годин з моменту надходження такого клопотання.

Слідчий суддя, суд можуть відмовити у продовженні строку відсторонення від посади (прийнявши ухвалу), якщо прокурор не доведе, що: 1) обставини, які стали підставою для відсторонення від посади, продовжують існувати; 2) сторона обвинувачення не мала можливості забезпечити досягнення цілей, заради яких було здійснено відсторонення від посади, іншими способами протягом дії попередньої ухвали²⁰.

Вважаємо, що ухвали про відмову у продовженні строку відсторонення від посади з урахуванням вимог ст. 309 КПК оскарженню не підлягають. Так, ч. 1 ст. 309 КПК дає перелік ухвал слідчого судді, які під час досудового розслідування можуть бути оскаржені в апеляційному порядку. Серед них немає ухвали про відмову у продовженні строку відсторонення від посади.

Якщо звернутися до судової практики, то в самих ухвалях про відмову у продовженні строку відсторонення від посади в основному слідчі судді вказують, що вони не підлягають оскарженню. Так, наприклад, в Ухвалі слідчий суддя Приморського районного суду міста Одеси В.М. Коваленко, розглянувши клопотання про продовження строку відсторонення від посади від 07 березня 2018 р. вказав, що ухвала оскарженню не підлягає²¹. Але є й випадки, де в ухвалях про відмову у продовженні строку відсторонення від посади судді вказують, що вони підлягають оскарженню. Так, в Ухвалі слідчий суддя Печерського районного суду

м. Києва О.М. Соколов, розглянувши клопотання про продовження строку відсторонення підозрюваного від посади від 17 липня 2018 р., вказав, що Ухвала може бути оскаржена безпосередньо до Апеляційного суду м. Києва протягом п'яти днів з моменту її проголошення²².

Незважаючи на те, що в ст. 309 КПК встановлено вичерпний перелік ухвал слідчого судді, які можуть бути оскаржені під час досудового розслідування і те, що даною нормою закону не передбачено можливість оскарження в апеляційному порядку ухвали слідчого судді про відмову у продовженні строку відсторонення від посади, на практиці випадки такого оскарження є досить розповсюдженими. Так, Апеляційний суд міста Києва 3 квітня 2018 р. розглянув апеляційну скаргу прокурора у кримінальному провадженні С.В. Трофанюка на ухвалу слідчого судді Печерського районного суду м. Києва від 20 лютого 2018 р. про відмову в продовженні строків дії відсторонення від посади у кримінальному провадженні та задовольнив її²³.

Відсторонення від посади може бути скасовано ухвалою слідчого судді під час досудового розслідування чи суду в ході судового провадження за клопотанням прокурора або підозрюваного чи обвинуваченого, якого було відсторонено від посади, якщо в подальшому застосуванні цього заходу відпала потреба. Розгляд клопотання про скасування відсторонення від посади здійснюється за правилами розгляду клопотання про застосування цього заходу²⁴;

б) з клопотанням про продовження строку тимчасового відсторонення судді від здійснення правосуддя має право звернутися Генеральний прокурор або його заступник. Клопотання про продовження строку тимчасового відсторонення судді від здійснення правосуддя у зв'язку з притягненням до кримінальної відповідальності подається до Вищої ради правосуддя стосовно судді, який є підозрюваним, обвинувачуваним (підсудним) на будь-якій стадії кримінального провадження. Клопотання про продовження строку тимчасового відсторонення судді від здійснення правосуддя у зв'язку з притягненням до кримінальної відповідальності повинно відповідати вимогам ч. 2 ст. 155 КПК (ст. 155-1 КПК)²⁵. Щодо строків розгляду такого клопотання, порядку його розгляду в КПК нічого не зазначено.

Слід підкреслити, що в нормах Глави 14 Розділу II КПК України «Відсторонення від посади» не закріплено строку продовження відсторонення від посади. Єдине, що там визначено, це те, що саме відсторонення від посади здійснюється на підставі рішення слідчого судді під час досудового розслідування чи суду під час судового провадження на строк не більше двох місяців, строк відсторонення від посади може бути продовжено відповідно до вимог ст. 158 КПК. Відповідно в ст. 158 чітких вказівок на строк продовження відсторонення від посади немає. З цього приводу В.І. Фаринник зазначає, що хоча це й чітко не передбачено КПК, відсторонення від посади може бути продовжене у межах досудового розслідування²⁶.

Переглядаючи ч. 2 ст. 219 «Строки досудового розслідування» КПК України, якою встановлено, на який строк може бути продовжено досудове розслідування, бачимо, що строк може бути продовжений до шести місяців – у кримінальному провадженні щодо злочинів невеликої тяжкості або середньої тяжкості; до 12 місяців – щодо тяжких та особливо тяжких злочинів²⁷.

Якщо звернутися до судової практики, то побачимо, що суди в основному продовжують строк відсторонення від посади в межах строку досудового розслідування, причому прямо вказуючи на це в ухвалях. Так, Ухвалою Краматорського міського суду Донецької області від 21 червня 2018 р. слідчий суддя Л.М. Марченко продовжив строк відсторонення від посади директора департаменту соціального захисту населення Луганської обласної державної адміністрації в межах строку досудового розслідування, зокрема, до шести місяців²⁸. В Ухвалі Галицького районного суду міста Львова від 11 травня 2018 р. слідчий суддя В.В. Стрельбицький взагалі вказав про продовження відсторонення від посади начальника кінологічної служби Львівського прикордонного загону Західного регіону України Державної прикордонної служби України в межах строку досудового розслідування²⁹.

Деякими судами при винесенні ухвали про продовження строку відсторонення від посади не вказується, що строк продовження визначається в межах строку досудового розслідування. Наприклад, Ухвалою Верховинського районного суду Івано-Франківської області від 5 вересня 2018 р. слідчий суддя А.Б. Бучинський продовжив строк відсторонення від посади керівника центру, адміністратора центру надання адміністративних послуг Верховинської РДА строком на 30 днів³⁰. Ухвалою того ж Галицького районного суду міста Львова слідчим суддею О.Р. Юрків було продовжено строк відсторонення від посади начальника митного поста «Стрий» Львівської митниці ДФС строком на два місяці³¹.

У КПК також відсутня вказівка про надання прокурором підозрюваному, обвинуваченому копій клопотання про продовження строку відсторонення від посади та матеріалів, що обґрунтовують клопотання. Проте така дія є обов'язковою, виходячи з положень ст. ст. 155, 156 КПК, які визначають порядок розгляду та зміст клопотання про відсторонення від посади, у тому числі наявність документів, які підтверджують надання підозрюваному, обвинуваченому копій клопотання та матеріалів, що обґрунтовують його. Ненадання підозрюваному, обвинуваченому копій клопотання про продовження строку відсторонення від посади та матеріалів, що обґрунтовують клопотання, суперечить загальним засадам кримінального провадження, визначеним КПК, зокрема, змагальності сторін та свободи в поданні ними суду своїх доказів і у доведенні перед судом їх переконливості. На думку В.І. Фаринника, такі випадки зустрічаються у практичній діяльності і в разі їх встановлення суддею має бути відмовлено у задоволенні клопотання. У зв'язку із цим у КПК необхідно передбачити, що копія клопотання та матеріалів, якими обґрунтовується необхідність продовження строку відсторонення від посади, надається підозрюваному, обвинуваченому не пізніше ніж за три години до початку розгляду клопотання³².

Отже, розглянувши захід забезпечення кримінального провадження – відсторонення від посади, вважаємо, що він відіграє важливу роль у забезпеченні дієвості досудового розслідування та судового провадження. Важливо зазначити, що:

1) КПК України визначення «відсторонення від посади» не дає. Різні вчені в науковій літературі пропонують свої підходи до визначення, які є досить схожими або навіть повторюються. На нашу думку, відсторонення від посади слід розуміти як захід забезпечення кримінального провадження, що застосовується до особи, яка підозрюється або обвинувачується у вчиненні злочину, в порядку, передбаченому законодавством, і полягає в тимчасовому недопущенні її до виконання нею діяльності, якою вона займалася до застосування цього заходу;

2) проаналізувавши норми КПК України, можна виділити два види заходу «відсторонення від посади»: відсторонення від посади як загальний захід забезпечення кримінального провадження та тимчасове відсторонення судді від здійснення правосуддя як спеціальний захід забезпечення кримінального провадження;

3) відсторонення від посади має загального та спеціального суб'єкта застосування цього заходу. Загальним суб'єктом є слідчий суддя або суд, спеціальний суб'єкт – Президент України або Вища рада правосуддя.

4) процесуальний порядок відсторонення від посади поділяється на декілька етапів: а) звернення із клопотанням про відсторонення від посади; б) розгляд клопотання про відсторонення від посади; в) вирішенні питання про відсторонення від посади; г) продовження строку відсторонення від посади та його скасування;

5) ухвали про відмову в продовженні строку відсторонення від посади оскарженню не підлягають. Незважаючи на це, на практиці випадки такого оскарження є досить розповсюдженими;

6) оскільки КПК не дає чітких вказівок на строк продовження відсторонення від посади, то виходячи із наукових позицій, а також із практики вважаємо, що відсторонення від посади як захід забезпечення кримінального провадження може бути продовженим у межах досудового розслідування, до шести місяців – у кримінальному провадженні щодо злочинів невеликої тяжкості або середньої тяжкості; до 12 місяців – щодо тяжких та особливо тяжких злочинів;

7) проаналізувавши Главу 14 Розділу II КПК України, вважаємо, що там є багато прогалин, які потрібно усувати: а) відсутність норм, які б регулювали порядок відсторонення від посади осіб, які працюють за сумісництвом або на громадських засадах; б) не вказано, який саме прокурор має звертатися з клопотанням до Президента України про відсторонення від посади; в) не визначено, який за наслідками розгляду клопотання про відсторонення від посади «процесуальний» документ повинен прийматися Президентом України чи Вищою радою правосуддя, також не означено порядку його оскарження та скасування; г) не визначено строк розгляду клопотання про тимчасове відсторонення судді від здійснення правосуддя (клопотанням про продовження строку тимчасового відсторонення судді від здійснення правосуддя) у зв'язку з притягненням до кримінальної відповідальності, а також, які рішення має приймати Вища рада правосуддя як наслідок розгляду такого клопотання; д) не закріплено строку продовження відсторонення від посади; е) відсутня вказівка про надання прокурором підозрюваному, обвинуваченому копій клопотання про продовження строку відсторонення від посади, а також матеріалів, що обґрунтовують клопотання.

Проаналізувавши більшість прогалин КПК України, вважаємо, що законодавець має звернути увагу на них та усунути. Це дасть можливість належним чином запрацювати системі захисту прав людини, громадянина під час здійснення кримінального провадження.

¹ *Завада С.В.* Відсторонення від посади як захід кримінально-процесуального примусу : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 / Завада Сергій Валерійович ; Нац. акад. внутр. справ. – К., 2014. – С. 9.

² *Дьомін Ю.М.* Відсторонення від посади як один із заходів забезпечення кримінального провадження / Ю.М. Дьомін // Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ. – 2013. – № 1. – С. 234.

³ *Рогатинська Н.З.* Відсторонення від посади як захід кримінального процесуального примусу / Н.З. Рогатинська, Л.А. Квіт // Науковий вісник публічного та приватного права. – 2017. – Вип. 1. – С. 237.

⁴ Кримінальний процес: підручник / за заг. ред. В.В. Коваленка, Л.Д. Удалової, Д.П. Письменного. – К.: Центр учбової літератури, 2013. – С. 200.

⁵ Кримінальний процесуальний кодекс України: чинне законодавство зі змінами та допов. станом на 1 верес. 2018 р.: (ОФЦ. ТЕКСТ). – К.: ПАЛИВОДА А.В., 2018. – 408 с.

⁶ Про Вищу раду правосуддя: Закон України (станом на 14 червня 2018 р.) / Верховна Рада України // Відомості Верховної Ради України. – 2017. – № 48. – Ст. 436.

⁷ Кримінальний процесуальний кодекс України: чинне законодавство зі змінами та допов. станом на 1 верес. 2018 р.: (ОФЦ. ТЕКСТ). – К.: ПАЛИВОДА А.В., 2018. – 408 с.

⁸ *Завада С.В.* Вказана праця. – С. 10.

⁹ Кримінальне процесуальне право України : навч. посіб. / Беляєва К.В. та ін. ; за ред. проф. В.Г. Гончаренка та В.А. Колесника ; Акад. адвокатури України. – К. : Юстініан, 2014. – С. 16.

¹⁰ Кримінальний процесуальний кодекс України: чинне законодавство зі змінами та допов. станом на 1 верес. 2018 р.: (ОФЦ. ТЕКСТ). – К.: ПАЛИВОДА А.В., 2018. – 408 с.

¹¹ Про Вищу раду правосуддя: Закон України (станом на 14 червня 2018 р.) / Верховна Рада України // Відомості Верховної Ради України. – 2017. – № 48. – Ст. 436.

¹² Кримінальний процесуальний кодекс України: чинне законодавство зі змінами та допов. станом на 1 верес. 2018 р.: (ОФЦ. ТЕКСТ). – К.: ПАЛИВОДА А.В., 2018. – 408 с.

¹³ Там само.

¹⁴ Там само.

¹⁵ *Завада С.В.* Вказана праця. – С. 11.

¹⁶ Кримінальний процесуальний кодекс України: чинне законодавство зі змінами та допов. станом на 1 верес. 2018 р.: (ОФЦ. ТЕКСТ). – К.: ПАЛИВОДА А.В., 2018. – 408 с.

¹⁷ Там само.

¹⁸ Там само.

¹⁹ Там само.

²⁰ Там само.

²¹ Єдиний державний реєстр судових рішень : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/72827079>

²² Там само : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/75605574>

²³ Там само : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/73344345>

²⁴ Кримінальний процесуальний кодекс України: чинне законодавство зі змінами та допов. станом на 1 верес. 2018 р.: (ОФЦ. ТЕКСТ). – К.: ПАЛИВОДА А.В., 2018. – 408 с.

²⁵ Там само.

²⁶ *Фаринник В.І.* Застосування заходів забезпечення кримінального провадження: теорія та практика : монографія / В.І. Фаринник ; Київ. нац. ун-т ім. Тараса Шевченка. – К. : Правова єдність : Алерта, 2017. – С. 194.

²⁷ Кримінальний процесуальний кодекс України: чинне законодавство зі змінами та допов. станом на 1 верес. 2018 р.: (ОФЦ. ТЕКСТ). – К.: ПАЛИВОДА А.В., 2018. – 408 с.

²⁸ Єдиний державний реєстр судових рішень : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/74961680>

²⁹ Там само : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/73917237>

³⁰ Там само : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/76246375>

³¹ Там само : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/76308050>

³² *Фаринник В.І.* Застосування заходів забезпечення кримінального провадження: теорія та практика : монографія / В.І. Фаринник ; Київ. нац. ун-т ім. Тараса Шевченка. – К. : Правова єдність : Алерта, 2017. – С. 195.

Резюме

Бойчук Д.В. Проблеми законодавчого регулювання відсторонення від посади як заходу забезпечення кримінального провадження.

У даній статті досліджується відсторонення від посади як один із заходів забезпечення кримінального провадження. Автором проведено його нормативно-правовий аналіз, а також з'ясовано проблеми законодавчого регулювання цього заходу.

Ключові слова: кримінальний процесуальний кодекс, відсторонення від посади, захід забезпечення, Вища рада правосуддя, клопотання, прокурор.

Резюме

Бойчук Д.В. Проблемы законодательного регулирования отстранения от должности как меры обеспечения уголовного производства.

В данной статье исследуется отстранение от должности как одно из мероприятий обеспечения криминального производства. Автором проведен его нормативно-правовой анализ, а также выяснены проблемы законодательного регулирования этого мероприятия.

Ключевые слова: уголовный процессуальный кодекс, отстранение от должности, меры обеспечения, Высший совет правосудия, ходатайства, прокурор.

Summary

Boychuk D. Problems of legislative administration of departure from the position as a procedure for provision of criminal proceedings.

In this article a dismissal is investigated as one of events of providing of criminal realization. An author is conduct him normatively-legal analysis, and also the problems of the legislative adjusting of this event are found out.

Key words: criminal procedural code, removal from office, security measure, High Council of Justice, petition, prosecutor.

І.С. ВОЙТЕНКО

Ірина Сергіївна Войтенко, кандидат юридичних наук, доцент, заступник начальника кафедри Університету державної фіскальної служби України

БАНКІВСЬКІ КРЕДИТНІ КАРТКИ ЯК ЗАСІБ ВЧИНЕННЯ ШАХРАЙСТВА

Серед усього масиву кримінальних правопорушень у банківській сфері особливе місце належить шахрайству. Останнім часом в Україні шахрайство набуло поширення й характеризується зміною видів, форм та способів, зокрема, поширеним стає такий його вид, як шахрайства, які вчиняються із залученням банківських кредитних карток.

Шахрайство з платіжними картками як серйозна проблема виникла в нашій державі ще у 1990-ті роки. Цей вид посягань вирізняється деякими специфічними рисами, які ускладнюють розслідування. Зокрема, шахрайство з платіжними картками – кримінальне правопорушення, яке майже завжди відбувається без застосування насильства; шахрайство може маскуватися під порушення законних правочинів; шахрайськими способами з платіжними картками особи можуть вчиняють інші кримінальні правопорушення; шахрайство з платіжними картками – кримінальне правопорушення, під час якого потерпілі, як правило, або не бачать злочинця, або злочинець, знаючи про можливість фіксування технічними засобами, здійснює маскування своєї зовнішності з метою недопущення його ідентифікації.

У сучасній банківській практиці усе частіше зустрічаються випадки шахрайських дій з використанням викрадених, підроблених банківських платіжних карток, а також зчитаної інформації з цих карток тощо.

Наприклад, прокуратура Івано-Франківської області скерувала до суду обвинувальний акт у кримінальному провадженні щодо 25-річної мешканки м. Києва, яка використовуючи підроблені платіжні картки заволоділа понад 35 тис. грн. клієнтів одного із банків¹. Чи за вироком Приморського районного суду м. Маріуполя Донецької області від 12 травня 2016 р. було визнано винною особу у шахрайстві, що вчиняються з використанням кредитних карток, за допомогою виготовлення підробленого паспорта громадянина України². Подібні рішення були прийняті Київським районним судом м. Харкова від 22 квітня 2016 р.³, Шевченківським районним судом м. Києва від 20 квітня 2016 р.⁴ та іншими судами.

Таким чином, дослідження особливостей предмета шахрайств, які вчиняються з використанням банківських кредитних карток, так само як і особливостей процесу розслідування та розкриття цих кримінальних правопорушень, є на сьогодні актуальним питанням.

Метою статті є аналіз теоретичних та практичних положень щодо визначення банківських кредитних карток як предмета шахрайства.

Щодо предмета кримінального правопорушення (а саме злочину) у юридичній літературі сформульована низка концепцій. Можна погодитись із поглядом, який висловлюють А.А. Музика та Є.В. Лашук, згідно з яким предмет злочину – це факультативна ознака об'єкта злочину, що знаходить свій прояв у матеріальних цінностях (котрі людина може сприймати органами чуття чи фіксувати спеціальними технічними засобами), з приводу яких та шляхом безпосереднього впливу на які (або без такого впливу) вчиняється злочинне діяння⁵.

У контексті цієї роботи нам важливо проаналізувати саме такий предмет шахрайств, як банківські кредитні картки, зокрема, виділити функції карток, їх види та визначити важливий для злочинця зміст картки.

Відповідно до п. 1.27 ст. 1 Закону України «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні» від 5 квітня 2001 р. № 2346-III платіжна картка – це електронний платіжний засіб у вигляді емітованої в установленому законодавством порядку пластикової чи іншого виду картки, що використовується для ініціювання переказу коштів з рахунка платника або з відповідного рахунка банку з метою оплати вартості товарів і послуг, перерахування коштів зі своїх рахунків на рахунки інших осіб, отримання коштів у готівковій формі в касах банків через банківські автомати, а також здійснення інших операцій, передбачених відповідним договором⁶.

Платіжна картка як платіжний засіб виконує різні функції, проте основною є функції ідентифікації та руху (переказу) коштів, при цьому можна назвати такі, як функція обміну даними, моніторинг інформації про наявність коштів, списання коштів, здійснення інших фінансових операцій.

Ідентифікованою вважається особа, чия особистість визначається прямо чи опосередковано, зокрема, через ідентифікаційний номер або один чи декілька елементів фізичної, фізіологічної, психічної, економічної, культурної або соціальної тотожності⁷.

Отже, ідентифікація власника (користувача) картки – це заходи, пов'язані з установленням цієї особи, які полягають у порівнянні та ототожненні даних з використанням візуальних, електронних та інших засобів.

Згідно з п. 1.27 ст. 1 Закону України «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні» переказ коштів – це рух певної суми коштів з метою її зарахування на рахунок отримувача або видачі йому у готівковій формі. Ініціатор та отримувач можуть бути однією і тією ж особою. Цей же пункт оперує таким терміном,

як «неналежний переказ» – це рух певної суми коштів, внаслідок якого з вини ініціатора переказу, який не є платником, відбувається її списання з рахунка неналежного платника та/або зарахування на рахунок неналежного отримувача чи видача йому суми переказу в готівковій чи майновій формі.

Щодо видів карток як предметів шахрайства, то одну з найбільш розширених класифікацій карток (карт) пропонує С.Й. Гонгало: 1) за матеріалом, з якого вони виготовлені: паперові (картонні); пластикові (найбільш поширені); металеві; 2) за способом запису інформації на карту: графічний запис; ембосування; штрих-кодування; кодування на магнітній смужці; чип або мікросхема; лазерний запис; 3) за загальним призначенням: ідентифікаційні; інформаційні; розрахункові (для фінансових операцій); 4) за емітентами: банківські (універсальні) карти; приватні карти⁸.

М.М. Панов саме платіжні картки поділяє на такі види: 1) дебетові; 2) кредитові; 3) емітовані членами внутрішньодержавних платіжних систем; 4) емітовані членами міжнародних платіжних систем; 5) особисті; 6) корпоративні; 7) емітовані іноземними небанківськими установами⁹.

Кредитна картка – це іменний платіжно-розрахунковий документ, виданий банком, фінансовою або іншою установою клієнту для оплати необхідних товарів, робіт та послуг, придбаних у кредит. На відміну від дебетової кредитна картка не завжди пов'язана з реальним рахунком у банку.

За кредитним договором банк або інша фінансова установа (кредитодавець) зобов'язується надати грошові кошти (кредит) позичальникові у розмірі та на умовах, встановлених договором, а позичальник зобов'язується повернути кредит та сплатити проценти (ч. 1 ст. Цивільного кодексу України від 16 січня 2003 р.¹⁰). Банківський кредит надається суб'єктам кредитування всіх форм власності в тимчасове користування на умовах, передбачених кредитним договором; основними з них є забезпеченість, повернення, строковість, платність та цільове направлення. Виділяють такі основні форми банківського кредиту: комерційний, лізинговий, іпотечний, споживчий, бланковий, консорціумний, товарний та інші¹¹.

Отже, якщо з усієї різноманітності платіжних карток виділити як предмет шахрайства саме банківські кредитні картки, можна визначити ознаки, які відрізнятимуть їх від інших карток як платіжних засобів:

- банківська кредитна картка є ідентифікаційною, на відміну від карток, які не здійснюють процес ідентифікації особи;
- банківська кредитна картка є розрахунковою – на відміну від дисконтних, бонусних карток, карток знижок тощо;
- банківська кредитна картка видана банківськими установами – на відміну від карток, які можуть бути видані іншою фінансовою установою, іншою юридичною особою;
- банківська кредитна картка створена та видана для здійснення саме банківських операцій;
- банківська кредитна картка є саме кредитною, а не дебетовою.

Особливістю банківських кредитних карток є також те, що на відміну, наприклад, від випадків, коли злочинець заволодіває шляхом обману комп'ютерною технікою, дорогими відеокартами, які самі по собі можуть бути доволі дорогими, сама банківська кредитна картка як матеріальний предмет для шахрая не має цінності – важливим є інформація, яка знаходиться на картці, а також, у більшості випадків, кошти.

Варто зазначити, що за нинішніх умов такий вид товару, як інформація, і вартість його може бути дуже високою. Відповідно до ст. 1 Закону України «Про інформацію» від 2 жовтня 1992 р. № 2657-ХІІ (в редакції Закону України від 13 січня 2011 р. № 2938-VI)¹² інформація – це будь-які відомості та/або дані, які можуть бути збережені на матеріальних носіях або відображені в електронному вигляді.

Оскільки сучасний обсяг наявної інформації не дає змоги використовувати для її збереження звичайні матеріальні носії, то в епоху НТР їх замінюють електронні носії. На банківських кредитних картках зберігається інформація, яка містить відомості, у тому числі ті, що становлять банківську таємницю та, в основному, персональні дані – відомості чи сукупність відомостей про фізичну особу, яка ідентифікована або може бути конкретно ідентифікована, і які підпадають під дію та захищаються Законом «Про захист персональних даних» від 1 червня 2010 р. № 2297-VI¹³.

Таким чином, інформацію на кредитних картках, яка містить банківську таємницю та персональні дані, варто віднести до предмета шахрайства.

Щодо грошей (грошових коштів) на банківських кредитних картках, то відповідно до ст. 192 ЦК України законним платіжним засобом, обов'язковим до приймання за номінальною вартістю на всій території України, є грошова одиниця України – гривня. Іноземна валюта може використовуватися в Україні у випадках і в порядку, встановлених законом (введення в дію нового Закону України «Про валюту і валютні операції» від 21 червня 2018 р. № 2473-VIII¹⁴ відбудеться 7 лютого 2019 р.).

На кредитній пластиковій картці знаходиться електронний пристрій – чип, який використовується для зберігання електронних грошей (п. 1.3 Положення про електронні гроші в Україні, затвердженого постановою Правління Національного банку України від 4 листопада 2010 р. № 481¹⁵).

Отже, також (найчастіше) предметом шахрайств, що вчиняються з використанням кредитних карток, виступають грошові (кредитні) кошти потерпілого, та заволодіння якими стає можливим саме завдяки використанню банківських кредитних карток.

У контексті дослідження банківських кредитних карток як предмета шахрайства потребує розгляду також питання про право на майно, яке може бути підтверджене з допомогою цих карток.

П.С. Берзін констатує, що засобами обману при шахрайстві можуть виступати різні предмети матеріального світу, які володіють властивостями повідомляти неправдиву інформацію¹⁶. І. Колесник також вважає,

що предметом безпосереднього заволодіння при шахрайстві є чуже майно, з котрим злочинець вступає у взаємодію¹⁷.

Проте, як зазначає М.Й. Коржанський, предметом шахрайства може бути не тільки майно, а й право на нього (право вимагати виконання зобов'язань, документи, які дають право на отримання майна тощо)¹⁸.

В.Ю. Шепітько також вказує, що предметом шахрайства може бути не тільки індивідуальне (приватне) майно, а й право на таке майно (наприклад, заволодіння шляхом шахрайства такими документами, що надають право вступити у спадщину, отримати майно за заповітом, вимагати виконання майнових зобов'язань та ін.¹⁹.

Подібні погляди і М.В. Салтевського, що предметом злочинного посягання служать не тільки майно і право володіння їм, а також певні блага, дії на користь (знищення боргової розписки, прийняття на роботу з високою оплатою, примушування до видачі певного документа-довідки, доручення тощо). В кожному разі механізм такого злочину складний і своєрідний, залежить від предмета злочинного посягання, обставин, що складаються, і особистих якостей шахрая²⁰.

Разом із тим, розглядаючи ознаки предмета шахрайства, О.В. Смаглюк аргументує висновок, що право на майно не може виступати предметом цього злочину. Так, пластикові картки, як і лотерейні квитки, талони на отримання пально-мастильних матеріалів, абонементні книжки, проїзні та єдині квитки на проїзд у транспорті та інші подібні документи можуть бути предметом розкрадання, оскільки виконують роль грошового еквівалента і засвідчують оплату за визначені послуги. Такі документи набуваються у відповідних організацій за встановлену плату і, таким чином, мають номінальну вартість. Документи, які відіграють роль еквівалентів матеріальних цінностей або грошових сум, відносяться до майна у вигляді речі. У разі заволодіння шляхом обману, зловживання довірою документами, які не відіграють такої ролі, наприклад, накладні або доручення на отримання майна, за умови доведеності мети – одержання майна за такими документами, то вчинене слід кваліфікувати за сукупністю викрадення документів (ст. 357 КК) і готування до вчинення шахрайства (ч. 1 ст. 14, ст. 190 КК)²¹.

Проте, на наш погляд, право на майно може та виступає в певних випадках предметом посягання при шахрайствах, що вчиняються з використанням банківських кредитних карток. Адже право на майно – це можливість третьої особи користуватися, володіти, розпоряджатися чужим майном, у нашому випадку – майном потерпілого.

Аналіз банківських кредитних карток як предмета шахрайства дав змогу зробити певні висновки.

Якщо з усієї різноманітності платіжних карток виділити як предмет шахрайства саме банківські кредитні картки, можна визначити ознаки, які відрізнятимуть їх від інших карток як платіжних засобів: банківська кредитна картка є ідентифікаційною, на відміну від карток, які не здійснюють процес ідентифікації особи; банківська кредитна картка є розрахунковою – на відміну від дисконтних, бонусних карток, карток знижок тощо; банківська кредитна картка видана банківськими установами – на відміну від карток, які можуть бути видані іншою фінансовою установою, іншою юридичною особою; банківська кредитна картка створена та видана для здійснення саме банківських операцій; банківська кредитна картка є саме кредитною, а не дебетовою.

Особливістю банківських кредитних карток як предмета шахрайства є також те, що сама картка як матеріальний предмет для шахрая звичайно не має цінності. Важливим є інформація, що знаходиться на картці, тому інформацію на кредитних картках, яка містить банківську таємницю та персональні дані, варто віднести до предмета шахрайства. Найчастіше предметом шахрайств, що вчиняються з використанням кредитних карток, виступають грошові (кредитні) кошти потерпілого, та заволодіння якими стає можливим саме завдяки використанню банківських кредитних карток.

Предметом шахрайства може бути не тільки майно, а й право на певне майно – можливість користуватися, володіти та розпоряджатися відповідним майном. Така можливість суб'єктом шахрайства може бути придбана шляхом незаконного оформлення доступу до відповідних документів, інформаційних носіїв, у тому числі й до кредитних карток, які встановлюють право на майно або звільняють від зобов'язань майнового характеру.

¹ Менів А. На Прикарпатті за шахрайство з платіжними картками судитимуть 25-річну киянку / А. Менів // Галицький кореспондент. – 2015. – 2 жовтня : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://gk-press.if.ua/na-prykarpatti-za-shahrajstvo-z-platizhnymu-kartkamy-sudytymut-25-richnu-kyuanku/>

² Вирок Приморського районного суду м. Маріуполя Донецької області від 12 травня 2016 р. Справа № 266/887/14-к // Єдиний державний реєстр судових рішень : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/57620202>

³ Вирок Київського районного суду м. Харкова від 22 квітня 2016 р. Справа № 640/11792/15-к // Єдиний державний реєстр судових рішень : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/57338646>

⁴ Вирок Шевченківського районного суду м. Києва від 20 квітня 2016 р. Справа № 761/32592/15-к // Єдиний державний реєстр судових рішень : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/57302712>

⁵ Музика А.А. Предмет злочину : теоретичні основи пізнання : моногр. / А.А. Музика, Є.В. Лашук. – К. : Видавець ПАЛИВОДА А.В., 2011. – 192 с. – С. 166–167.

⁶ Про платіжні системи та переказ коштів в Україні : Закон України від 5 квітня 2001 р. № 2346-III // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 29. – Ст. 137.

- ⁷ Базанов О. До питання реєстрації, ідентифікації фізичних осіб та захисту персональних даних / О. Базанов, В.М. Брижко // *Правова інформатика*. – 2004. – № 4. – С. 35–46. – С. 36.
- ⁸ Гонгало С.Й. Електронні пластикові картки як об'єкт судової техніко-криміналістичної експертизи документів / С.Й. Гонгало // *Малиновські читання : Матеріали І Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Острого, 16–17 листопада 2012 р.) / редколегія : І.Д. Пасічник (голов. ред.), В.О. Попелюшко, О.П. Герасимчук та ін.* – Острого : Вид-во Нац. ун-ту «Острозька академія», 2012. – С. 253–254. – С. 253.
- ⁹ Панов М.М. Кримінальна відповідальність за незаконні дії з документами на переказ, платіжними картками та іншими засобами доступу до банківських рахунків : моногр. / М.М. Панов ; наук. ред. В.І. Борисов. – Х. : Право, 2009. – 184 с. – С. 61–62.
- ¹⁰ Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 року // *Відомості Верховної Ради України*. – 2003. – № 40–44. – Ст. 356.
- ¹¹ Константинова О.О. Щодо визначення спеціальної термінології, яка використовується для характеристики шахрайства з фінансовими ресурсами / О.О. Константинова // *Правова держава*. – Одеса : Одеський національний університет ім. І.І. Мечникова, 2008. – № 10. – С. 131–142. – С. 137–138.
- ¹² Про інформацію : Закон України від 2 жовтня 1992 р. № 2657-ХІІ (в редакції Закону України від 13 січня 2011 р. № 2938-VI) // *Офіційний вісник України*. – 2011. – № 10. – Ст. 445.
- ¹³ Про захист персональних даних : Закон України від 1 червня 2010 р. № 2297-VI // *Відомості Верховної Ради України*. – 2010. – № 34. – Ст. 481.
- ¹⁴ Про валюту і валютні операції : Закон України від 21 червня 2018 р. № 2473-VIII // *Офіційний вісник України*. – 2018. – № 54. – Ст. 1883.
- ¹⁵ Положення про електронні гроші в Україні. Затверджене постановою Правління Національного банку України «Про внесення змін до деяких нормативно-правових актів Національного банку України з питань регулювання випуску та обігу електронних грошей» від 4 листопада 2010 р. № 481. Зареєстровано в Міністерстві юстиції України 24 грудня 2010 р. за № 1336/18631 // *Офіційний вісник України*. – 2010. – № 100. – Ст. 3571.
- ¹⁶ Берзін П.С. Суб'єктивна сторона шахрайства, що вчиняється з використанням підроблених банківських платіжних карток / П.С. Берзін // *Законодавство України : Науково-практичні коментарі*. – 2003. – № 1. – С. 36–42.
- ¹⁷ Колеснік І. Криміналістична характеристика шахрайства / І. Колеснік // *Верховенство права – основоположний принцип правової держави : VI Науковий круглий стіл молодих вчених, аспірантів та магістрів : зб. тез доповідей (м. Харків, 7 листопада 2014 р.) / редколегія : Т.Є. Кагановська (голов. ред.), М.В. Даньшин (заст. голов. ред.) ; В.М. Трубников та ін.* – Х. : ХНУ ім. В.Н. Каразіна, 2014. – С. 110–111. – С. 110.
- ¹⁸ Коржанський М.Й. Кваліфікація злочинів : навч. посіб. / М.Й. Коржанський. – 2-е вид. – К. : Атіка, 2002. – 640 с. – С. 233.
- ¹⁹ Криміналістика : Криміналістична тактика і методика розслідування злочинів : підруч. / В.О. Коновалова, Г.А. Матусовський, В.Ю. Шепітько та ін. ; за ред. В.Ю. Шепітька. – Х. : Право, 1998. – 376 с. – С. 299.
- ²⁰ Салтєвський М.В. Криміналістика (у сучасному викладі) : підруч. / М.В. Салтєвський. – К. : Кондор, 2006. – 588 с. – С. 495.
- ²¹ Смаглюк О.В. Шахрайство за Кримінальним кодексом України 2001 року : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 / О.В. Смаглюк ; Нац. акад. внутр. справ України. – К., 2004. – 20 с. – С. 8–9.

Резюме

Войтенко І.С. Банківські кредитні картки як засіб вчинення шахрайства.

У статті охарактеризовано та досліджено особливості шахрайств, які вчиняються з використанням банківських кредитних карток, зокрема, наведено аргументи на користь того, що до предмета цих кримінальних правопорушень слід відносити не тільки саму карту як матеріальний предмет, а й інформацію, яка знаходиться на картці, грошові (кредитні) кошти та право на майно.

Ключові слова: шахрайство, платіжні картки, банківські кредитні картки, ідентифікація, інформація, право на майно.

Резюме

Войтенко И.С. Банковские кредитные карточки как способ совершения мошенничества.

В статье охарактеризованы и исследованы особенности мошенничеств, совершаемых с использованием банковских кредитных карточек, в частности, приведены аргументы в пользу того, что к предмету этих преступлений следует относить не только саму карту как материальный предмет, но и информацию, которая находится на карточке, денежные (кредитные) средства и право на имущество.

Ключевые слова: мошенничество, платежные карты, банковские кредитные карточки, идентификация, информация, право на имущество.

Summary

Voitenko I. Bank credit cards as a means of committing fraud.

The article describes and investigates peculiarities of fraud, which are carried out with the use of bank credit cards, in particular, argues are directed in favor that the subject of these criminal offenses should be related not only to the cards as a material object, but also to the information on the card, money (credit) funds and the right to property.

Key words: fraud, payment cards, bank credit cards, identification, information, property right.

В.К. ВОЛОШИНА

Владлена Костянтинівна Волошина, кандидат юридичних наук, доцент, доцент Національного університету «Одеська юридична академія»

ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА ТА ЗАКОННІСТЬ ЯК ПРИНЦИПИ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ В РОЗРІЗІ ПРАКТИКИ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ

Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція) та Протоколи до неї є частиною національного законодавства України, відповідно до ст. 9 Конституції України, як чинний міжнародний договір, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України. Ратифікація Конвенції відбулася на підставі Закону України «Про ратифікацію Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р., Першого протоколу та протоколів № 2, 4, 7 та 11 до Конвенції» від 17 липня 1997 р. (Україна повністю визнає на своїй території дію ст. 25 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. щодо визнання компетенції Європейської комісії з прав людини приймати від будь-якої особи, неурядової організації або групи осіб заяви на ім'я Генерального секретаря Ради Європи про порушення Україною прав, викладених у Конвенції, та ст. 46 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. щодо визнання обов'язковою і без укладення спеціальної угоди юрисдикцію Європейського суду з прав людини в усіх питаннях, що стосуються тлумачення і застосування Конвенції). Конвенція набула чинності для України 11 вересня 1997 року.

Нормами КПК України також передбачено врахування практики Суду у кримінальному провадженні (ч. 2 ст. 8 КПК України (верховенство права); ч. 5 ст. 9 КПК України (законність)¹.

Таке законодавче визнання обов'язкової юрисдикції ЄСПЛ в усіх питаннях, що стосуються тлумачення і застосування Конвенції, зумовлює вивчення практики ЄСПЛ та застосування національного законодавства з урахуванням позиції ЄСПЛ, оскільки саме в рішеннях ЄСПЛ розкривається зміст положень Конвенції. У цьому контексті, звісно, добрим знаком є те, що беручи до уваги дослідження Української Гельсінської спілки з прав людини за 2015², 2016³, 2017 рр., можемо стверджувати, що наразі судді виносять зважені, достатньо аргументовані рішення та відстежується чітка тенденція збільшення використання практики Європейського Суду⁴.

Підкреслимо, у разі, коли Суд визнає факт порушення прав заявника з боку держави-відповідача, така держава зобов'язана не тільки вжити заходів індивідуального характеру (наприклад, виплатити справедливую сатисфакцію), але також у багатьох випадках вжити певних заходів загального характеру з метою усунення зазначеної в рішенні Суду системної проблеми та її першопричини – недоліків системного характеру, які лежать в основі виявленого Судом порушення, а також усунення підстави для надходження до Суду заяв проти України, спричинених проблемою, що вже була предметом розгляду в Суді⁵ (якщо йдеться про так звані «пілотні/квазіпілотні» рішення ЄСПЛ). Тому слушною видається думка Б. Малишева, що принцип верховенства права є істотною характеристикою головного співвідношення між людиною і державою, його закладено в зміст суспільного договору як юридично-політичної категорії. З цієї точки зору зазначений принцип є концентрованим виразом юридичних гарантій досягнення індивідами своїх цілей при укладенні суспільного договору, а за допомогою його дії діяльність держави спрямовується на виконання мети – утвердження і забезпечення прав людини⁶. Тобто верховенство права є засобом для досягнення внутрішньої мети права і правової системи загалом – забезпечення пріоритету природних прав людини. Не даремно ж преамбула Конвенції проголошує верховенство права як елемент спільної спадщини держав-учасниць⁷. А вже в тому значенні, в якому його слід розуміти, «rules of law» є невід'ємною частиною будь-якого демократичного суспільства. Слід наголосити на всеосяжності верховенства права як універсальної цінності, покладеної в основу загальнолюдського розвитку, що знайшло відображення на міжнародному, регіональному та національному рівнях. «Разом із тим у кримінальному провадженні реалізація відповідної засади, – зазначає В. Назаров, – є однією з найглобальніших проблем, оскільки вона не сприймається, не усвідомлюється, не використовується під час практичної діяльності органів розслідування»⁸.

А в світлі прагнення України до інтеграції в європейське співтовариство реальне затвердження та дотримання дії принципу верховенства права є одним із першочергових завдань і пріоритетів у діяльності державних органів, підприємств, установ та організацій, фізичних та юридичних осіб і особливо органів досудового розслідування, прокуратури та суди. Водночас варто дотримуватися й принципу законності, чітко визначати його зміст та відмежовувати його від принципу верховенства права, досліджуючи верховенство права і законність як «взаємодоповнюючі правові феномени»⁹. Порівняння концепцій верховенства права і законності приводить до висновку, що законність, на відміну від верховенства права, зосереджено на формальному аспекті – відповідності дій (актів) закону¹⁰.

Метою статті є дослідження окремих аспектів взаємообумовленості верховенства права та законності в кримінальному процесі України, взаємопов'язаних з ними принципів в розрізі практики Європейського суду з прав людини.

Насамперед слід зазначити, що під терміном «закон» слід розуміти як норми, встановлені писаним правом, так і правила, що сформувалися у прецедентному праві. Закон має відповідати якісним вимогам, насамперед, вимогам «доступності» та «передбачуваності» (рішення у справі «Толстой-Милославський проти Сполученого Королівства» (Tolstoy Miloslavsky v. the United Kingdom), заява № 18139/91, рішення від 23 червня 1995 р., п. 37)¹¹. Тому справедливим видається зауваження А. Столітнього, що зазначена кількість принципів (ст. 7 КПК України) не є остаточною, адже «рухомість» закону обумовлюється також обов'язковістю рішень Європейського суду з прав людини (ч. 2 ст. 8, ч. 5 ст. 9 КПК України). Тобто в будь-який час за результатами розгляду скарги Європейський суд може сформулювати новий принцип, який «автоматично» стане частиною національного кримінального процесуального законодавства¹².

Крім того, тоді як правова певність є дуже бажаною, вона може призвести до надмірної закостенілості, а закон повинен пристосовуватися до обставин, що змінюються. Таким чином, не можна уникнути ситуації, коли багато законів викладені термінами, які є, тією чи іншою мірою, неясними і тлумачення та застосування яких є питанням практики (рішення у справі «Санді Таймс» проти Сполученого Королівства» від 26 квітня 1979 р., серія А, № 30, п. 49). Наскільки чітко не були б сформульовані правові положення, завжди існує елемент судового тлумачення, оскільки завжди існує потреба у роз'ясненні спірних питань та в пристосуванні до зміни обставин.

У доктрині триває дискусія щодо співвідношення принципів законності і верховенства права. Переважна більшість учасників дискусії сходиться на тому, що принцип законності є застарілим і непотрібним, як меншовагтисний, повністю поглинається принципом верховенства права. Наприклад, В.Т. Нор і О.Ю. Прокopenko прямо зазначають, що принцип верховенства права має інтегральний характер і фактично увібрав в себе й інші принципи, в їх числі і принцип законності¹³. Водночас С.С. Алексєєв наполягає на включенні реалізації і захисту основоположних (природних) прав людини до змісту терміна «законність», адже, на його думку, ідея і принципи законності – це універсальна цінність правової держави. Тож неприпустимо вважати природні права людини такими, для забезпечення яких не потрібні позитивні дії держави. Запозичені з декларацій, природні права людини стають такими лише в юридичному значенні, тобто після закріплення їх у Конституції демократичної держави та конкретизації у законах з обов'язковим розробленням процедур (правил), упорядковуючи реалізацію та захист цих прав¹⁴.

Як зазначає ЄСПЛ у своєму рішенні у справі «Гентрих проти Франції» («Hentrich v. France») від 22 вересня 1994 р., заява № 13616/88, п. 42, вимога законності, яка впливає з Конвенції, означає вимогу дотримання відповідних положень національного закону і принципу верховенства права (рішення у справі «Гентрих проти Франції» (Hentrich v. France) від 22 вересня 1994 р., серія А, № 296-А, сс. 19–20, п. 42).

Так, у справі «Сергій Волосюк проти України» (Sergey Volosyuk v. Ukraine, заява № 1291/03) від 12 березня 2009 р.¹⁵, ЄСПЛ виклав вимоги до «законності» відповідно до п. 4 ст. 5 Конвенції – в контексті перевірки судом законності позбавлення свободи та наголосив, що згідно з п. 4 ст. 5 Конвенції затримана чи взята під варту особа має право ініціювати провадження з метою перевірки судом процесуальних і матеріально-правових умов, які є неодмінними для забезпечення «законності» – у значенні п. 1 ст. 5 Конвенції – позбавлення її свободи. Це означає, що компетентний суд має перевірити не лише дотримання процесуальних вимог національного законодавства, а й обґрунтованість підозри, яка послужила підставою для затримання, та легітимність мети, з якою здійснювалися це затримання і подальше тримання під вартою (див. справу «Граусліс проти Литви» (Grauslys v. Lithuania), заява № 36743/97, п. 51–55, від 10 жовтня 2000 р.).

Зазначимо, що принцип верховенства права взаємопов'язаний генетично та змістовно не лише із законністю. Як вказує М. Савчин, принцип верховенства права пов'язаний з визначенням міри втручання держави у приватне життя особи¹⁶. Це цілком логічно, оскільки без визначення міри втручання здійснити захист права від надмірного обмеження практично неможливо. При цьому має бути дотримано критерій такого втручання, яким і є, зокрема, принцип пропорційності. Адже без адекватності, обґрунтованості, виправданості втручання у права людини забезпечити реалізацію верховенства права неможливо. Актуалізація досліджень пропорційності в царині кримінально-процесуальної доктрини викликана необхідністю забезпечення ефективної реалізації у кримінальному провадженні засади верховенства права, застосування якого вимагає врахування практики Європейського суду з прав людини. А пропорційність визнається складовою частиною верховенства права¹⁷. Принцип пропорційності чи не вперше згаданий Європейським судом з прав людини ще у 1968 р. у справі «Ноймайстер проти Австрії».

Як зазначає І.В. Гловюк, аналіз Конвенції, практики ЄСПЛ, національного законодавства та практики його застосування дає змогу зробити висновок про те, що врахування пропорційності у кримінальному провадженні має здійснюватися у подвійному аспекті: по-перше, на нормативному рівні, де однозначно мають враховуватися належність та необхідність обмеження та розумність у тих межах, в яких це можливо на рівні норми як загального правила поведінки, по-друге, на правозастосовному рівні мають враховуватися належність та необхідність і розумність обмеження у контексті конкретного життєвого випадку з урахуванням обставин кримінального провадження та аргументів його учасників¹⁸.

І. Ліщина, Т. Фулей та Х. Хембах вказують, що концепція справедливого судового розгляду також включає вимогу правової певності, одним із аспектів правової певності є те, що сторони можуть покластися на

остаточне рішення суду і діяти відповідним чином¹⁹. У справі «Брумареску проти Румунії» суд зазначив, що право на справедливий судовий розгляд справи, гарантоване п. 1 ст. 6 Конвенції, має тлумачитися в світлі преамбули до Конвенції, яка проголошує – у відповідній частині – верховенство права як складову спільної спадщини договірних сторін. Одним із основних аспектів верховенства права є принцип правової певності, який, крім іншого, вимагає, щоб остаточні рішення судів не піддавалися сумнівам²⁰.

Принцип юридичної визначеності вимагає поваги до принципу *res judicata*, тобто поваги до остаточного рішення суду. Згідно з цим принципом жодна сторона не має права вимагати перегляду остаточного та обов'язкового до виконання рішення суду лише з однією метою – домогтися повторного розгляду та винесення нового рішення у справі. Повноваження судів вищого рівня з перегляду мають здійснюватися для виправлення судових помилок і недоліків, а не задля нового розгляду справи. Таку контрольну функцію не слід розглядати як замасковане оскарження, і сама лише ймовірність існування двох думок стосовно предмета спору не може бути підставою для нового розгляду справи. Відхід від такого принципу можливий лише тоді, коли цього вимагають відповідні вагомі й непереборні обставини (див. справу «Рябих проти Росії» (*Ryabykh v. Russia*), N 52854/39, п. 52, ECHR 2003-IX) (Справа «Христов проти України» (Заява № 24465/04))²¹.

Вважаємо, що хоча принцип юридичної визначеності (правової певності) в Конвенції не знайшов свого безпосереднього закріплення, але виступає необхідною умовою і засобом реалізації верховенства права, однозначно впливає з його змісту. Тому долучаємося до думки, що юридичну визначеність (правову певність) слід визначати та досліджувати як елемент принципу верховенства права та невід'ємний елемент права на справедливий судовий розгляд як європейський правовий стандарт, що впливає із Європейської конвенції про захист прав і основоположних свобод людини.

При цьому правова визначеність як елемент верховенства права постулюється в таких проявах: непопущність і нескасовуваність набутих законних прав (*vested rights*); законні очікування (*legitimate expectations*) – право особи розраховувати на сталість законодавства; незворотність закону й неможливість застосування закону до особи, яка не могла знати про його існування (*non-retroactivity*)²². Деякі дослідники, крім указаних, до складових частин коментованого принципу відносять такі: право особи на використання зрозумілої мови в судовому процесі та правило позовної давності²³.

Підкреслюючи у своїх рішеннях положення Конвенції стосовно принципу правової визначеності, суд неодноразово вказував, що він виходить із наступних вимог до національних нормативно-правових актів, щоби вони вважалися законом для цілей Конвенції: 1. «Нормативно-правовий акт повинен бути доступним громадянину як орієнтир правової поведінки і її наслідків, достатнім за тих правових норм, що застосовуються у конкретній справі». 2. «Норма не може вважатися законом, якщо вона не сформульована з необхідною точністю (справа «Санді Таймз проти Сполученого Королівства»))²⁴. У справі «Кантоні проти Франції» суд зазначив, що закон має відповідати якісним вимогам: бути доступним і передбачуваним. У справі «Коккінакіс проти Греції», а також у справах «S.R. проти Сполученого Королівства» та «К. – Н.В. проти Німеччини» Суд вказував, що заявник скаржиться, що кримінальний закон є настільки нечітким, що не можна зрозуміти, яка саме поведінка заборонена²⁵.

Підкреслимо: у звіті Венеціанської комісії наголошується, що правова визначеність вимагає, щоб правові норми були зрозумілими і точними та мали на меті гарантування, що ситуації і правовідносини будуть передбачуваними. Зворотна дія не відповідає принципу правової визначеності, щонайменше у кримінальному праві (відповідно до ст. 7 ЄКПЛ), оскільки особи повинні знати наслідки своєї поведінки [...]. Система, що дозволяє ставити під сумнів остаточні судові рішення без переконливих підстав у суспільних інтересах і без зазначення строку, не відповідає принципу правової визначеності²⁶.

Принцип верховенства права вимагає дотримання вимог «якості» закону, яким передбачається втручання у права особи та основоположні свободи. Так, у рішенні від 10 грудня 2009 р. у справі «Михайлюк та Петров проти України» (*Mikhaulyuk and Petrov v. Ukraine*, заява № 11932/02) зазначено: «Суд нагадує, що вираз «згідно із законом» насамперед вимагає, щоб оскаржуване втручання мало певну підставу в національному законодавстві; він також стосується якості відповідного законодавства і вимагає, щоб воно було доступне відповідній особі, яка, крім того, повинна передбачати його наслідки для себе, а також це законодавство повинно відповідати принципу верховенства права»²⁷.

Так, у справі «Полторацький проти України» (*Poltoratskiy v. Ukraine*) ЄСПЛ розглядав скаргу, яка стосувалася умов тримання та поводження із заявником у «коридорі смерті» у СІЗО Івано-Франківської області. У своїй заяві (№ 38812/97) заявник скаржився на обмеження права на побачення з родиною, а також на те, що йому не дозволяли мати зустрічі з адвокатом та відсилати й отримувати листи, дивитися телебачення і мати будь-який зв'язок із зовнішнім світом. Можливо, враховуючи, що це було лише друге рішення по суті проти України (від 23 квітня 2003 р.), у ньому ЄСПЛ доволі детально виклав свою попередню прецедентну практику щодо концепції «відповідно до закону», зокрема, як підставу виправданості втручання у права, гарантовані ст. 8 Конвенції.

Зокрема, щоб не суперечити ст. 8, втручання повинно бути здійснене «відповідно до закону», мати законну мету і бути необхідним у демократичному суспільстві для досягнення цієї мети (див. рішення у справі «Сільвер та інші проти Сполученого Королівства» від 25 березня 1993 р., серія А № 61, с. 32, § 84; і рішення у справі «Петра проти Румунії» від 23 вересня 1998 р., Звіти 1998-VII, с. 2853, § 36).

Насамперед Суд повинен розглянути, чи було втручання здійснене «відповідно до закону». Цей вираз передусім вимагає, щоб відповідний захід мав певну підставу в національному законодавстві; він також сто-

сується якості відповідного законодавства і вимагає, щоб воно було доступне відповідній особі, яка, крім того, повинна бути здатна передбачити його наслідки для себе, а також, це законодавство повинно відповідати принципу верховенства права (див. рішення у справах «Круслен проти Франції» (Kruslin v. France) та «Ювіг проти Франції» (Huvig v. France) від 24 квітня 1990 р., серія А № 176-А, с. 20, § 27, і серія А № 176-В, с. 52, § 26, відповідно)²⁸.

ЄСПЛ також наголошує, що громадянин повинен мати можливість – у разі необхідності за належної правової допомоги – передбачити, наскільки це розумно за конкретних обставин, наслідки, до яких може призвести певна дія (див. рішення у справі «Толстой-Мілославський проти Сполученого Королівства»)²⁹.

Суд завжди дотримувався думки, що словосполучення «згідно із законом» не просто відсилає до національного законодавства, а й пов'язане з вимогою якості «закона», тобто вимогою дотримання принципу «верховенства права», про що прямо говориться у преамбулі Конвенції... Отже, цей вислів означає – і це впливає з предмета і мети статті 8, – що в національному законодавстві має існувати засіб правового захисту від свавільного втручання державних органів у права, гарантовані пунктом 1 [...] (рішення «Волохи проти України» (Volooha v. Ukraine) від 2 листопада 2006 р. (заява № 23543/02))³⁰.

Верховенство права між іншим (inter alia) передбачає, що втручання органів виконавчої влади у права осіб має підлягати ефективному контролю, який зазвичай повинен здійснюватися судовим органом, щонайменше як останньою інстанцією, оскільки судовий контроль надає найбільші гарантії незалежності, безсторонності та здійснення належного провадження (рішення у справі *Klass and Others v. Germany*, п. 55)³¹.

У рішенні у справі «Володимир Поліщук та Світлана Поліщук проти України» (Vladimir Polishchuk and Svetlana Polishchuk v. Ukraine, заява № 12451/04)³², рішення від 30 вересня 2010 р. за ст. 8 Конвенції, в якій йдеться про принцип законності (щодо проведення обшуку за відсутності належних підстав), Суд повторює, що словосполучення «згідно із законом» у п. 2 ст. 8 Конвенції, по суті, стосується національного законодавства і встановлює обов'язок забезпечувати дотримання матеріальних та процесуальних норм (див. рішення від 29 червня 2006 р. у справі «Пантелеенко проти України» (Panteleyencko v. Ukraine), заява № 11901/02, п. 49).

Для того, щоб продемонструвати, яким чином ЄСПЛ здійснює перевірку втручання «згідно із законом» варто навести також рішення від 12 січня 2012 р. у справі Фельдман проти України» (№ 2) (Feldman v. Ukraine (no. 2), заява № 42921/09) стосовно скарги щодо відмови заявникові, який перебував під вартою як підозрюваний у скоєнні економічного злочину, в побаченні з дружиною та сестрою, на тій підставі, що таке побачення може перешкодити встановленню істини у справі. Суд зазначив, що вираз «згідно із законом» поперше, вимагає, щоб оскаржуваний захід мав певне підґрунтя у національному законодавстві; він також стосується якості закону, про який йдеться, вимагаючи, щоб він був доступний для заінтересованої особи, яка, крім того, повинна мати можливість передбачити наслідки його дії щодо себе, та відповідав принципів верховенства права (див. рішення у справах «Круслен проти Франції» (Kruslin v. France) від 24 квітня 1990 р., серія А № 176-А, п. 27, та «Ювіг проти Франції» (Huvig v. France), серія А № 176-В, п. 26).

Отже, верховенство права й законність становлять базис усіх без винятку процесуальних дій і рішень. Вони є безпосередньо й прямо застосовними як під час досудового розслідування, так і в процесі судового розгляду кримінального провадження й різних форм перегляду судових рішень. Тут не важливо, чи стосуються ці дії і рішення підозрюваного, обвинуваченого або свідка, потерпілого, цивільного позивача, цивільного відповідача. Вони проникають як до процесів, що обумовлюють особисту участь людини (обрання запобіжного заходу, допит, обшук, свідчення), так і за відсутності особи або там, де її присутність не передбачена взагалі (наприклад, процедури отримання дозволу на проведення обшуку, негласних слідчих (розшукових) дій)³³.

Тому доходимо висновку, що верховенство права і законність є основними засадничими принципами, які очолюють систему принципів кримінального провадження, подальше дослідження яких, в тому числі в розрізі прецедентної практики Європейського Суду з прав людини, є актуальним та необхідним сьогодні для ефективного правозастосування.

¹ Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>

² Дослідження практики національних судів Української Гельсінської спілки з прав людини : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://helsinki.org.ua/wp-content/uploads/2018/01/PrecedentUA_2016_zbirka_.pdf

³ Там само.

⁴ Там само.

⁵ Застосування практики Європейського Суду з прав людини при здійсненні правосуддя: наук.-метод. посіб. для суддів : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://protocol.ua/ua/zastosuvannya_praktiki_evropeyskogo_sudu_z_prav_lyudini_pri_zdiysnenni_pravosuddya_1/

⁶ Малишев Б.В. Принцип верховенства права (теоретико-правовий аспект) / Б.В. Малишев // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2012. – № 8 (130). – С. 18.

⁷ «Совтрансавто-Холдинг» проти України: рішення ЄСПЛ (Sovtransavto Holding v. Ukraine) від 25 липня 2002 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980_043

⁸ Назаров В.В. Реалізація засади верховенства права в кримінальному провадженні / В.В. Назаров // Правова держава. – 2017. – № 26. – С. 137–143.

⁹ Савенко Д.Л. Верховенство права і законність в організації та діяльності прокуратури України : загальнотеоретичне дослідження : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Д.Л. Савенко. – Одеса, 2015. – 20 с.

¹⁰ Останнім часом науковці намагаються подолати цю однобічність законності за допомогою ідеї правозаконності, яка означає безумовний пріоритет права стосовно влади і держави; це зближує її з концепцією верховенства права.

¹¹ Толстой-Мілославський проти Сполученого Королівства: рішення ЄСПЛ від 23 червня 1995 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://mmdc.ru/praktika_evropejskogo_suda/praktika_po_st10_evropejskoj_konvencii/euror_practice72/

¹² Столітній А. Формування та розвиток засад кримінального процесу в Україні в умовах електронного кримінального провадження / А. Столітній // Вісник Національної академії прокуратури України. – 2016. – № 3 (45). – С. 95–101.

¹³ Прокопенко О.Ю. Діяльність органів Національної поліції України як суб'єкта забезпечення правопорядку в регіоні: адміністративно-правові засади : монографія / О.Ю. Прокопенко. – Х., 2016. – С. 97; Нор В.Т. Науково-практичний коментар до ст. 8 (верховенства права) КПК України 2012 року / В.Т. Нор // Кримінальний процесуальний коментар / за заг. ред. В.Г. Гончаренка, В.Т. Нора, М.С. Шумила. – К. : Юстініан, 2012. – С. 40.

¹⁴ Алексеев С.С. Теория права / С.С. Алексеев. – М. Изд.-во БЕК, 1995. – С. 265; Шевчук С. Концепція позитивних обов'язків держави у практиці Європейського суду з прав людини / С. Шевчук // Право України. – 2010. – № 2. – С. 57.

¹⁵ Сергій Волосяк проти України: рішення ЄСПЛ від 12 березня 2009 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.c50.com.ua/practice/rishennya-shchodo-suti-u-spravi-sergii-volosyuk-proty-ukrayiny-vid-12-chervena-2009-roku>

¹⁶ Савчин М.В. Зміст принципу верховенства права та конституційна юриспруденція / М.В. Савчин // Держава і право. – 2007. – Вип. 38. – С. 254.

¹⁷ У рішенні від 25 січня 2012 р. № 3-рп/2012 (справа № 1-11/2012) Конституційний Суд України зазначив, що одним із елементів верховенства права є принцип пропорційності.

¹⁸ Гловюк І.В. Пропорційність та механізм кримінально-процесуального регулювання: теорія і практика / І.В. Гловюк // Кримінальний процесуальний кодекс 2012 року: ідеологія та практика правозастосування: колективна монографія / за заг. ред. Ю.П. Аленіна; відпов. за вип. І.В. Гловюк. – Одеса: Видавничий дім «Гельветика», 2018. – С. 31.

¹⁹ Ліщина І. Застосування Європейської конвенції з прав людини при розгляді в судах господарських справ: посіб. для суддів / І. Ліщина, Т. Фулей, Х. Хембах; Спільна програма Європ. Союзу та Ради Європи «Прозорість та ефективність судової системи України». – К.: Істина, 2011. – 208 с.

²⁰ Брумареку проти Румунії: рішення ЄСПЛ від 28.11.1999 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://eurocourt.in.ua/Article.asp?AId=307>

²¹ Гловюк І.В. Використання практики Європейського суду з прав людини у кримінальному провадженні : навч.-метод. посіб. / І.В. Гловюк, М.М. Стоянов, В.А. Завтур. – Одеса : Юридична література, 2017. – С. 15–16.

²² Магрело М. Концепт «законних очікувань» і принцип юридичної визначеності: причинно-наслідковий чи симбіотичний зв'язок? / М. Магрело // Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України. – 2013. – № 3. – С. 130; Матвеева Ю. Принцип правової визначеності як один із аспектів верховенства права / Ю. Матвеева // Порівняльне правознавство: сучасний стан і перспективи розвитку : зб. статей. – К., 2010. – С. 153.

²³ Тагам А. Право Європейського Союзу / А. Тагам ; пер. з англ. – К. : Абрис, 1998. – 424 с.

²⁴ Санді Таймз проти Сполученого Королівства: рішення ЄСПЛ від 06.11.1980 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980_164

²⁵ Кантоні проти Франції: рішення ЄСПЛ від 11.11.1996 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://docs.pravo.ru/document/view/19382476/17527644>; Коккінакіс проти Греції: рішення ЄСПЛ від 25.05.1993 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.rpqi.narod.ru/echr/translation/translation/kokkinakis.htm>; К. – Н.В. проти Німеччини: рішення ЄСПЛ від 22.03.2001 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/SO2496.html

²⁶ Report on the Rule of Law. Adopted by the Venice Commission at its 86th plenary session (Venice, 25–26 March 2011) on the basis of comments by Mr Pieter van Dijk, Ms Gret Haller, Mr Jeffrey Jowell, Mr Kaarlo Tuori. – п. 46. – С. 11.

²⁷ Михайлюк та Петров проти України: рішення ЄСПЛ від 10.12.2009 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_500

²⁸ Полторацький проти України: рішення ЄСПЛ від 29.04.2003 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_838

²⁹ Толстой-Мілославський проти Сполученого Королівства: рішення ЄСПЛ від 23 червня 1995 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://mmdc.ru/praktika_evropejskogo_suda/praktika_po_st10_evropejskoj_konvencii/euror_practice72/

³⁰ Волохи проти України (Volooha v. Ukraine): рішення ЄСПЛ від 2 листопада 2006 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_138

³¹ Klass and Others v. Germany: рішення ЄСПЛ від 06.09.1978 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:%22001-57510%22>

³² Володимир Поліщук та Світлана Поліщук проти України (Vladimir Polishchuk and Svetlana Polishchuk v. Ukraine): рішення ЄСПЛ від 30 вересня 2010 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_822

³³ Михайленко В.В. Співвідношення засад верховенства права і законності у кримінальному процесі України / В.В. Михайленко // Прикарпатський юридичний вісник. : Видавничий дім «Гельветика». – Вип. 6 (21). – Т. 2. – С. 158–163.

Резюме

Волошина В.К. Верховенство права та законність як принципи кримінального провадження в розрізі практики Європейського Суду з прав людини.

У статті досліджено окремі аспекти взаємообумовленості верховенства права та законності як основних засадничих принципів, які очолюють систему принципів кримінального провадження України, взаємопов'язаних з ними принципів у розрізі практики Європейського суду з прав людини. Підкреслюється, що юридичну визначеність (правову певність) слід визначати та досліджувати як елемент принципу верховенства права та невід'ємний елемент права на справедливий судовий розгляд як європейський правовий стандарт, що впливає із Європейської конвенції про захист прав і основоположних свобод людини.

Ключові слова: верховенство права, законність, ЄСПЛ.

Резюме

Волошина В.К. Верховенство права и законность как принципы уголовного производства в разрезе практики Европейского Суда по правам человека.

В статье исследованы отдельные аспекты взаимообусловленности верховенства права и законности как основных принципов, которые стоят во главе системы принципов уголовного производства Украины, взаимосвязанных с ними принципов в разрезе практики Европейского Суда по правам человека. Подчеркивается, что юридическую определенность следует определять и исследовать как элемент принципа верховенства права и неотъемлемый элемент права на справедливое судебное разбирательство как европейский правовой стандарт, что вытекает из Европейской конвенции о защите прав и основоположных свобод человека.

Ключевые слова: верховенство права, законность, ЕСПЧ.

Summary

Voloshina V. The right of law and legal entity as the principle of criminal proceedings in the cutting of the practice of the European court of human rights.

The article explores some aspects of the interdependence of the rule of law and lawfulness as the basic principles that lead the system of principles of criminal proceedings of Ukraine, the interrelated principles in the context of the practice of the European Court of Human Rights. It is emphasized that legal certainty (legal certainty) should be defined and investigated as an element of the rule of law principle and an integral element of the right to a fair trial as a European legal standard deriving from the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

Key words: rule of law, legality, ECHR.

УДК 343.971

К.Д. КУЛИК

Катерина Дмитрівна Кулик, кандидат юридичних наук, асистент кафедри Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

ПРИЧИНИ ВЧИНЕННЯ РОЗБЕЩЕННЯ НЕПОВНОЛІТНІХ В УКРАЇНІ

Питання детермінації злочинності у кримінологічній науці є дискусійним. Воно стало предметом наукових пошуків багатьох вітчизняних та зарубіжних вчених, таких як: Ю.М. Антонян, Р.М. Асланов, Є. Бафія, А.М. Бойко, Б.М. Головін, П.С. Дагель, І.М. Даньшин, А.П. Закалюк, А.Ф. Зелінський, В.М. Кудрявцев, Н.Ф. Кузнецова та інші. Кримінологічна детермінація – різновид соціальної детермінації, яку можна розглядати в межах більш загальної системи – детермінації подій, явищ природи та суспільства¹. Згідно з цією системою всі явища природи та суспільства пов'язані між собою природним причинним зв'язком та обумовлюють один одного². Вчення про детермінацію злочинності є методологічною основою наукового обґрунтування заходів запобігання та протидії злочинності. Це пояснює практичну необхідність виявлення причин і умов вчинення злочину, передбаченого ст. 156 Кримінального кодексу України (розбещення неповнолітніх). Система протидії злочинам, передбаченим ст. 156 КК України, повинна бути спрямована на явища, процеси суспільного життя та особистість, які причинно зумовлюють її функціонування та розвиток. Тільки у цьому випадку політика протидії держави та суспільства ставатиме злочинам щодо неповнолітніх буде ефективною та приведе до суттєвого зменшення кількості таких злочинних дій.

Метою статті є визначення безпосередніх причин вчинення розбещення неповнолітніх, дослідження детермінаційних зв'язків, які призводять до реалізації злочинного умислу.

Детермінація розбещення неповнолітніх є малодослідженою. Для визначення основних детермінант цього злочину ми користувалися даними авторського кримінологічного дослідження 179 кримінальних справ, інтерв'ювання засуджених за ст. 156 КК України до позбавлення волі, аналізу їх особових справ, експертними оцінками, а також науковими теоріями, концепціями та поглядами на загальні питання детермінації злочинності.

Фактори зовнішнього середовища, матеріальні умови життєдіяльності людей можуть сприяти криміналізації суспільної свідомості, але не виступають безпосередніми причинами злочинних проявів. Криміналізація особистості полягає в набутті особою криміногенних властивостей, що утворюють її індивідуальний криміногенний комплекс і під час учинення злочину надають особі, яка його вчиняє, нової якості суспільної небезпечності³. За висловлюванням Н.Ф. Кузнецової, тільки найближча (безпосередня) причина наслідку заслуговує на те, щоб її називали причиною. Такою безпосередньою причиною злочинності є суб'єктивний фактор – дефекти психіки індивідумів, соціальних груп⁴. Таким чином, причиною злочинності є криміногенна деформація суспільної свідомості у виді антисоціальних поглядів, звичаїв, традицій, установок, що за певних умов закономірно породжують злочинність як свій наслідок⁵.

Процес детермінації є багатозначним і складним, особливо це стосується виявлення причинно-наслідкових зв'язків і залежностей. Виокремлюють такі різновиди причинного зв'язку: бінарний (двоелементний) зв'язок причини та наслідку, причинний ланцюг (де попередні причини є наслідками інших причин) та причинна мережа або «дерево причинності», під якою розуміють систему явищ, які охоплюються єдиною динамічною структурою⁶. Враховуючи це, виникає необхідність не тільки встановити конкретні причини та умови певної злочинної поведінки, а й виявити взаємозв'язки між сукупністю негативних явищ і процесів суспільного життя, розкрити «механізм» їх взаємодії та значущість впливу на функціонування і розвиток злочинності. Однак таке можливе лише через об'єднання детермінант певної ланки причинного ланцюга в детермінаційні комплекси. Саме виявлення причинних комплексів є основою побудови серйозних та ефективних програм протидії злочинності⁷.

Ми пропонуємо досліджувати вирішальні чинники розбещення неповнолітніх саме крізь призму детермінаційних комплексів, тобто з урахуванням багатоланкової структури соціальних чинників різного рівня та ступеня інтенсивності впливу, що задіяні у механізмі формування умислу й реалізації розпусних дій щодо осіб, які не досягли шістнадцятирічного віку.

Систему детермінант, що впливають на вчинення злочину можна розподілити на три рівні залежно від ступеня впливу на злочинну мотивацію розбещувача неповнолітніх. На макрорівні (суспільство в цілому) – це ті чинники, які мають певне детерміністичне, у тому числі причинно-наслідкове, значення для пояснення того, що їх породжує, визначає та зумовлює. На мікрорівні (малі соціальні групи) система детермінант розглядається як причинно-наслідковий комплекс, який включає взаємопов'язані чинники, що тією чи іншою мірою продукують вчинення конкретних злочинів. Індивідуальний рівень (окремі особи) – це безпосередні причини та умови конкретної злочинної поведінки індивіда⁸. Названі рівні пов'язані складними кореляційними, системно-структурними, причинно-наслідковими та іншими зв'язками, які мають імовірнісний характер, однак у своїй взаємодії зумовлюють, породжують вчинення досліджуваних злочинів⁹.

Безпосередні причини вчинення розбещення неповнолітніх формуються та коріняться на *індивідуальному рівні*. Різні чинники впливають на особу розбещувача упродовж усього його життя, зумовлюють утворення настанови на вчинення цього злочину, викликають остаточну рішучість здійснити злочинне діяння.

Протягом розвитку науки криминології формувалося багато шкіл, які прагнули пояснити ту чи іншу модель поведінки людини, роль біологічних та соціальних чинників. Розуміння причин вчинення розбещення неповнолітніх на рівні окремої особи можливе лише при комплексному врахуванні обох цих факторів, оскільки у становленні людини як особистості важливу роль відіграють як сукупність природжених, так і соціально набутих рис та якостей. Однак різні обставини більшою або меншою мірою можуть впливати на мотивуючу та діяльнісну структурні складові людини. Тому, вважаємо, доцільно розглядати означені чинники у їх взаємодії.

На думку М.О. Стручкова, безпосередні причини необхідно відшукувати у сфері свідомості, оскільки всі рушійні сили, які обумовлюють та спричиняють дії людини, повинні пройти через її сприйняття розумом, перетворитись на побудову її волі¹⁰. На особу злочинця, який вчиняє розбещення неповнолітніх, як і на законослужняну людину, може впливати багато різноманітних чинників навколишнього світу. Вони проходять крізь призму свідомості особи і позначаються на цілях та мотивах її вчинків¹¹. Розглядаючи співвідношення детермінант злочинності, злочинів певного виду та індивідуальної злочинної поведінки, можна сказати про їх відповідність філософським категоріям загального, видового та одиничного. Важливого значення при з'ясуванні причин вчинення розбещення неповнолітніх набувають процеси соціалізації та виховання особистості, невід'ємними складовими яких є матеріальні, духовні, культурні та психолого-педагогічні чинники.

Ключовим елементом злочинної поведінки є наявність у особи *мотиву*. Під мотивом злочинної поведінки К.Е. Ігошев розуміє сформований під впливом соціального середовища та життєвого досвіду особи вимір, який є внутрішньою безпосередньою причиною вчинення злочину та виражає особисте ставлення до того, на що спрямоване це діяння¹², тобто автор отожднює мотив злочинної поведінки з безпосередньою причиною вчинення антисуспільних діянь. У свою чергу, І.М. Даньшин зазначав, що мотив – це той вузол, де соціальні чинники стикаються з чинниками психологічними¹³. Мотив завжди присутній під час вчинення злочинів, хоч іноді він і не усвідомлюється злочинцем¹⁴.

Мотиви виникають та утверджуються у процесі мотивації, зокрема злочинної. В останній віддзеркалюється сукупність усіх мотивів, їх взаємодія, розвиток та реалізація. Науковцями було розроблено схему мотивації сексуального злочину, яка з певними уточненнями може бути прийнятною і для мотивації розбещення неповнолітніх. Так, мотивація вчинення розбещення неповнолітніх складається з наступних етапів: 1) виникнення певного прагнення (сексуальної потреби чи бажання); 2) усвідомлення мотиву; 3) формування мети; 4) вибір та оцінка засобів і способів реалізації мотиву, досягнення мети; 5) прогнозування можливих результатів; 6) зважування переваг та недоліків; 7) прийняття рішення про вчинення розбещення неповнолітніх; 8) виконання прийнятого рішення та 9) формування особистого ставлення до наслідків.

Учень З. Фрейда К. Хорні вважав, що людиною керують дві речі: прагнення до безпеки і прагнення до задоволення своїх бажань. Обидва прагнення часто суперечать одне одному, і тоді виникає невротичний конфлікт, який людина прагне придушити, виробляючи певні «стратегії» поведінки¹⁵. Так, при виникненні конфлікту прагнень між задоволенням сексуальних бажань злочинним шляхом та отриманням від таких дій задоволення особа завжди зважує всі «за» та «проти» вчинення цих дій. Вибір того чи іншого варіанта поведінки залежить насамперед від можливості та бажання людини свідомо контролювати свої вчинки (у межах

осудності). Доведено, що наявність низького самоконтролю в особі підвищує її схильність до криміногенної поведінки. Цей механізм детально висвітлений у теорії низького самоконтролю, запропонованої американськими кримінологами Т. Хіршем та М.Р. Готтфредсоном¹⁶. Згідно з цією концепцією в осіб з високим ступенем самоконтролю менше шансів вчинити злочин протягом життя. І навпаки, люди з низьким ступенем самоконтролю мають більшу схильність до вчинення злочинних дій. Причиною низького самоконтролю, на думку вчених, є неефективна та недостатня соціалізація особистості, особливо – недбале виховання дітей¹⁷. Таким чином, на обрання способу задоволення потреби, у тому числі і сексуальної, безпосередньо впливають як внутрішні характеристики особистості (психічне ставлення до злочину, темперамент, характер, акцентуації, парафілії), так і зовнішні (соціальне оточення, моральні, психологічні, соціальні, педагогічні настанови, виховання). Перевага тих чи інших чинників і стає активним аргументом при вчиненні чи не вчиненні злочинного діяння.

У процесі становлення особистості можливе виникнення певних дефектів соціалізації, які зумовлюють спотворене сприйняття світу, соціуму в цілому, підвищену схильність до формування антисоціальних настанов та особистісне антисоціальне спрямування. Вказані відхилення в соціальному розвитку особи можуть впливати і на психологію особистості, що знаходить свій прояв у соціальній дезадаптації, психосексуальних травмах, розладах сексуальних вподобань чи розладах психіки та поведінки.

Дослідження мотивів вчинення розбещення неповнолітніх за результатами вивчених нами кримінальних справ показало, що працівниками слідчого апарату приділялася недостатня увага встановленню дійсного мотиву вчинення зазначеного злочину. Вони підходили до проблеми формально, найчастіше констатуючи задоволення статевої пристрасті, збудження в неповнолітньої особи статевого інстинкту, помсту батькам потерпілого. Обмежена кількість мотивів викликає певні сумніви.

Встановлення мотиву є досить складною справою, оскільки навіть сам злочинець не завжди усвідомлює причину власного злочинного діяння. Розумінню істинного спонукання заважає когнітивний дисонанс, який витісняє із свідомості злочинця небажану й травмуючу інформацію про вчинені злочинні дії. Уявлення про домінуючий мотив ускладнюється й тим, що індивід діє, керуючись не одним, а декількома мотивами. У свідомості ж відображається не найбільш дієвий, а найбільш простий та доступний розумінню суб'єкта мотив¹⁸. А.Ф. Зелінський справедливо зазначав, що рідко усвідомлюються мотиви, які виникають із примітивних життєвих потреб¹⁹.

Сексуальний мотив є не єдиним, але завжди основним при вчиненні злочинів проти статевої свободи та статевої недоторканості в цілому, і розбещення неповнолітніх зокрема. Тільки при аналізі повних матеріалів справи (допитах обвинувачених, перехресних допитів, очних ставок) у деяких випадках вдалося знайти більш-менш правдиві відомості щодо істинних мотивів злочинців. Так, бажанням урізноманітнити статеве життя, отримати задоволення від нових сексуальних вражень і відчуттів керувалося 20,1 % винних, додатковим мотивом «погратися» з неповнолітнім чи самоствердитися – 2,6 %. Мотив втягнення у проституцію мав місце у 0,5 % випадків, цікавість до малолітнього тіла обумовила бажання вчинити розпусні дії у 1 % злочинців. Деяких розбещувачів (1 %) спонукала на вчинення розпусних дій жага та (або) ненависть до жінок та неможливість домінувати над ними (1,7 %). Тобто у цьому випадку мало місце явище, яке у психології відоме як заміщення об'єкта.

На певному етапі мотиви оформлюються у свідомості суб'єкта у мету, тобто у прогнозований та бажаний результат злочину, досягнення якого спрямовано на задоволення тієї чи іншої потреби злочинця. Мета – невід'ємний компонент злочинної поведінки, яка виконує дві основні функції: а) усвідомлення особою об'єкта, на який спрямовується дія; б) спрямування зусиль на досягнення бажаного результату. Необхідно враховувати ще й те, що завдяки зусиллям злочинця може настати: а) «прямий результат» – той, що визначений суб'єктивною метою особи; б) «недовиконання мети чи невиконання мети зовсім», яке можливо при втручанні об'єктивних перешкод, і у цьому разі досягається менший результат, аніж заплановано; в) «перевиконання мети», коли результат перевищує передбачувану мету²⁰. Утім, вирішальним у генезисі злочину є прийняття особою рішення на вчинення певних дій, що є свідомим вибором найбільш привабливої та бажаної з можливих альтернатив поведінки.

Нами встановлено, що у 43,8 % засуджених наявність у них певних статевих розладів, розладів психіки та поведінки, олігофренії у ступені дебільності, наслідків черепно-мозкових травм, акцентуацій характеру певною мірою можуть підвищувати схильність до вчинення такими особами розбещення неповнолітніх, проте це не є безумовною причиною. Розлади психічної діяльності в межах осудності не позбавляють злочинців здатності повністю усвідомлювати протиправність своїх дій та керувати ними. На можливість вчинення статевих злочинів у цьому випадку більше впливають ступінь розвиненості самоконтролю, ціннісні настанови, сформовані протягом життя, інтереси та погляди особи, особливості її інтелектуальної, вольової та емоційної сфер.

Таким чином, *безпосередніми причинами* вчинення розпусних дій щодо осіб, які не досягли шістнадцятирічного віку, є наявність у злочинців морально-правових деформацій свідомості злочинців, пережитого досвіду сексуального насильства у дитинстві, порушення психосексуального й емоційного розвитку та низький самоконтроль, а також бажання урізноманітнити статеве життя, отримати нові сексуальні відчуття й враження.

Підсумовуючи зазначене вище, можна сказати, що детермінантами вчинення розбещення неповнолітніх є чинники трьох рівнів залежно від ступеня впливу на злочинну мотивацію розбещувача неповнолітніх –

індивідуального, мікрорівня та макрорівня. Чинники індивідуального рівня відіграють роль безпосередніх причин вчинення досліджуваного злочину, формують індивідуальний криминогенний комплекс особистості й проявляються у фізичних недоліках, психологічних девіаціях, які притаманні особі з народження або були набутими нею у процесі соціалізації.

¹ Кузнецова Н.Ф. Проблемы криминологической детерминации / Н. Ф. Кузнецова ; под ред. В.Н. Куравцева. – М. : Изд-во МГУ, 1984. – С. 7–8.

² Даньшин И.Н. Общетеоретические проблемы криминологии : монография / И.Н. Даньшин. – Х. : Прапор, 2005. – С. 83.

³ Валуйська М.Ю. Криміналізація у понятійному апараті криминологічної науки / М.Ю. Валуйська // Питання боротьби зі злочинністю : зб. наук. пр. – Х., 2016. – Вип. 31. – С. 62.

⁴ Кузнецова Н.Ф. Вказана праця. – С. 13.

⁵ Головкін Б.М. Причинність у системі детермінації злочинності / Б.М. Головкін // Теорія і практика правознавства : електрон. наук. фах. вид. / Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого. – Х., 2014. – № 1. – С. 5 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://law.nlu.edu.ua/article/view/63091> (дата звернення: 12.05.2016).

⁶ Кузнецова Н.Ф. Вказана праця. – С. 12.

⁷ Криминологія : учеб. для вузов / под. общ. ред. А.И. Долговой. – 2-е изд., перераб. и доп. – М. : НОРМА, 2003. – С. 266.

⁸ Даньшин И.М. Проблемы детерминации злочинності / И.М. Даньшин // Вісник Академії правових наук України. – Х., 1994. – № 2. – С. 122.

⁹ Головкін Б.М. Теоретичні та прикладні проблеми детермінації і запобігання корисливій насильницькій злочинності в Україні : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : спец. 12.00.08 / Б.М. Головкін ; Нац. ун-т «Юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого» ; наук. консультант В.В. Голіна. – Х., 2011. – С. 81.

¹⁰ Стручков Н.А. Преступность как социальное явление : лекции по криминологии / Н.А. Стручков. – Л. : МВД СССР, 1979. – С. 29.

¹¹ Кудрявцев В.Н. Преступность и нравы переходного общества / В.Н. Кудрявцев. – М. : Гардарики, 2002. – С. 11.

¹² Игошев К.Е. Типология личности преступника и мотивация преступного поведения : монография / К.Е. Игошев ; Горьк. высшая шк. МВД СССР. – Горький : Горьк. высшая шк. МВД СССР, 1974. – С. 18.

¹³ Даньшин И.Н. О значении мотива преступления при изучении и предупреждении преступлений / И.Н. Даньшин // Вопросы борьбы с преступностью : сб. науч. тр. – М., 1969. – Вип. 10. – С. 66.

¹⁴ Зелінський А.Ф. Кримінальна мотивація розкрадань та іншої корисливої злочинної діяльності : навч. посіб. / А.Ф. Зелінський. – К. : НМК ВО, 1991. – С. 21.

¹⁵ Кришталь В.В. Сексологія : навч. посіб. / В.В. Кришталь, С.В. Кришталь, Т.В. Кришталь. – Х. : Фоліо, 2008. – С. 42.

¹⁶ Michael R. Gottfredson. A General Theory of Crime / R. Michael Gottfredson, Travis Hirschi. – Stanford : Stanford University Press, 1990. – 297 p.

¹⁷ Ronald L. Akers. Self-Control as a General Theory of Crime : review essay / L. Akers Ronald // Journal of Quantitative Criminology. – 1991. – Vol. 7. – № 2. – P. 201–211.

¹⁸ Зелінський А.Ф. Осознаваемое и неосознаваемое в преступном поведении : монография / А.Ф. Зелінський. – Х. : Вища шк., изд-во при Харьков. ун-те, 1986. – С. 56–58.

¹⁹ Так само. – С. 56.

²⁰ Чуфаровський Ю.В. Юридическая психология: теоретические аспекты, практическое применение : учеб. пособ. / Ю.В. Чуфаровский. – М. : Право и закон, 1997. – С. 17.

Резюме

Кулик К.Д. Причини вчинення розбещення неповнолітніх в Україні.

У статті визначено основні причини вчинення розбещення неповнолітніх в Україні. Розкрито механізм формування злочинної мотивації, що був спрямований на задоволення статевої пристрасті саме злочинним шляхом. Доведено, що вирішальним у генезисі злочину є прийняття особою рішення на вчинення певних дій, які є свідомим вибором найбільш привабливої та бажаної з можливих альтернатив поведінки.

Ключові слова: детермінація, детермінанти, причинність, фактори, причина.

Резюме

Кулик Е.Д. Причини совершения развращения несовершеннолетних в Украине.

В статье обозначены основные причины совершения развращения несовершеннолетних в Украине. Раскрыто механизм формирования преступной мотивации, который был направлен на удовлетворение половой страсти именно преступным путем. Доказано, что решающим в генезисе преступления является принятие лицом решения на совершение определенных действий, что является осознанным выбором наиболее привлекательной и желаемой из возможных альтернатив.

Ключевые слова: детерминация, детерминанты, причинность, факторы, причина.

Summary

Kulyk K. The reasons for the corruption of minors in Ukraine.

The article identifies the main reasons for the corruption of minors in Ukraine. The mechanism of the formation of criminal motivation, which was aimed at satisfying sexual passion precisely by criminal means, is revealed. It is proved that decisive in the genesis of a crime is the decision by a person to commit certain actions, which is a conscious choice of the most attractive and desirable from possible alternatives.

Key words: determination, determinants, causality, factors, reason.

Т.В. МИРОНЮК, М.Г. КОРОЛЬ

Тетяна Василівна Миронюк, кандидат юридичних наук, доцент Національної академії внутрішніх справ

Марина Геннадіївна Король, курсант Научально-наукового інституту № 1 Національної академії внутрішніх справ

ТОРГІВЛЯ ЛЮДЬМИ ЯК ГЛОБАЛЬНА ПРОБЛЕМА СУЧАСНОСТІ

Торгівля людьми в сучасному світі є одним із найбрутальніших масових порушень прав і свобод людини. Суспільна загроза торгівлі людьми, як надзвичайно небезпечного злочину, полягає в посяганні на невід’ємні права людини – право на повагу, на свободу та особисту недоторканність, свободу пересування і вільний вибір місця проживання, а інколи і право на життя. Торговля людьми становить значну суспільну небезпеку для жінок, чоловіків і дітей, яких використовують з метою жебракування, сексуальної експлуатації та залучення до інших незаконних видів діяльності, які принижують честь та гідність людини.

Сьогодні проблема торгівлі людьми створює загрозу безпеці людині, суспільства та відповідно національній безпеці в Україні. Торговля людьми як багатоаспектне і складне за своєю природою соціально-правове явище має системний характер і потребує комплексного вивчення, оскільки на його поширення впливають різні трансформаційні процеси, що відбуваються в суспільстві¹.

Дослідженню торгівлі людьми як транснаціонального злочину присвячені роботи Н.М. Ахтирської, А.І. Коннова, В.І. Куликова, В.В. Лунєєва, О.В. Наден, А.С. Овчинського, В.С. Овчинського, Є.Д. Скулиша, В.О. Танкевича, М.Ю. Буряка, А.Я. Вілка, В.М. Дрьоміна, В.Є. Ємінова, Г.О. Зоріна, Д.Г. Казначєєва та ін.

Праці В.В. Василевича, А.А. Глухова, О.М. Джужі, А.Ф. Зелінського, А.В. Ключкової, Є.М. Моїсєєва, С.С. Остроумова, В.Я. Рибальської, Д.В. Рівмана, В.О. Тулякова, Л.В. Франка, В.Е. Христенко та інших стали теоретичною основою віктимологічного дослідження торгівлі людьми.

В Україні в різні роки на рівні кандидатських дисертацій проблему протидії торгівлі людьми досліджували В.О. Іващенко, Я.Г. Лизогуб, О.О. Володина, А.М. Орлеан, Т.І. Возна, В.М. Підгородинський, А.А. Небитов.

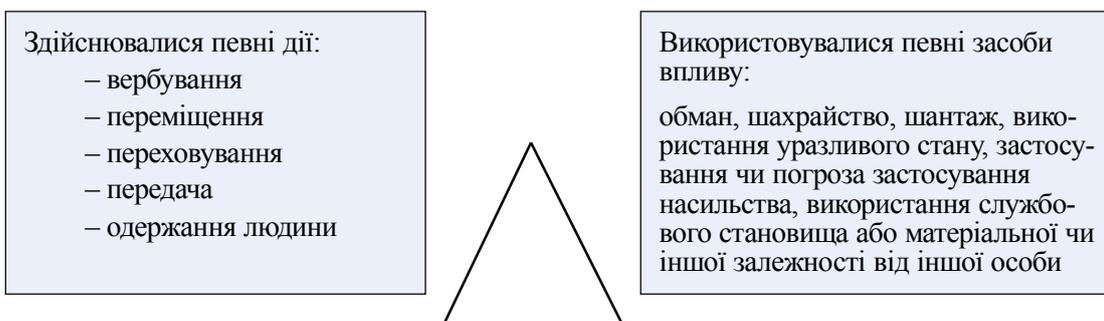
Метою статті є вивчення сучасних досягнень кримінологічної науки, соціально-правової характеристики, особи жертви та злочинця торгівлі людьми, а також причин, що впливають на поширення торгівлі людьми у сучасних умовах в Україні, з метою подальшого їх усунення.

Ринковий, високоприбутковий та латентний характер торгівлі людьми, здатність швидко пристосовуватися до нових реалій життя, не дають змоги реально оцінити масштаби її поширення. Щороку тисячі людей у результаті обману, продажу, насильства або іншого примусу потрапляють в експлуатацію, стають товаром транснаціональної злочинної індустрії, що за оцінками експертів приносить від 7 до 31,6 млрд доларів прибутку на рік.

Міжнародно узгоджене базове визначення торгівлі людьми міститься в Протоколі про попередження і припинення торгівлі людьми, особливо жінками та дітьми, і покарання за неї, що доповнює Конвенцію ООН проти транснаціональної організованої злочинності (Палермський протокол).

У національному законодавстві поняття торгівлі людьми визначається у Законі України «Про протидію торгівлі людьми». Відповідальність за даний злочин передбачена ст. 149 КК України «Торгівля людьми»².

Так, з міжнародного та національного законодавчого визначення випливає, що ситуацію слід розглядати як торгівлю людьми, якщо щодо особи:



Отже, торгівля людьми являє собою комбінацію трьох елементів: будь-якої зі злочинних дій, будь-якого із засобів впливу і мети експлуатації.

Наша держава – це країна, з якої, як правило, здійснюється експорт «живого товару» на світові «ринки» – в Туреччину, Італію, Польщу, Іспанію, Німеччину, країни колишньої Югославії, Угорщину, Чехію, Грецію, Російську Федерацію, Об'єднані Арабські Емірати, Ізраїль, Сполучені Штати Америки та інші країни.

Разом із тим Україна є країною походження, транзиту та призначення торгівлі чоловіками, жінками і дітьми. Останніми роками зростає також і проблема внутрішньої торгівлі людьми. За даними дослідження, проведеного на замовлення Міжнародної Організації Міграції (далі – МОМ), понад 160 000 українців постраждали від торгівлі людьми з 1991 р., що робить Україну одним із найбільших «постачальників» підневільної робочої сили в Європі.

Слід зазначити, що досить повної офіційної статистики, що давала б змогу оцінити реальні масштаби торгівлі людьми в Україні, немає. Наявні статистичні дані МВС України вказують на невелику кількість вчинених злочинів на території України, що вноситься до Єдиного реєстру досудового розслідування.

Так, протягом першої половини 2018 р. Національна поліція виявила 186 фактів торгівлі людьми, з яких 108 були сексуальною експлуатацією, із 156 потерпілих більшість – 91 особа – це жінки, також жертвами стали 49 чоловіків, дев'ять неповнолітніх і сім малолітніх дітей. За 2017 р. зафіксували 144 факти торгівлі людьми, 94 стосувалися сексуальної експлуатації³.

За статистичними даними, наведеними МОМ, кількість жертв торгівлі значно перевищує кількість потерпілих від даного злочину (рис. 1)⁴.

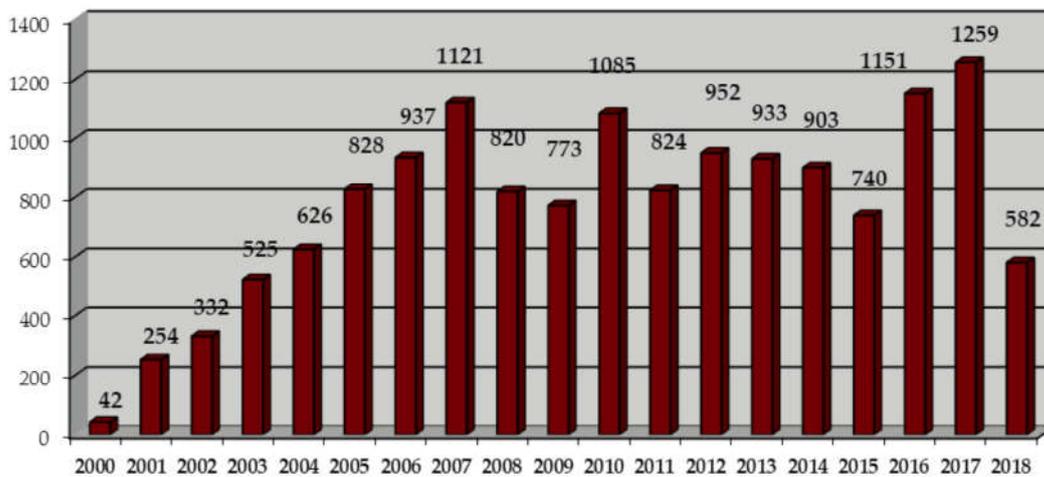


Рисунок 1.

На сучасному етапі виділяють наступні найголовніші зміни щодо тенденцій торгівлі людьми:

– країни походження (жертв торгівлі людьми) та транзиту (через які перевозять жертв) стають країнами призначення (країни, де здійснюється експлуатація жертв), міграційні потоки змінюються;

– зростає внутрішня торгівля;

– вік постраждалих від злочину різниться, злочинці знаходять «застосування» як для дітей, так і для літніх людей;

– змінюються механізми контролю за жертвами з метою зменшення явних ознак злочинних діянь;

– набувають більшого поширення інші форми торгівлі людьми, не пов'язані із сексуальною експлуатацією, такі як трудова експлуатація, вилучення органів та використання в нелегальній діяльності;

– обсяги та вплив різних форм експлуатації змінюються залежно від ринкового попиту та умов.

Якщо розглядати торгівлю людьми як світовий ринок, то жертви торгівлі становитимуть пропозицію, а корумповані роботодавці чи сексуальні експлуататори представляють попит. Зокрема, бідність, привабливість уявного кращого життя за кордоном, слабкі соціальні та економічні структури, безробіття, організована злочинність, насильство проти жінок та дітей, дискримінація жінок, корумпованість влади, політична нестабільність, збройні конфлікти, а також такі культурні традиції, як традиційне рабство, є чинниками, що сприяють зростанню попиту на торгівлю людьми. З-поміж цього сексуальний туризм та дитяча порнографія стали індустріями, які широко відомі в усьому світі, розповсюджуються через Інтернет. Торгівлі людьми також сприяє світовий попит на дешеву та нелегальну робочу силу. Бідність та відсутність економічних можливостей робить людей потенційними жертвами торгівців людьми, пов'язаними з міжнародними злочинними організаціями. Також поширенню даного явища сприяють політичні чинники (низький рівень контролю за виконанням існуючих положень нормативно-законодавчої бази), правові чинники (посилення загальної криміналізації суспільства, недотримання існуючих законів)⁵.

Соціально-економічна ситуація в нашій країні та безробіття призвели до зниження життєвого рівня значної частини населення, створили умови для збагачення тіншових ділків та шахраїв, які організували кримінальний бізнес, що полягає у заволодінні обманним шляхом грошима громадян під виглядом їх працев-

лаштування на низькокваліфікованих роботах за кордоном, налагодженні каналів торгівлі людьми. Також торгівля людьми набирає щоразу ширших масштабів і дедалі більш жорстоких форм.

Так, за неофіційними даними, майже 4 млн громадян України працюють за кордоном нелегально, більшість з яких виїжджає за туристичними чи приватними візами, працює без необхідних документів, що негативно впливає на їх правовий захист і стає причиною потрапляння у сферу інтересів торговців людьми.

Тому завданням загальнодержавного значення є боротьба з цим явищем, захист українських громадян за кордоном.

Слід зауважити, що перед безпосереднім вчиненням злочину має місце досить тривалий процес формування особистості злочинця, його антисоціальних поглядів, інтересів, які надалі виступають причиною злочинної поведінки. У багатьох випадках вчиненню злочину передують етапи формування злочинного умислу, в процесі якого особа ставить перед собою конкретну злочинну мету, визначає шляхи її досягнення, уточнює деталі протиправної дії, а іноді навіть складає розгорнутий план вчинення злочину з різними варіантами розвитку подій. Злочинний намір уточнюється, конкретизується під час різноманітних підготовчих дій. Багато злочинів не доводяться до кінця через незалежні від волі суб'єкта фактори чи у зв'язку з його добровільною відмовою; деякі злочини, пов'язані з торгівлею людьми, можуть вчинятися тривалий відрізок часу⁶.

Характерними ознаками злочинних угруповань, що спеціалізуються на торгівлі людьми, є чіткий розподіл ролей: організатор, вербувальник, перевізник, замовник, допоміжний персонал. Усіх учасників цього процесу можна узагальнено назвати «торгівець людьми». Сьогодні все частіше їх називають словом іноземного походження «трафікер», а торгівлю людьми та рабство «трафікінг»⁷.

Загальну характеристику особи злочинця при торгівлі людьми визначити дуже складно, оскільки неможливо виділити характерні особливості, загальні для всіх категорій злочинців. Дуже великий віковий діапазон (від 15 до 50 років), різний рівень освіти (від незакінченої середньої до вищої), громадянство, національність також є дуже різноманітними. Таким чином, більш розширена характеристика злочинця в цьому випадку залежить від того, яку функцію виконує особа злочинця.

Так, сьогодні законодавчо визначено, що боротьба з торгівлею людьми – це система заходів, що здійснюються в рамках протидії торгівлі людьми, спрямованих на виявлення злочину торгівлі людьми, у тому числі незакінченого, осіб, які від цього постраждали, встановлення фізичних/юридичних осіб – торговців людьми та притягнення їх до відповідальності.

Тому слід спрямовувати зусилля щодо протидії торгівлі людьми з двох сторін – на боротьбу безпосередньо зі злочинцями та на профілактику (запобігання) даного явища, особливо серед найбільш вразливих категорій населення, тобто мінімізуючи кількість осіб, які можуть потрапити в тенета злочинців. Іншими словами, увагу слід приділяти як мінімізації пропозицій, так і попиту в сфері торгівлі людьми.

Безумовно, вивченню ситуації у сфері торгівлі людьми сприяють дослідження стану, причин і передумов поширення явища торгівлі людьми. Разом із тим, на наш погляд, важливо в ході таких досліджень виявляти найбільш вразливі групи населення, на які має звертатися особлива увага під час реалізації подальших напрямів запобігання торгівлі людьми. Звісно, неможливо створити універсальний портрет жертви торгівлі людьми, адже в ситуацію торгівлі людьми може потрапити будь-хто.

Насамперед до цієї категорії можна віднести представників соціально незахищених і неблагополучних верств населення, які знаходяться у складних життєвих обставинах⁸.

Надання допомоги таким особам ускладнюється тим, що громадяни, які постраждали від торгівлі людьми, часто не вважають себе такими. Особа, яка ймовірно постраждала від торгівлі людьми, – це будь-яка людина, щодо якої існують підстави вважати, що вона стала об'єктом торгівлі людьми. Виявлення (ідентифікація) має важливе значення для: забезпечення доступу постраждалих від торгівлі людьми до допомоги; забезпечення безпеки суспільства; припинення злочинів та покарання торговців людьми.

Аналітичне дослідження проведене європейськими експертами стосовно ідентифікації (виявлення) потерпілих від торгівлі людьми показує, що: більше 40 % потерпілих ідентифікуються неурядовими організаціями та місцевою владою; більше 22 % потерпілих ідентифікуються клієнтами та іншими особами; лише 13,9 % потерпілих ідентифікуються поліцією⁹.

Відповідно до чинного законодавства України встановлено статус особи, яка постраждала від торгівлі людьми, має право на забезпечення особистої безпеки, поваги, а також на безоплатне одержання: медичної, психологічної, соціальної, правової, економічної та іншої необхідної допомоги; відшкодування моральної та матеріальної шкоди за рахунок осіб, які її заподіяли, у порядку, встановленому Цивільним кодексом України; одноразової матеріальної допомоги у порядку, встановленому Кабінетом Міністрів України; допомоги у працевлаштуванні, реалізації права на освіту та професійну підготовку¹⁰. Разом із тим, за даними Міністерства соціальної політики України, офіційні статус особи, яка постраждала від торгівлі людьми (вересень 2012 р. – березень 2018 р.), отримала незначна кількість осіб, що визначає певну проблему в даному напрямі (табл. 1).

Таблиця 1.

Рік	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	Всього
Кількість статусів	13	41	27	83	110	198	66	538

Боротьба з торгівлею людьми є невід'ємною складовою діяльності правоохоронних органів по боротьбі зі злочинністю, яка, зокрема, здійснюється шляхом реалізації організаційних, оперативно-розшукових, адміністративно-правових, процесуальних, аналітично-дослідницьких, інформаційних та інших заходів.

Так, структурним підрозділом Національної поліції України є Департамент боротьби зі злочинами, пов'язаним з торгівлею людьми, який функціонує у складі кримінальної поліції та відповідно до законодавства України забезпечує реалізацію державної політики у сфері протидії торгівлі людьми, запобігання вчиненню, виявлення, припинення та розкриття кримінальних правопорушень, пов'язаних з нелегальною міграцією, а також правопорушень у сфері суспільної моралі.

Слід зазначити, що така робота буде ефективною, коли між співробітниками поліції та громадськістю будуються серйозні й продуктивні відносини з метою розвитку довіри до поліції і впевненості в ній громадян. При досягненні такої довіри люди з більшою готовністю будуть повідомляти про підозрілу діяльність тих чи інших суб'єктів або окремих громадян¹¹.

З метою досягнення більшої ефективності в боротьбі з торгівлею людьми до неї має бути залучено велику кількість установ та спеціалістів, а також, у свою чергу, правоохоронні установи мають тісно співпрацювати з міжурядовими та неурядовими організаціями як на національному, так і на міжнародному рівнях.

¹ Ахтирська Н.М. Торговля людьми в Україні через призму судової практики і протидія торгівлі людьми / Н.М. Ахтирська, В.П. Огурецький, Т.В. Фрич. – К., 2008. – 83 с.

² Про протидію торгівлі людьми: Закон України від 20.09.2011 р. № 3739-1 // Відомості Верховної Ради України. – 2012. – № 19–20. – Ст. 173.

³ За першу половину 2018 р. поліція зафіксувала 186 випадків торгівлі людьми : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://www.radiosvoboda.org/a/news-torhivlya-liudmy-186-vypadkiv-za-pivroku/29398026.html>

⁴ Статистика Міжнародної організації з міграції щодо протидії торгівлі людьми станом на 30 червня 2018 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://iom.org.ua/ua/protidiya-torgivli-lyudmi>

⁵ Причини торгівлі людьми : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [https://kneu.edu.ua/userfiles/Page_curators/metod_torg\(1\).doc](https://kneu.edu.ua/userfiles/Page_curators/metod_torg(1).doc)

⁶ Безпальча Р. Предотвращение домашнего насилия и торговли людьми / Р. Безпальча. – К. : Winrock International, 2001. – С. 48.

⁷ Благая А.Б. Личность преступника и потерпевшего от торговли людьми / А.Б. Благая // Борьба с торговлей людьми : материалы международной науч.-практ. конференции (м. Донецьк, 26 червня 2008 р.) / Донецький юридичний інститут ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, Фонд Ганса Зайделя. – Донецьк : Донецький юридичний інститут ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2008. – С. 147–152.

⁸ Порядок взаємодії суб'єктів надання допомоги потерпілим та постраждалим від торгівлі людьми : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://ssd-koda.gov.ua/protidiya-torgivli-lyudmi/poryadok-vzayemodi%D1%97-subyektiv-nadannya-dopomogi-poterpilim-ta-postrazhdalim-vid-torgivli-lyudmi/>

⁹ Торговля людьми : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://iom.org.ua/ua/protidiya-torgivli-lyudmi> ; http://wu.cn.ua/files/pdf_public/18_trafficking.pdf

¹⁰ Про затвердження Порядку встановлення статусу особи, яка постраждала від торгівлі людьми: постанова Кабінету Міністрів України від 23 травня 2012 року № 417.

¹¹ Протидія торгівлі людьми в Україні : матеріали для практичного використання працівниками правоохоронних органів та суддями / М.О. Васильєва, А.М. Орлеан, Є.Ф. Стрекалов та ін. – К. : Тютюкін, 2009. – 112 с.

Резюме

Миронюк Т.В., Король М.Г. Торговля людьми як глобальна проблема сучасності.

У даній статті здійснено характеристику соціально-правової природи торгівлі людьми, особи злочинця та жертви, причин та заходів протидії торгівлі людьми на сучасному етапі в Україні. З'ясовано напрями подолання проблем, пов'язаних із протидією торгівлею людьми на підставі криминологічного аналізу даного злочину.

Ключові слова: торгівля людьми, Палермський протокол, внутрішня та зовнішня торгівля, жертва торгівлі людьми, постраждала особа, країна походження, транзиту та призначення торгівлі людьми, боротьба з торгівлею людьми, протидія торгівлі людьми.

Резюме

Миронюк Т.В., Король М.Г. Торговля людьми как глобальная проблема современности.

В данной статье осуществлена характеристика социально-правовой природы торговли людьми, личности преступника и жертвы, причин и мер противодействия торговле людьми на современном этапе в Украине. Выяснено направление преодоления проблем, связанных с противодействием торговлей людьми на основании криминологического анализа данного преступления.

Ключевые слова: торговля людьми, Палермский протокол, внутренняя и внешняя торговля, жертва торговли людьми, пострадавшее лицо, страна происхождения, транзита и назначения торговли людьми, борьба с торговлей людьми, противодействие торговле людьми.

Resume

Mironyuk T., Korol M. Trafficking in human beings as a global problem of the present.

In this article the characteristics of the social and legal nature of trafficking in human beings, the identity of the offender and victims, the causes and measures of combating trafficking in human beings at the present stage in Ukraine are described. The directions of overcoming the problems related to counteraction to trafficking in human beings on the basis of criminological analysis of this crime are found.

Key words: trafficking in human beings, Palermo Protocol, domestic and foreign trade, trafficking victim, injured person, country of origin, transit and trafficking, fight against trafficking in human beings, counteraction to trafficking in human beings.

А.М. ПАДАЛКА

Андрій Миколайович Падалка, кандидат юридичних наук, начальник кафедри Університету державної фіскальної служби України

УДОСКОНАЛЕННЯ ТРАДИЦІЙНИХ ТА РОЗРОБКА НОВИХ КРИМІНАЛІСТИЧНИХ МЕТОДІВ РОЗСЛІДУВАННЯ ОРГАНІЗОВАНОЇ ЗЛОЧИННОЇ ДІЯЛЬНОСТІ У СФЕРІ ОПОДАТКУВАННЯ

Удосконалення традиційних та розробка нових методів розслідування злочинів – неодмінна умова поліпшення діяльності слідчих. Це особливо актуально в період зростання організованої злочинності в сфері економіки. У такій криміногенній обстановці особливої важливості набувають питання наукової розробки і впровадження в слідчу практику ефективних криміналістичних методів, прийомів і засобів, необхідних для розв'язання завдань. А саме виявлення, розкриття, розслідування та попередження економічних злочинів, скоєних організованими групами, злочинними організаціями, спільнотами.

Вирішення зазначених проблем пов'язано з проведенням глибоких криміналістичних досліджень, в тому числі закономірностей, властивих формуванню, функціонуванню організованих груп, злочинних організацій, спільнот, їх організованої злочинної діяльності та її структурних елементів:

способам, механізму, обстановці, предмету злочинного посягання;

організованому злочинному утворенню як особливому соціально-кримінальному колективу, що спеціалізується на певному виді злочинного бізнесу¹

Саме вони покликані стати відправною точкою в подальшій науково-дослідній та практичній роботі у сфері боротьби з організованою злочинністю, в формуванні арсеналу криміналістичних методів, прийомів і засобів. Зокрема інтелектуальною базою навчання слідчим, працівникам оперативно-розшукових підрозділів основам криміналістичної методики боротьби з організованою злочинною діяльністю.

Розробки криміналістичної методики розслідування організованої злочинної діяльності неодноразово були предметом дослідження в працях Р.С. Белкіна, А.Ф. Волобуєва, Г.А. Густова, В.А. Журавля, І.М. Лузгіна, Г.А. Матусовського, Г.М. Мудьюгіна, О.М. Васильєва, М.П. Яблокова, В.К. Гавло та інших науковців.

Метою статті є формування криміналістичних методів розслідування організованої злочинної діяльності, зокрема у сфері оподаткування.

Криміналістичні особливості формування, функціонування організованих груп, злочинних організацій, спільнот в економічній сфері, багатоб'єктивність їх кримінальної діяльності, використання ними корупційних зв'язків та інші закономірності організованої злочинної діяльності ускладнюють виявлення ознак злочину і його розслідування². Слідча практика показує, що традиційні криміналістичні методи, які застосовуються при розслідуванні зазначених злочинів, не завжди ефективні. У зв'язку з цим актуальною проблемою науки криміналістики є розробка нових, більш конструктивних криміналістичних методів, прийомів і засобів, призначених забезпечувати ефективне виявлення, розслідування й попередження зазначених злочинів.

Розробка методики розслідування податкових злочинів, скоєних організованою злочинною групою (далі – ОЗГ), має важливе практичне і пізнавальне значення. Теоретичною основою методики розслідування зазначених злочинів є криміналістична характеристика злочинів³.

Вважаємо, що питання про сутність, поняття та зміст методики розслідування зазначених злочинів слід розглядати, виходячи із загального поняття методики розслідування окремих злочинів та її змісту. Дослідженню методики розслідування окремих видів злочинів присвячені роботи ряду криміналістів, серед яких, однак, немає єдності поглядів на проблему розслідування організованої злочинної діяльності у сфері оподаткування, теорії методики розслідування, поняття і змісту цієї методики.

Так, одні автори розглядають методику як систему найбільш доцільних методів організації розслідування в початковий і наступні його періоди, використання особливостей застосування тактичних прийомів і науково-технічних засобів в специфічних умовах розслідування окремих видів злочинів. Інші – як систему наукових положень і розроблених на їх основі рекомендацій з організації та здійснення розслідування і запобігання окремих видів злочинів.

У підручнику «Криміналістика» під редакцією професора В.Ю. Шепітька методика розслідування розглядається в двох аспектах: як процес розслідування злочинів і специфічна діяльність уповноважених законом органів та осіб, та яка здійснюється на підставі застосування засобів криміналістичної техніки і прийомів⁴.

Дещо інший підхід до поняття методики розслідування окремих видів злочинів у Н.П. Яблокова. Він розглядає її як цілісну частину криміналістики, що вивчає кримінальний досвід здійснення окремих видів злочину і слідчу практику їх розслідування та розробляє на основі пізнання їх закономірностей систему найбільш ефективних методів розслідування й попередження різних видів злочинів⁵.

Аналізуючи вказані вище та інші наукові погляди, ми виходимо з традиційних підходів до методики розслідування окремих видів злочинів, викладених у криміналістиці. По-перше, криміналістична методика – це сукупність методів, що застосовуються в розкритті, розслідуванні та попередженні окремих видів злочинів. По-друге, як частина науки криміналістики, заключний її розділ, методика – це система наукових положень і розроблених на їх основі рекомендацій щодо організації та здійснення розкриття, розслідування та попередження окремих видів злочинів. По-третє, методика розслідування характеризується тим, що її загальнонаукові, базові положення розробляються на основі узагальнення практики і повинні бути зорієнтовані на практику⁶. Її наукові рекомендації щодо розслідування злочинів у цілому, проведення окремих слідчих дій, криміналістичних операцій мають прикладне значення. У цих рекомендаціях систематизуються досягнення в галузі криміналістики, кримінального права, кримінального процесу, криміналістики, психології, наукової організації праці, комп'ютерної техніки, інформаційно-обробних технологій та інших наук, позитивний досвід і недоліки слідчої практики. У практичному аспекті наукові рекомендації методики розслідування містять методичні вказівки щодо своєчасного розкриття, високоякісного розслідування й запобігання окремих видів злочинів.

Більшість дослідників проблем методики розслідування злочинів у її загальні положення включають поняття, об'єкт дослідження, завдання, принципи, місце методики в системі криміналістики та її зв'язок з іншими галузями знань. Водночас у криміналістиці є й інші точки зору. Зокрема, І.Ф. Пантелєєв ні саме поняття методики розслідування, ні її завдання, ні зміст (структуру) методики розслідування конкретного виду злочинів не відносить до загальних положень (принципів) методики розслідування окремих видів злочинів, а вважає їх загальними положеннями, що характеризує процес розслідування злочинів. Наведена позиція І.Ф. Пантелєєва не безперечна. На нашу думку, структурні елементи методики розслідування як найважливішої категорії криміналістики (поняття, значення, завдання, місце методики в системі криміналістики та ін.), відносяться до загальних положень методики розслідування, тобто загальнотеоретичних основ. Загальні положення, як правильно зазначає Н.А. Селіванов, поряд із принципами, включають і різні інші категорії, які стосуються усіх приватних методик (визначення поняття, види методики та їх місце в системі криміналістики)⁷.

У криміналістичній літературі дискусійними залишаються не тільки поняття і зміст методики розслідування, а й ряд її елементів. Зокрема, деякі дослідники загальні положення методики називають основними, а останні ототожнюють з іншими принципами методик. Слід зауважити, що наукові пояснення загальних положень і основних принципів методики розслідування впливають на розробку приватних методів. У зв'язку з цим заслуговує на увагу думка Н.А. Селіванова, який не ототожнює загальні положення і основні принципи методики. Він розрізняє три групи загальних положень методики розслідування:

1) поняття, види, роль і значення методики, її місце в системі криміналістики, зв'язок з іншими її частинами;

2) положення про особливості методики у випадках застосування деяких методів організації розслідування: а) згрупованим методом; б) у багатоепізодних справах;

3) положення, що відображають основні типові, характерні риси методики розслідування, тобто принципи.

До основних Н.А. Селіванов відносить:

- обумовленість методики предметом доказування;
- обґрунтованість положень відповідної типової методики;
- облік обставин справи, що складаються в слідчих ситуаціях;
- оптимальний набір слідчих дій, що забезпечує повноту, точність, економічність розслідування;
- підрозділ слідчих дій на первинні й наступні;
- оптимальну послідовність намічених і проведених слідчих дій;
- систему дій, що включає в себе не тільки прості елементи у вигляді комплексів слідчих дій, підлеглих будь-яким слідчим завданням, а й певні слідчі дії всередині кожної версії;
- визначення оптимальної черговості здійснення самих версій;
- динамічність методики розслідування⁸.

Зрозуміло, не всі вищевказані принципи Н.А. Селіванова дійсно можна відносити до загальних. Тим часом раціональним є розмежування загальних положень і основних принципів методики розслідування.

Науковий аналіз названого кола питань дає змогу проблеми загальної теорії методики розслідування відносити до числа фундаментальних науки криміналістики. Розроблено і глибоко досліджено різні сучасні проблеми криміналістичної методики розслідування. Однак до теперішнього часу в криміналістиці залишається неопрацьованою методика розслідування злочинів, скоєних ОЗГ у сфері оподаткування. Насамперед це позначається на практичній діяльності. Слідчі органи зазнають труднощів при розслідуванні зазначених злочинів. Як свідчать результати наших досліджень, кожен третій слідчий у числі проблем розслідування вказав на відсутність методики розслідування податкових злочинів, скоєних ОЗГ. У зв'язку з цим формування і розробку зазначеної методики слід відносити до найбільш актуальних та перспективних проблем науки і практики криміналістики.

На початковому етапі методологічного формування методики розслідування податкових злочинів, скоєних ОЗГ, необхідно враховувати такі особливості:

- специфіку формування кримінальних колективів у структурі виробництва, підприємництва та фіктивного підприємництва, своєрідність їх функціонування;

– технології злочинів, скоєних ОЗГ в сфері оподаткування, у яких елементи способу (підготовка, вчинення, приховування слідів злочинної діяльності) охоплюють способи самостійних складів окремих злочинів;
– види корупційних зв'язків організаторів злочинного бізнесу з державними службовцями органів влади і управління.

На нашу думку, криміналістичні особливості зазначеної методики розслідування та її відмінність від методики розслідування окремих видів злочинів у тому, що організована злочинна діяльність у сфері оподаткування має свою специфіку.

В юридичній літературі є загальноприйнятим, що методика розслідування окремих видів злочинів включає: криміналістичну характеристику даного виду злочину, типові слідчі ситуації, особливості планування, первинні слідчі дії і відповідні оперативно-розшукові заходи; тактику проведення окремих слідчих дій.

Безперечно, у нашому випадку криміналістична характеристика злочинів містить важливу інформаційну базу даних про особу, спосіб вчинення злочину, обстановку, предмет злочинного посягання, його наслідки. Зіставлення виявленої криміналістично значимої інформації про податкові злочини, що здійснюються організованою злочинною групою, з типовою криміналістичною характеристикою інших злочинів дає слідчому змогу висувати конкретні слідчі версії та вибрати найбільш оптимальні методи проведення розслідування.

Таким чином відомості про криміналістичні особливості формування, функціонування організованих груп, злочинних організацій, спільнот у галузях і сферах економіки, їх організованої злочинної діяльності, корупційних зв'язках, предмет злочинного посягання, технології економічного злочину, рольових функцій членів кримінальних колективів, способах легалізації злочинних доходів становлять основу формування слідчих ситуацій і відповідно є головною складовою, що визначає вибір правильного методу самого розслідування.

¹ Старушкевич А.В. Криміналістична характеристика злочинів: навч. посіб. / А.В. Старушкевич. К., 1997. – 44 с.

² Лубин А.Ф. Методология криминалистического исследования механизма преступной деятельности: дисс. ... д-ра юрид. наук : 12.00.09 / Лубин Александр Федорович. – Новгород, 1997. – 337 с.

³ Облаков А.Ф. Криминалистическая характеристика преступлений и криминалистические ситуации: учеб. пособ. / А.Ф. Облаков. – Хабаровск: Хабаровская высшая школа МВД СССР, 1985. – 87 с.

⁴ Криміналістика: підручник / за ред. В.Ю. Шепітька. 4-е вид., перероб. і доповн. – Х. : Право, 2008. – 464 с.

⁵ Яблоков Н.П. Криминалистическая характеристика преступления и типичные следственные ситуации как важные факторы разработки методики расследования преступлений / Н.П. Яблоков // Вопрос борьбы с преступностью. – 1979. – Вып. 30. – С. 110–122.

⁶ Колесниченко А.Н. Криминалистическая характеристика преступлений : учеб. пособ. / А.Н. Колесниченко, В.Е. Коновалова. – Х. : Харьковский юридический институт, 1985. – 93 с.

⁷ Криміналістика : учебник / под ред. И.Ф. Пантелеева, Н.А. Селиванова. – М., 1988. – 520 с.

⁸ Там само. – С. 123.

Резюме

Падалка А.М. Удосконалення традиційних та розробка нових криміналістичних методів розслідування організованої злочинної діяльності у сфері оподаткування.

У статті наведено традиційні підходи до методики розслідування окремих видів злочинів, викладених в криміналістиці. Аналізуючи наукові погляди, сформовано початкові етапи криміналістичної методики розслідування організованої злочинної діяльності у сфері оподаткування.

Ключові слова: криміналістичні методи розслідування, криміналістична характеристика, слідча ситуація, організована злочинність у сфері оподаткування.

Резюме

Падалка А.Н. Усовершенствование традиционных и разработка новых криминалистических методов расследования организованной преступной деятельности в сфере налогообложения.

В статье приведены традиционные подходы к методике расследования отдельных видов преступлений, изложенных в криминалистике. Анализируя научные взгляды, сформированы начальные этапы криминалистической методики расследования организованной преступной деятельности в сфере налогообложения.

Ключевые слова: криминалистические методы расследования, криминалистическая характеристика, следственная ситуация, организованная преступность в сфере налогообложения.

Summary

Padalka A. Improving traditional and developing new criminalistic methods of investigating organized crime activity in the taxation.

The article presents the traditional approaches to the methods of investigation of certain types of crimes set forth in forensic science. Analyzing the scientific views, the initial stages of the forensic methodology of the investigation of organized criminal activity in the field of taxation have been formed.

Key words: forensic methods of investigation, forensic characteristic, investigative situation, organized crime in the sphere of taxation.

Н.В. СМЕТАНІНА, Д.І. ПОПОВА

Наталія Володимирівна Сметаніна, кандидат юридичних наук, асистент кафедри Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

Дар'я Ігорівна Попова, магістрант Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

ЗНАЧЕННЯ ВПРОВАДЖЕННЯ КОМПЛАЄНС-ПРОГРАМ ДЛЯ ЗРОСТАННЯ ПРОЗОРОСТІ УКРАЇНСЬКОГО БІЗНЕСУ

Корупція, як явище багатопланове і різнобічне, має давню історію виникнення та розвитку. В Україні корупція як соціально-економічне явище постійно через засоби масової інформації турбує суспільство. Значна шкода завдається сучасному бізнесу, адже підприємство може зазнати не тільки фінансові втрати, а й шкоди для своєї репутації. Особливо, якщо корупційні дії будуть вчинені не самим підприємством, а третьою особою, яка була уповноважена діяти від імені підприємства. Є підстави вважати, що сам по собі факт корупційного діяння досить добре проаналізований науковцями. Однак не усі засоби запобігання корупції вивчені на достатньому рівні. На особливу увагу в сучасному світі заслуговує такий засіб захисту, як створення особливого підрозділу на підприємстві, як орган/відділ/особа, що будуть здійснювати комплаєнс-захист. Адже не слід забувати, що економічні наслідки корупції полягають у підриві економічної системи держави; дискредитації економічних реформ; криміналізації та тінізації економіки; перешкоджанні розвитку ринкових відносин; монополізації економіки тощо. Корупція негативно впливає і на формування міжнародного іміджу України; зменшує зовнішнє інвестування; унеможливує отримання кредитів.

До головних непрямих економічних наслідків корупції О.Ю. Бусол відносить: неефективне витрачання державних коштів і ресурсів; неефективність корупційних фінансових потоків; нерівність при оподаткуванні; неправильний розподіл ресурсів та талановитих працівників; зміни у структурі державних статей видатків; зниження державних доходів від основних товарів та послуг; зниження активності інноваційного мислення; розширення тіншового ринку; додаткові перешкоди для експортерів із менш корумпованих держав на ринках корумпованих держав-імпортерів; банкрутство приватних підприємств; уповільнення економічного зростання¹.

Основною причиною, яка зумовлює корупцію в приватному секторі, є фактичне зрощення бізнесу та влади, що призводить до використання політичного впливу для ведення бізнесу, незаконного лобіювання ухвалення законів та інших нормативно-правових актів тощо. Іншою причиною є те, що умови ведення бізнесу створюють підґрунтя для існування корупційної практики. Насамперед це недосконале та нестабільне законодавство, ухвалене, зокрема, внаслідок незаконного лобіювання певних бізнес-інтересів, ускладнені процедури регулювання підприємницької діяльності, корумповані контролюючі органи та судова система. Заходи щодо переслідування за корупційні правопорушення є неефективними через поширеність корупції в правоохоронній та судовій системах. Це призвело до системності корупції, внаслідок чого підприємці не мають можливості самостійно їй протидіяти, а також до формування толерантного ставлення до корупції серед представників бізнесу².

На сьогодні щодо проблеми впровадження комплаєнсу у сфері антикорупційного захисту проводились дослідження такими вченими, як: Н.Д. Бабяк, О.Ю. Бусол, Б.М. Головкін, А.П. Закалюк, О.М. Костенко, О.М. Литвинов, Д.С. Машлякевич, М.І. Мельник, Є.В. Невмержицький, О.В. Нестеренко, В.Ф. Оболенцев, М.І. Хавронюк, В.І. Шакур, О.Ю. Шостко та іншими вітчизняними науковцями.

Метою статті є розгляд особливостей розвитку комплаєнсу в сучасному українському бізнесі як додаткової гарантії протидії корупції.

У науці і практиці ще не склалося єдиного трактування терміна «Compliance» (в перекладі з англійської – відповідність до якихось вимог або норм). У науковій літературі міститься ряд підходів до визначення змісту функції «Compliance»:

– це невід’ємна частина корпоративної культури компанії, при якій виконання кожним співробітником своїх посадових обов’язків, включаючи прийняття рішень на всіх рівнях, має відповідати стандартам законності й сумлінності, встановленим компанією для ведення своєї діяльності;

– безперервна і специфічна діяльність з виявлення випадків та фактів невідповідності законам і вимогам, нормативно-правовим актам, ринковим стандартам і внутрішнім документам організації, в тому числі тих, що стосуються вибудовування системи корпоративного управління.

Комплаєнс-система – це коли комплаєнс вбудований у бізнес-процеси підприємства через формування різних видів внутрішнього контролю в розрізі працівників, контрагентів, технічних засобів і документів, встановлених для дотримання зовнішніх і внутрішніх правових норм. Це означає, що комплаєнс-система – частина внутрішнього контролю, що є однією з функцій управління підприємством.

Тобто комплаєнс, який ми будемо досліджувати, це фактично орган/особа внутрішнього контролю на підприємстві, діяльність яких направлена на забезпечення дотримання правових норм у середині підприємства та у зовнішніх зносинах.

Комплаєнс-програми допомагають усунути проблему на новому рівні: від зовнішнього контролю з боку суспільства до внутрішнього контролю і внутрішньої методології – комплаєнс-менеджменту. Такі менеджери працюють з колегами з метою запобігти, знайти і усунути порушення законодавства, етичних та інших норм. Вони допомагають іншим співробітникам краще розуміти і дотримуватись законів, тим самим реалізуючи у життя очікування керівництва компанії. У сучасному світі комплаєнс-програми впроваджуються у всіх країнах. У США, Ірландії, Південній Африці та інших регіонах вже створено професійні асоціації комплаєнс-менеджерів. В Організації корпоративного комплаєнсу і етики (Society of Corporate Compliance and Ethics – SCCE) нараховується 9400 членів більш ніж у 30 країнах, і ця кількість швидко зростає. Міжнародним об'єднанням професіоналів у даній сфері є International Compliance Association (далі – ICA) – компанія, створена у Великобританії у 2001 році. Вона представлена більш ніж у 50 юрисдикціях, має регіональні представництва у Дубаї і Сінгапурі і нараховує понад 10 тис. учасників, які обмінюються інформацією і досвідом на базі ICA³.

Комплаєнс-програми не тільки не збільшують кількість правил і регламентацій, а й допомагають зменшити набір регламентів, що встановлюються державою для бізнесу. Ефективними комплаєнс-програми роблять її інструменти – це аудит, розслідування, заохочення, механізми анонімних повідомлень, підвищення кваліфікації, етичні норми, оцінка ризиків і зворотній зв'язок із керівництвом.

Чому питання комплаєнсу у бізнесі є таким важливим? Бо підприємницька діяльність пов'язана з ризиками⁴. Н.Г. Агресова зазначає, що «ризик як ознака підприємницької діяльності – явище багатоаспектне, що вимагає осмислення багатьох законодавчо нерегульованих питань. Необхідне певне уточнення бази підприємницького ризику, розробка теорії відповідного інструментарію для уточнення класифікації ризиків з урахуванням специфіки підприємницької діяльності, встановлення факторів ризику, ступеня їх невизначеності, методів і способів оцінки ризиків і шляхів їх зниження. Необхідно вибирати оптимальне співвідношення рівнів ризику і доходу, а також ступеня ділової активності. Без врахування чинників ризику і вміння управляти ризиками суб'єкту підприємництва не обійтись»⁵. Те ж стосується комплаєнс-ризиків, тому що комплаєнс-ризик є частиною підприємницьких ризиків.

Виділяють три основні ризики, що становлять основу комплаєнс-ризиків⁶:

- репутаційний: опублікування негативної інформації про організацію або про її працівників, акціонерів, про членів органів управління, про афілійованих осіб у засобах масової інформації;
- правовий: недотримання законодавства, яке тягне за собою переслідування з боку наглядових органів; правові помилки при здійсненні діяльності. Сюди ж входять і корупційні ризики;
- операційний: порушення внутрішніх правил організації, що спричинило збитки;
- недотримання афілійованими особами, акціонерами законодавства, установчих і внутрішніх документів.

Нами будуть детальніше розглянуті саме корупційні ризики. Почнемо з того, що за своєю природою ідеї антикорупційного комплаєнс-контролю, на наш погляд, дуже близькі до існуючого у фінансових і деяких нефінансових установах внутрішнього контролю з метою протидії легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, і фінансуванню тероризму. Так, на компанії покладається обов'язок створення бар'єру на шляху здійснення корупційних злочинів шляхом прийняття кодексів ділової етики та антикорупційних політик, реалізації необхідних внутрішніх процедур і співпраці з правоохоронними органами. Компанії можуть приймати зобов'язання щодо запобігання корупції і добровільно, включаючи відповідні положення в локальні нормативні акти.

У цьому аспекті цікавою є процедура due diligence (дью дилідженс). Due diligence характеризується проведенням всебічного аналізу діяльності підприємства з точки зору фінансових аналітиків, аудиторів і юристів, з подальшою підготовкою для замовника докладного звіту про стан підприємства. Метою проведення процедури є уникнення або максимальне зменшення підприємницьких ризиків, пов'язаних із різними обставинами, включаючи виникнення корупційних конфліктів. Антикорупційний due diligence допомагає підприємцю обмежити співпрацю з vendors (постачальниками), які раніше були причетними до корупційних скандалів та можуть запламувати його репутацію на ринку⁷.

Незважаючи на таку важливість due diligence і комплаєнс у в цілому, виникає багато питань щодо його правового регулювання. Так, сам комплаєнс та його правове регулювання з'явився на початку ХХ ст., коли було створено Агентство Міністерства охорони здоров'я і соціальних служб США (FDA – Food and Drug Administration). Агентство почало розробляти правила, яким повинні були слідувати учасники підприємницької діяльності в галузі фармацевтичної та харчової промисловості. FDA стало регулятором на ринку США. А вже в 60–70-х рр. ХХ ст. як наслідок корупційних скандалів був прийнятий Закон США «Про боротьбу з практикою корупції за кордоном» 1977 р. (Foreign Corrupt Practices Act 1977), який встановив жорсткі правила контролю, ввів вимоги до бухгалтерської та фінансової документації, встановив правила взає-

мин із державними чиновниками. У кінці 1970-х рр. в США створюється цілий ряд регуляторів в інших сферах підприємницької діяльності.

Згодом корупційні скандали 1980-х рр. направили розвиток комплаєнсу не тільки на дотримання імперативних приписів, а й етичних правил ведення бізнесу. У 1990-і рр. приймаються Роз'яснення про порядок застосування кримінального покарання для організацій (Federal Sentencing Guidelines).

У цьому документі містяться чіткі інструкції зі створення комплаєнс-програми, включаючи правила етичного регулювання, а в 2004 р. вони були доповнені положеннями про необхідність розроблення основ комплаєнс-програм⁸.

Деякі закордонні акти протидії відмиванню грошей і фінансуванню тероризму мають екстериторіальний (транскордонний) характер. Прикладом такого іноземного законодавства виступають:

- Закон США «Про протидію корупції за кордоном» (Foreign Corrupt Practices Act, FCPA, 1977 р.);
- Закон США про оподаткування іноземних рахунків (Foreign Account Tax Compliance Act – FATCA), який вступив в силу з 1 січня 2013 року;
- Закон Великобританії про хабарі (UK Bribery Act) тощо.

До того ж важливо звернути увагу на той факт, що починаючи з 2002 р. будь-яка компанія в світі, акції якої розміщуються на Нью-Йоркській фондовій біржі, підкоряється вимогам американського законодавства, відповідно до яких вона зобов'язана впровадити у себе корпоративну систему Compliance⁹.

Щодо нашої держави, то розвиток нормативного закріплення комплаєнсу в Україні не набрав таких обертів. Поняття «Compliance» на сьогодні закріплене лише для банків як складова частина банківського внутрішнього контролю. Відповідно до постанови правління Національного банку України від 29 грудня 2014 р. № 867 «Про затвердження Положення про організацію внутрішнього контролю в банках України» Compliance – це дотримання банком законодавчих актів, ринкових стандартів, а також стандартів і власних внутрішніх документів та процедур¹⁰. Також постановою Національного банку України № 64 від 11 червня 2018 р. прийнято «Положення про організацію системи управління ризиками в банках України та банківських групах», вимоги якого ґрунтуються на принципах Базельського комітету з банківського нагляду та враховують кращу міжнародну практику, закріплено положення щодо управління ризиками та контролю за дотриманням норм¹¹. Інші акти, які б виокремлювали комплаєнс, відсутні. Залишається регулювання загальних питань боротьби за корупцією через положення таких актів, як: Конституція України, Кримінальний кодекс України, Розділ XVII; Кримінальний процесуальний кодекс України; Закон України «Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю» від 30 червня 1993 р. № 3341-XII; Закон України «Про запобігання корупції» від 14 жовтня 2014 р. № 1700-VII; наказ Міністерства юстиції України від 24 квітня 2017 р. № 1395/5 «Про затвердження Методології проведення антикорупційної експертизи» тощо.

Для того, щоб популяризувати ідею комплаєнсу в Україні, 19 травня 2017 р. Рада бізнес-омбудсмена за підтримки Європейського банку реконструкції та розвитку і Організації економічного співробітництва та розвитку представила Всеукраїнську мережу доброчесності і комплаєнсу – нову ініціативу для бізнесу, який прагне працювати прозоро. Експерти зазначають, що важко перекопати у необхідності комплаєнсу компанії, які не хочуть вийти на міжнародний ринок. Інша справа – глобальні компанії, які працюють із міжнародними партнерами. Для них він стає критичною умовою для отримання великих контрактів¹².

На сучасному етапі розвитку антикорупційного законодавства у приватній сфері і впровадження комплаєнс-програм важливими завданнями залишаються, зокрема, пояснення, які механізми антикорупційної боротьби існують в принципі та як вони працюють у компаніях; ознайомлення з міжнародним досвідом і українською практикою застосування законодавства; переконання тих, хто вважає, що успішно вести бізнес в Україні, не здійснюючи корупційних діянь, неможливо; демонстрація вигоди неухильного дотримання міжнародних антикорупційних стандартів, які є реальною альтернативою сумнівних «переваг» корупційної практики; допомога українським компаніям виконати вимоги розділу X Закону України «Про запобігання корупції», про необхідність розробки і впровадження антикорупційних програм¹³.

Тобто, доходимо висновку, що комплаєнс відіграє безумовно важливу роль для сучасного бізнесу. Особливо це стосується компаній, які працюють на міжнародному ринку та акції яких розміщуються на Нью-Йоркській фондовій біржі. Однак представники українського бізнесу можуть регулювати свої відносини у сфері комплаєнсу виключно засновуючись на положеннях міжнародного законодавства. На нашу думку, такий підхід законодавця є недопустимим. Ми вважаємо, що комплаєнс виступає додатковою гарантією зниження корупційних ризиків та повинен підтримуватися державою. Існує необхідність у розробленні методичних рекомендацій, які б встановлювали загальні положення про комплаєнс в Україні. Також існує необхідність у впровадженні державних заохочень для бізнесу, який добровільно стає на шлях антикорупційної діяльності.

На сьогодні впровадження ефективних комплаєнс-програм і етичних програм в українських компаніях є найкращою можливістю запобігання корупції у приватній сфері і усунення проблем, а також захисту інтересів бізнесу.

¹ Сметаніна Н.В. Небезпечні наслідки корупції для особи, держави та суспільства / Н.В. Сметаніна // Право і суспільство. – 2017. – № 4. – Ч. 2. – С. 162–165.

- ² Про засади державної антикорупційної політики в Україні (Антикорупційна стратегія) на 2014–2017 роки: Закон України від 14.10.2014 р. № 1699-VII : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1699-18/page>
- ³ Карпович О.Г. Серьёзные экономические преступления XXI века. Опыт противодействия им в Великобритании, России и США : моногр. / О.Г. Карпович, Ю.В. Трунцевский ; вступ. слово Н.Д. Ковалёва. – М. : ЮНИТИ-ДАНА: Закон и право, 2013. – С. 87, 88, 90, 91.
- ⁴ Ершова И.В. Понятие предпринимательской деятельности в теории и судебной практике // Lex Russica. 2014. – Т. ХСVI. – № 2. – С. 160–167.
- ⁵ Современное предпринимательское право : монография / отв. ред. И.В. Ершова. – М. : Проспект, 2014. – С. 93. См. также: Апрессова Н.Г. Риск в предпринимательской деятельности / Н.Г. Апрессова // Приложение к журналу «Предпринимательское право». – 2012. – № 2. – С. 29–35.
- ⁶ Ермакова Н.А. Compliance – контроль в системе внутреннего контроля корпораций / Н.А. Ермакова, Ч.Ф. Ахуньякова // Международный бухгалтерский учет. – 2014. – № 3 (297). – С. 3.
- ⁷ Финансовый и налоговый Due Diligence : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.bakertilly.ua/ru/page_58.htm
- ⁸ Филиппович А.А. Compliance в предпринимательской деятельности: история становления, общие положения, проблемы формирования в Российской Федерации / А.А. Филиппович // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина. – 2018. – № 3 (43). – С. 225–226.
- ⁹ Ефективна система комплаєнс-контролю – запорука запобігання та протидії всім видам бізнес-ризиків : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://jurist.ua/?article/1348>
- ¹⁰ Про затвердження Положення про організацію внутрішнього контролю в банках України: постанова правління НБУ від 29 грудня 2014 р. № 867 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0867500-14>
- ¹¹ Про затвердження Положення про організацію системи управління ризиками в банках України та банківських групах: постанова правління НБУ № 64 від 11 червня 2018 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://bank.gov.ua/document/download?docId=71600453>
- ¹² Корпоративний комплаєнс: українська перспектива : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://ua-ekonomist.com/17361-korporativnyi-komplajens-ukrayinska-perspektiva.html>
- ¹³ Антикорупційний комплаєнс у бізнесі: міжнародний досвід та українська практика : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://ukrainepravo.com/events/conference/antikorupty-yniy-kompla-ns-u-b-znes-m-zhnarodniy-dosv-d-ta-ukra-nska-praktika/>; Сметаніна Н.В. Міжнародний досвід впровадження корпоративного комплаєнсу як засіб запобігання корупції у приватній сфері / Н.В. Сметаніна // Ефективна система кримінальної юстиції як фактор сталого розвитку економіки : матеріали III панельної дискусії Другого Харків. міжнар. юрид. форуму (м. Харків, 27 верес. 2018 р.) / редкол.: В.Я. Тацій, Ю.Г. Барабаш, Б.М. Головін та ін. ; Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого. – Х. : Право, 2018. – С. 108–113.

Резюме

Сметаніна Н.В., Попова Д.І. Значення впровадження комплаєнс-програм для зростання прозорості українського бізнесу.

У статті проаналізовано національний та міжнародний досвід протидії корупції через формування комплаєнс-відділів у приватних компаніях. Проведено аналіз нормативної бази. Наводяться пропозиції щодо необхідності розширення нормативного закріплення правовідносин у бізнес Compliance.

Ключові слова: Compliance, корупція, нормативне регулювання, бізнес.

Резюме

Сметаніна Н.В., Попова Д.І. Значення впровадження комплаєнс-програм для зростання прозорості українського бізнесу.

В статье проанализированы национальный и международный опыт противодействия коррупции через формирование комплаєнс-отделов в частных компаниях. Проведен анализ нормативной базы. Приводятся предложения о необходимости расширения нормативного закрепления правоотношений Compliance в бизнесе.

Ключевые слова: Compliance, коррупция, нормативное регулирование, бизнес.

Summary

Smetanina N., Popova D. The importance of implementing compliance programs to increase the transparency of Ukrainian business.

The article considers the national and international experience of counteracting corruption through the formation of compliance of departments in private companies. The authors provide a comparison of current Ukrainian legislation in this field. Proposals on the necessity of expanding the normative consolidation of legal relations in business compliance are made.

Key words: compliance, corruption, regulation, business.

Є.В. ВІБЛИЙ*Євгеній Валерійович Віблій, аспірант Харківського національного університету внутрішніх справ***ДЕЯКІ ПРОБЛЕМИ ПРИЗНАЧЕННЯ ПОКАРАННЯ ЗА НЕЗАКІНЧЕНИЙ ЗЛОЧИН**

Кримінальний кодекс України (далі – КК України) передбачає три стадії вчинення злочину: готування до вчинення злочину, замах на вчинення злочину, закінчений злочин. У розділі III Загальної частини КК України закріплено регламентацію та детальний опис стадій вчинення злочину. Проте в ході практичної діяльності щодо кваліфікації покарань при системному тлумаченні КК України виникають ускладнення у зв'язку з недоліками законодавчої регламентації призначення покарань за незакінчений злочин.

Проблеми призначення покарань за незакінчений злочин досліджувались значною кількістю авторів. Аспекти призначення покарань за незакінчений злочин вивчали М.Г. Арманов, Р.Ш. Бабанли, І.В. Красницький, Л.С. Щутяк. Проте деякі проблемні питання призначення покарань за незакінчений злочин не знайшли достатнього висвітлення в працях зазначених вчених, деякі проблемні моменти, які виникають в практичній діяльності, не знайшли свого вирішення.

Правила призначення покарання за незакінчений злочин закріплюються у ст. ст. 13-16, 68 КК України. Так, у ч. 1 ст. 68 КК України вказано, що при призначенні покарання за незакінчений злочин суд, керуючись положеннями ст. ст. 65-67 цього Кодексу, враховує ступінь тяжкості вчиненого особою діяння, ступінь здійснення злочинного наміру та причини, внаслідок яких злочин не було доведено до кінця.

Як слушно вказує М.Г. Арманов, при врахуванні ступеня тяжкості вчиненого діяння слід виходити не з положень ст. 12 Кримінального кодексу України, а з так званої індивідуальної тяжкості вчиненого¹. У ст. 12 КК України передбачено лише типові ступені тяжкості, властиві для невизначеного кола діянь. За правилами цієї норми тяжкість визначається не з урахуванням усіх обставин справи, а лише з огляду на типовий вид і розмір покарання, передбаченого законом за певний злочин. Для належного застосування ст. 68 КК України необхідно брати до уваги саме індивідуальний ступінь тяжкості конкретного злочинного акту поведінки, який насичений ознаками, що збільшують тяжкість або зменшують її. До таких ознак можна віднести як передбачені у ст. ст. 66–67 Кодексу, так і інші, зокрема вік, віктимну поведінку потерпілого, тяжкий життєвий стан обвинуваченого тощо. Саме така індивідуалізована тяжкість щодо конкретного вчиненого діяння і має покладатись в основу при призначенні покарання, в тому числі й при призначенні покарання за незакінчений злочин.

Ступінь здійснення злочинного наміру враховується як при готуванні до злочину, так і при замаху на злочин. При цьому зауважимо: чим ближчою стадія готування була до початку дій, спрямованих на безпосереднє вчинення злочину, тим вона є більш суспільно небезпечною, а відповідно, вимагає реакції з боку держави у виді більш суворого покарання. Водночас, якщо готування до злочину було лише розпочато, а від початку вчинення злочину дії осіб віддалені значним проміжком часу чи значною кількістю підготовчих дій, то такі дії є менш суспільно небезпечними, ніж завершене готування, яке межує з безпосереднім вчиненням злочинного діяння. Це зумовлено, зокрема, тим, що чим більш віддалені дії особи при готуванні від початку вчинення злочину, тим більше в особи можливостей добровільно відмовитись від реалізації свого злочинного наміру.

Так само ступінь здійснення злочинного наміру враховується й при замаху. При цьому найбільш суспільно небезпечним аксіоматично вважається закінчений замах.

У ч.ч. 2 та 3 ст. 68 КК України закріплені максимальні строки або розміри покарань, які можливо призначити за незакінчений злочин. Так, за вчинення готування до злочину строк або розмір покарання не може перевищувати половини максимального строку або розміру найбільш суворого виду покарання, передбаченого санкцією статті (санкцією частини статті) Особливої частини цього КК України. За вчинення замаху на злочин строк або розмір покарання не може перевищувати двох третин максимального строку або розміру найбільш суворого виду покарання, передбаченого санкцією статті (санкцією частини статті) Особливої частини КК України.

З аналізу даних положень КК України бачимо, що законодавець обмежує строк чи розмір призначення лише найбільш суворого виду покарання. Таким чином, у тому разі, коли санкція статті є альтернативною, в разі коли КК України передбачено декілька видів покарань, обмежується строк та розмір лише найбільш суворого. При цьому розмір та строк альтернативних покарань не обмежується, і вони можуть бути призначення в тих розмірах, в яких вони передбачені санкцією статті Особливої частини Кримінального Кодексу України. На наш погляд, в цьому полягає перша досліджувана нами проблема. Більш доцільним було б пропорційне зменшення строку або розміру покарань, що є альтернативними щодо найбільш суворого виду покарань. У цьому випадку одним із проблемних моментів є те, що деякі види покарань не можуть призна-

чатися певній категорії осіб (вагітним жінкам, неповнолітнім, непрацездатним особам тощо). Така ситуація призводить до призначення даним особам альтернативних покарань, які не є найсуворішими. Проте їх розмір або строк не обмежується ст. 68 КК України, що, порівняно з особами, яким може бути призначений найсуворіший вид покарання, погіршує їх становище.

Таким чином, на даний час законодавець не враховує ці моменти, тому при призначенні покарання зменшенню підлягає лише розмір найсуворішого виду покарання з передбачених у санкції статті.

Наступною розглянутою проблемою є індивідуалізація призначення покарань за незакінчений злочин. З одного боку, необхідно стверджувати, що законодавцем диференціюються негативні наслідки за закінчений та незакінчений злочин у ст. 68 КК України, проте після системного аналізу даних правил, можна дійти висновку, що така диференціація відбувається далеко не завжди. Як вже було вказано вище, в ст. 68 КК України законодавець обмежує лише верхню межу покарання, при цьому нижня межа залишається незмінною.

Таким чином, КК України диференціює виключно верхню межу покарання. Виходячи з цього, при призначенні покарання за злочини, які, наприклад, закріплені у ст. 113, ч. 1 ст. 114, ч. 4 ст. 152 КК України, за які передбачено найбільш суворе покарання у вигляді позбавлення волі на строк від десяти до п'ятнадцяти років, суди можуть призначати, враховуючи ч. 2 ст. 68 КК України, лише покарання у вигляді позбавлення волі на 10 років, тобто 2/3 від 15 років. Також можна навести приклади ч. 5 ст. 426¹, ч. 3 ст. 199, ч. 3 ст. 263¹ ч. 5 ст. 426¹, ч. 1 ст. 438, за які передбачено покарання у вигляді позбавлення волі на строк від восьми до дванадцяти років і таким чином за дані види покарання, враховуючи ч. 2 ст. 68 КК України, може бути призначено лише позбавлення волі строком на вісім років.

Також, як слушно зазначає Р.Ш. Бабанли, з огляду на те, що ст. 68 КК передбачає лише положення, які стосуються верхньої межі покарання, передбаченого у санкції, вирішуючи питання нижньої межі покарання, що може бути призначено особі, суд зобов'язаний керуватись передбаченою у ст. 65 КК загальною засадою призначення покарання та призначити покарання в межах санкції, тобто не менше 10 років позбавлення волі². Таким чином, у суду не залишається іншого варіанта, як призначити особі, яка вчинила замах на вказані вище злочини, покарання у виді позбавлення волі строком на 10 років. Хоча необхідно врахувати, що за наявності підстав, передбачених ст. 69 КК України, суддя може призначити більш м'яке покарання, ніж передбачено законом.

Виходячи із вищевказаного, необхідно зазначити, що в таких випадках вбачається недостатність диференціації та індивідуалізації при призначенні покарань обставин, що пом'якшують покарання (однак істотно не знижують ступінь тяжкості злочину), які суд зобов'язаний врахувати; забезпечити індивідуалізацію покарання за наявності обставин, що його обтяжують; врахувати, наприклад, фактор того, чи є замах закінченим чи незакінченим, інші обставини, які характеризують ступінь тяжкості злочину; належним чином врахувати відомості, що характеризують особу винного тощо.

На проблему відсутності меж призначення покарання звертають увагу у своїх працях І.І. Давидович, В.Ю. Тютюгін, М.І. Хавронюк та інші вчені. І.І. Давидович вказує на існування таких можливих варіантів законодавчого вирішення зазначеної проблеми шляхом визначення мінімальної межі покарання, яке може бути призначено у разі застосування положень ч. 2, 3 ст. 68 КК, зокрема, кратне зменшення нижньої межі санкції статті так само, як і максимальної – на 1/2 або 2/3, або ж залишення за судом права орієнтуватися на мінімальну межу для відповідного покарання, визначену нормами Загальної частини КК³.

Така позиція вченої вбачається обґрунтованою, однак вважаємо необхідним підтримати таку позицію в частині кратного зменшення нижньої межі санкції статті так само, як і максимальної, оскільки таке зменшення забезпечувало б диференціацію кримінальної відповідальності за закінчений та незакінчений злочин, а не лише диференціацію максимального покарання.

Також необхідно звернути увагу на питання диференціації кримінальної відповідальності залежно від виду замаху, який було вчинено особою. До прикладу, норми ч. 3 ст. 68 КК не передбачають різних розмірів граничного покарання залежно від того, закінчений, чи незакінчений замах на злочин було вчинено особою. При цьому у ч. 1 ст. 68 КК встановлено, що при призначенні покарання суд враховує ступінь здійснення злочинного наміру та причини, внаслідок яких злочин не було доведено до кінця. Виходячи з цього, чіткі вказівки щодо способу врахування ступеня здійснення злочинного наміру відсутні.

Наступною проблемою при застосуванні ст. 68 КК України є призначення покарання у вигляді довічного позбавлення волі. Відповідно до ч. 4 ст. 68 КК України «довічне позбавлення волі за вчинення готування до злочину та вчинення замаху на злочин не застосовується, крім випадків вчинення злочинів проти основ національної безпеки України, передбачених у статтях 109–114¹, проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку, передбачених у статтях 437–439, частині першій статті 442 та статті 443 цього Кодексу». Проте відповідно до постанови Пленуму ВСУ «Про практику призначення судами кримінального покарання» від 24 жовтня 2003 р. № 7, правила ч. 2 і 3 ст. 68 КК (2341-14) не можуть бути застосовані при призначенні покарання особі, яка у віці 18 і більше років вчинила злочин, за який передбачено найбільш суворий вид покарання – довічне позбавлення волі, оскільки цей вид покарання є таким, що виключає можливість визначення його половини чи двох третин. Тобто в такому випадку суди не можуть призначити лише покарання у вигляді довічного позбавлення волі, проте всі інші покарання призначаються в межах, передбачених санкцією статті Особливої частини КК України.

Цікавим у такому випадку є одночасне застосування декількох спеціальних правил призначення покарання за незакінчений злочин, за який КК України передбачено покарання у вигляді довічного позбавлення

волі. Так, відповідно до ч. 3 ст. 43 КК України особа, яка вчинила злочин, що передбачений частиною другою цієї статті, не може бути засуджена до довічного позбавлення волі, а покарання у виді позбавлення волі не може бути призначене їй на строк, більший, ніж половина максимального строку позбавлення волі, передбаченого законом за цей злочин. Таким чином виникає питання черговості застосування даних правил.

Об'єктивно існує три варіанти застосування даних правил. Застосування спочатку ч. 4 ст. 68 КК України, а потім ч. 3 ст. 43. У цьому випадку відповідно до ч. 4 ст. 68 КК України неможливо застосовувати довічне позбавлення волі, далі застосовується ч. 3 ст. 43 КК України і так як довічне позбавлення волі вже неможливо застосувати в силу ч. 4 ст. 68 КК України, ніякого результату застосування ч. 3 ст. 43 КК України не призводить.

Наступним випадком є конкуренція норм і при цьому необхідно застосовувати одну зі статей. Але, згідно з законодавством, всі ці норми є обов'язковими для виконання та повинні послідовно застосовуватися.

І останній випадок застосування положення ч. 3 ст. 43 КК України щодо неможливості призначення покарання у вигляді довічного позбавлення волі, а далі послідовно застосувати ч. 4 ст. 68 КК України і визначити покарання у розмірі не більше 1/2 за готування до злочину, або 2/3 за замах на злочин.

А.В. Горностай розглядає питання про порядок одночасного застосування (черговості застосування) правил пом'якшення кримінального покарання, передбачених ст. 68 та ст. ст. 69 і 69¹ КК України, а також ч. 3 ст. 43 КК України. У результаті дослідницької роботи доходять висновків, що, оскільки правила ч. 3 ст. 68 КК України поширюються на будь-який замах, без урахування особливостей та обставин його вчинення, першою підлягає застосуванню саме та норма, яка насамперед враховує стадію вчинення злочину.

Водночас ми не погоджуємось із позицією А.В. Горностай щодо порядку застосування ч. 3 ст. 43 КК України, яка, на її думку, повинна застосовуватися після ч. 3 ст. 68 КК України, оскільки її застосування обумовлено наявністю тільки певних обставин при вчиненні замаху на злочин (виконання спеціального завдання щодо попередження чи розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації)⁴.

За такого підходу дослідницька суперечить сама собі, адже з приводу, по суті, аналогічної ситуації стверджує, що «видається правильним при призначенні покарання за замах на злочин, вчинений неповнолітньою особою, першою застосовувати норму, яка враховує особливості суб'єкта злочину, оскільки саме від його специфіки залежать вид та розмір покарання. А потім вже призначати покарання залежно від стадії злочину»⁵.

Вважаємо, що в даному випадку необхідно застосувати спочатку ч. 3 ст. 43 КК України, а далі послідовно застосувати ст. 68 КК України. На нашу думку, положення мають застосовуватись так, щоб обвинувачений опинявся в найбільш вигідній ситуації. Підставою для такого підходу є необхідність забезпечення реалізації принципу – «всі сумніви трактуються на користь обвинуваченого».

Таким чином, у результаті розгляду деяких проблем призначення покарання за незакінчений злочин можна зробити наступні висновки.

По-перше, у зв'язку з тим, що у ч. 3 ст. 68 КК про те, що при призначенні покарання за замах на злочин обмежується виключно верхня межа покарання, виникають випадки, що суд зобов'язаний призначити покарання лише одного виду та в одному розмірі, що не дає змоги забезпечити індивідуалізацію та диференціацію покарання, яка має бути здійснена відповідно до загальних засад призначення покарання. Вважаємо за необхідне внесення змін до законодавства в частині пропорційного зниження не тільки максимальної, а й мінімальної межі покарання, передбаченого санкцією статті Особливої частини Кодексу.

По-друге, положення законодавства, згідно з якими зменшенню при притягненні до кримінальної відповідальності за незавершений злочин підлягає лише найбільш суворий вид покарання з передбачених у санкції статті Особливої частини КК України, є такою, що не відповідає життєвим реаліям. У таких випадках необхідним вбачається законодавче запровадження пропорційного зменшення розміру покарання, передбаченого у ст. 68 КК України, щодо пропорційного зниження, у випадках неможливості призначення найбільш суворого виду покарання, всіх видів покарань, визначених санкцією Особливої частини КК України.

По-третє, враховуючи неможливість індивідуалізації покарання внаслідок вказаних причин відсутність у призначеному покаранні різних правових наслідків між закінченим та незакінченим замахом на злочин.

По-четверте, наступною проблемою є одночасне застосування декількох спеціальних правил призначення покарання за злочин, а саме у випадку «конкуренції» (виділено – Є.В) ч. 3 ст. 43 КК України та ч. 4 ст. 68 КК України, за який КК України передбачено покарання у вигляді довічного позбавлення волі. Вважаємо, що в даному випадку необхідно застосувати спочатку ч. 3 ст. 43 КК України, а далі послідовно застосувати ч. 4 ст. 68 КК України.

¹ Арманов М. Кримінальна відповідальність за незакінчений злочин : [готування до вчинення злочину] / М. Арманов // Вісник Національної академії прокуратури України. – 2017. – № 1 (47). – С. 48–55.

² Бабанли Р.Ш. Проблеми індивідуалізації покарання за незакінчений злочин / Р.Ш. Бабанли // Науковий вісник Ужгородського національного університету. – 2016. – Вип. 36 (2). – С. 76–79. – (Серія «Право»).

³ Давидович І.І. Призначення покарання за незакінчений злочин: проблеми нормативного регулювання / І.І. Давидович // Адвокат. – 2013. – № 4 (151). – С. 14–19. – С. 17.

⁴ Горностай А.В. Кримінальна відповідальність за замах на злочин: дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.08 / Алесь Вікторівна Горностай; Національний університет «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого». – Х., 2011. – 205 с. – С. 147.

⁵ Там само.

Резюме

Віблій Є.В. Деякі проблеми призначення покарання за незакінчений злочин.

У статті проаналізовано основні проблеми призначення покарання за незакінчений злочин та запропоновано шляхи вирішення розглянутих проблем, удосконалення правового регулювання інституту призначення покарання за незакінчений злочин.

Ключові слова: покарання, призначення покарання, закон про кримінальну відповідальність, незакінчений злочин.

Резюме

Виблій Е.В. Некоторые проблемы назначения наказания за незаконченное преступление.

В статье проанализированы основные проблемы назначения наказания за незаконченное преступление и предложены пути решения рассмотренных проблем, совершенствования правового регулирования института назначения наказания за незаконченное преступление.

Ключевые слова: наказание, назначение наказания, закон об уголовной ответственности, незаконченное преступление.

Summary

Viblyi Y. Some problems of assignment of punishment for an unfinished crime.

The article analyzes the main problems of assignment of punishment for an unfinished crime and proposed solutions to the discussed problems of improvement of legal regulation of Institute of appointment of punishment for an unfinished crime.

Key words: punishment, sentencing, the law on criminal responsibility, unfinished crime.

УДК 343.137(477)(073)

І.О. ДАНИЛОВА

Ірина Олександрівна Данилова, старший викладач Навчально-наукового морського Гуманітарного інституту Одеського національного морського університету

**ЩОДО КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ НА МОРЬСЬКОМУ
ЧИ РІЧКОВОМУ СУДНІ, ЩО ПЕРЕБУВАЄ ЗА МЕЖАМИ УКРАЇНИ
ПІД ПРАПОРОМ УКРАЇНИ, ЯКЩО ЦЕ СУДНО ПРИПИСАНО ДО ПОРТУ,
РОЗТАШОВАНОГО В УКРАЇНІ**

Роль транспорту в будь-якій країні важко переоцінити. В Україні, з урахуванням її території, транспорт – ключова ланка не лише для економіки, а й для соціальної сфери. Разом із тим транспорт став серцевинним діяльністю різних кримінальних угруповань, об'єктом незаконного перевезення наркотичних речовин, вогнепальної зброї, алкогольної продукції, нападів з метою захоплення вантажів, транспортних засобів, іноді – й людей. Одним із основних видів транспорту, на яких достатньо часто вчиняються кримінальні правопорушення, є в тому числі морський і річковий транспорт. У зв'язку з цим пріоритетними завданнями нашої держави є забезпечення безпеки і боротьба з кримінальними правопорушеннями на транспорті. Зокрема, ефективно розслідування кримінальних правопорушень, вчинених на морському чи річковому судні, що перебуває за межами України під прапором, якщо це судно приписано до порту, розташованого в Україні, вимагає чіткої нормативно-правової регламентації даного особливого порядку кримінального провадження.

Питання, пов'язані з особливим порядком кримінального провадження на морському чи річковому судні, що перебуває за межами України під прапором України, якщо це судно приписано до порту, розташованого в Україні, досліджували в своїх працях В.І. Галаган, С.В. Давиденко, О.М. Калачова, О.Б. Комарницька, В.І. Фрич. І дана проблематика нормативно-правового регулювання та правозастосування окремих процедур у межах особливого порядку кримінального провадження на морському чи річковому судні, що перебуває за межами України під прапором України, якщо це судно приписано до порту, розташованого в Україні, не втрачає актуальності.

Метою статті є дослідження прогалин окремих положень КПК України 2012 р. щодо кримінального провадження на морському чи річковому судні, що перебуває за межами України під прапором України, якщо це судно приписано до порту, розташованого в Україні.

Особливості здійснення кримінального провадження на морському чи річковому судні, що перебуває за межами України під прапором України, якщо це судно приписано до порту, розташованого в Україні, урегульовано главою 41 КПК України.

До суб'єктів, яких закон наділив повноваженнями щодо здійснення необхідних процесуальних дій, спрямованих на припинення правопорушень, виявлення і фіксацію фактичних даних щодо обставин їх вчинення, а також забезпечення кримінального провадження, передбаченого главою 41 КПК, належать капітан судна України – у разі вчинення кримінального правопорушення на морському чи річковому судні, що перебуває за межами України під прапором України, якщо це судно приписано до порту, розташованого в Україні (відповідно до ст. 27 Конвенції з морського права 1982 р.¹). У разі якщо капітан судна є потерпілим внаслідок вчинення відповідного кримінального правопорушення, він зобов'язаний призначити іншу службову особу, яку уповноважує на вчинення процесуальних дій (ч. 2 ст. 519 КПК України).

Відповідно до ч. 3 ст. 519 КПК службові особи, які здійснювали процесуальні дії, залучаються як свідки до кримінального провадження після його продовження на території України. Вони зобов'язуються надавати пояснення слідчому, прокурору щодо проведення процесуальних дій.

Законодавець не вказує, на якій стадії кримінального провадження вказані особи можуть вчиняти процесуальні дії, але, виходячи зі змісту ч. 3 ст. 519 КПК, вбачається, що вказані дії можуть здійснюватися лише під час досудового розслідування, за винятком випадків, передбачених п. «ж» ст. 5 Конвенції про консульські зносини 1963 року.

Так, під час провадження у порядку, передбаченому главою 41 КПК, службові особи, зазначені у ч. 1 ст. 519 КПК, уповноважені на:

- застосування заходів забезпечення кримінального провадження у вигляді тимчасового вилучення майна, здійснення законного затримання особи в порядку, передбаченому КПК;
- проведення слідчих (розшукових) дій у вигляді обшуку житла чи іншого володіння особи і особистого обшуку без ухвали суду, огляду місця вчинення кримінального правопорушення в порядку, передбаченому КПК.

Процесуальні дії під час кримінального провадження, що проводиться згідно з ч. 2 ст. 520 КПК, докладно описуються у відповідних процесуальних документах, а також фіксуються за допомогою технічних засобів фіксування кримінального провадження, крім випадків, коли таке фіксування неможливе з технічних причин.

Підставою для здійснення уповноваженими особами кримінальних процесуальних дій є отримання ними відомостей, що можуть свідчити про вчинення кримінального правопорушення на морському чи річковому судні, що перебуває за межами України. Ці відомості можуть бути одержані із заяв, повідомлень у результаті самостійного виявлення або з будь-якого іншого джерела (ч. 1 ст. 520 КПК).

Відповідно як виняток із загального правила щодо початку досудового розслідування кримінального правопорушення передбачається можливість здійснення негайного проведення необхідних процесуальних дій до початку досудового розслідування – до внесення відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань до ч. 2 ст. 214 КПК України.

Слід також додати, що основні положення здійснення кримінального провадження на морському чи річковому судні, що перебуває за межами України, врегульовано Інструкцією про порядок проведення процесуальних дій під час кримінального провадження на морському чи річковому судні України, що перебуває за межами України під прапором України, якщо це судно приписано до порту, розташованого в Україні, від 14 листопада 2012 р.² (далі - Інструкція). Так, відповідно до п. 2.6 Інструкції якщо капітан судна (уповноважена особа) самостійно виявив або йому з іншого джерела стали відомі обставини, що можуть свідчити про вчинення кримінального правопорушення на судні, він складає відповідний рапорт. До цього рапорту вносяться наступні відомості:

- 1) дата і час виявлення або надходження з іншого джерела відомостей, що можуть свідчити про вчинення кримінального правопорушення, із зазначенням цього джерела;
- 2) короткий виклад обставин, що можуть свідчити про вчинення кримінального правопорушення, відомості про заподіяну ним шкоду;
- 3) попередня правова кваліфікація кримінального правопорушення із зазначенням статті (частини статті) закону України про кримінальну відповідальність;
- 4) прізвище, ім'я, по батькові та посада службової особи, яка склала рапорт та розпочала досудове розслідування.

Заяви і повідомлення про кримінальні правопорушення, а також рапорти, складені в порядку, передбаченому п. 2.6 Інструкції, реєструються у книзі обліку заяв і повідомлень про кримінальні правопорушення особисто капітаном судна (уповноваженою особою) у день надходження заяви і повідомлення про кримінальне правопорушення або самостійного виявлення ним кримінального правопорушення. До книги вносяться відомості про:

- а) прізвище, ім'я, по батькові (найменування) потерпілого або заявника, його анкетні дані (число, місяць, рік народження, місце народження, місце проживання та роботи);
- б) місцеві час та дату (із зазначенням часового поясу) надходження заяви, повідомлення про кримінальне правопорушення або виявлення з іншого джерела обставин, що можуть свідчити про вчинення кримінального правопорушення;
- в) інше джерело, з якого виявлені обставини, що можуть свідчити про вчинення кримінального правопорушення;
- г) короткий виклад обставин, що можуть свідчити про вчинення кримінального правопорушення, наведених потерпілим, заявником чи виявлених з іншого джерела;

д) попередню правову кваліфікацію кримінального правопорушення із зазначенням статті (частини статті) закону України про кримінальну відповідальність;

е) місцеві час та дату (із зазначенням часового поясу) затримання особи;

є) проведені процесуальні дії;

ж) вжиті заходи забезпечення кримінального провадження;

з) перелік процесуальних документів та вилучених речей, майна та документів, що міститься в зібраних матеріалах процесуальних дій;

и) дату та орган досудового розслідування, якому передано матеріали процесуальних дій, за місцем проведення досудового розслідування (відповідно до ч. 2 ст. 523 КПК України);

і) дату, дані про судно та прізвище, ім'я, по батькові капітана судна, в разі передачі цих матеріалів капітану (уповноваженій особі) іншого судна під прапором або з розпізнавальними знаками України, що повертається на територію України, про що останній розписується у книзі.

Капітан судна (уповноважена особа) при першій можливості забезпечує внесення до Єдиного реєстру досудових розслідувань відомостей про кримінальне правопорушення, передбачених пп. 1-7 ч. 5 ст. 214 КПК України.

Відповідно до пп. 4.2.6. Інструкції підставою для застосування капітаном судна (уповноваженою особою) тимчасового запобіжного заходу у вигляді затримання є наявність обґрунтованої підозри у вчиненні особою кримінального правопорушення, а також наявність ризиків, які дають достатні підстави вважати, що підозрюваний може:

а) переховуватися від органів досудового розслідування та/або суду;

б) знищити, сховати або спотворити будь-яку із речей чи документів, які мають істотне значення для встановлення обставин кримінального правопорушення;

в) незаконно впливати на потерпілого, свідка, іншого підозрюваного в цьому ж кримінальному провадженні;

г) перешкоджати кримінальному провадженню іншим чином;

д) вчинити інше кримінальне правопорушення чи продовжувати кримінальне правопорушення, у якому підозрюється.

Капітан судна (уповноважена особа) має право затримати особу на строк, необхідний для її доставляння на територію України, та здійснити при цьому обшук затриманої особи з дотриманням правил, передбачених ч. 7 ст. 223 і ст. 236 КПК України. Відповідно до ст. 67 Кодексу торговельного мореплавства України³ капітан судна (уповноважена особа) у разі необхідності може направити затриману ним особу і зібрані матеріали в Україну на іншому судні під прапором або з розпізнавальним знаком України, зареєстрованому в Україні.

Про затримання особи капітаном судна (уповноваженою особою) складається протокол, в якому, окрім відомостей, передбачених ст. 104 КПК України, зазначаються: координати місця перебування судна, назва судна, дата і місцевий час (із зазначенням часового поясу) затримання відповідно до положень ст. 209 КПК України; підстави затримання; результати особистого обшуку; клопотання, заяви чи скарги затриманого, якщо такі надходили; повний перелік процесуальних прав та обов'язків затриманого.

Досліджуючи окремі питання нормативно-правового регулювання та правозастосування кримінального провадження на морському чи річковому судні, вважаємо, звернути увагу й на таке. Необхідним є законодавче передбачення особливостей затримання особи, яка вчинила кримінальне правопорушення на морському чи річковому судні, що перебуває за межами України під прапором України, якщо це судно приписано до порту, розташованого в Україні, адже, з одного боку, законодавець не регламентує детального порядку затримання особи, хоча і наголошує на його застосуванні такою службовою особою, як капітан судна; з другого ж боку, зазначає про важливість та специфічність цього запобіжного заходу, надавши право його застосовувати слідчому судді, суду, але не визначає спрощеної процедури його застосування при вчиненні злочину на судні.

Зауважимо, що КПК України не передбачає обов'язку капітана судна вручити підозрюваному пам'ятку про його процесуальні права та обов'язки, хоча ч. 8 ст. 42 КПК України гарантує підозрюваному таке право. Тому, на нашу думку, відповідне право підозрюваного має бути передбачено та реалізовано.

Надане капітану судна України відповідно до ст. 522 КПК право затримати особу на строк, необхідний для її доставляння на територію України, без вмотивованого рішення суду суперечить вимогам ст. 29 Конституції України – ніхто не може бути заарештований або триматися під вартою інакше як за вмотивованим рішенням суду і тільки на підставах та в порядку, встановлених законом.

Має місце законодавча неузгодженість в такому випадку – серед суб'єктів, які несуть відповідальність за завдані неправомірні дії або бездіяльність, які призвели до порушення охоронюваних прав та законних інтересів людини, відповідно до Закону України «Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянину незаконними діями органів, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, органів досудового розслідування, прокуратури і суду»⁴ немає такої службової особи, як капітан судна.

У висновках Директорату з питань правосуддя та захисту людської гідності (Страсбург, 02 листопада 2011 р.)⁵ щодо проекту Кримінального процесуального кодексу України зверталась увага на необхідність уточнення того, яке є гарантії проти можливої неналежності або недбалості проведення процесуальних дій капітаном українського судна у справах про злочини, що, як вважається, були вчинені на судні, бо це може завдати великої шкоди захистові будь-кого, хто буде обвинувачений у вчиненні відповідного злочину. У цих висновках також зазначалось, що до положень глави «Загальні принципи міжнародного співробітництва»

було б доцільно включити обов'язок діяти оперативно при розгляді чи здійсненні запитів про надання міжнародної правової допомоги або екстрадиції з метою забезпечення того, щоб запити, надіслані українським органам влади або спрямовані ними, розглядалися оперативно, щоб таким чином уникнути невинувато тривалого тримання під вартою тих, хто може бути об'єктом всіх подібних запитів. Такий принцип доцільно застосовувати і щодо осіб, затриманих на морському чи річковому судні, що перебуває за межами України під прапором України, якщо це судно приписано до порту, розташованого в Україні.

Крім того, підтримуємо думку про те, що у КПК доцільно передбачити невідкладне відрядження слідчо-оперативної групи в разі вчинення тяжкого чи особливо тяжкого злочину за місцезнаходженням морського чи річкового судна, що перебуває за межами України під прапором України, якщо це судно приписано до порту, розташованого в Україні, та не має можливості у короткі терміни повернутись в Україну для проведення кваліфікованого огляду місця події та зібрання доказів. Також у КПК доцільно було б передбачити транзитне перевезення територією інших держав законно затриманої особи на морському чи річковому судні, що перебуває за межами України під прапором України, якщо це судно приписано до порту, розташованого в Україні. Це положення доцільно було б відображати у двосторонніх та багатосторонніх договорах, які укладаються Україною з іншими державами⁶.

Отже, чинне законодавство України, що регулює порядок кримінального провадження на морському чи річковому судні, містить ряд проблемних положень, зокрема, щодо невизначеності повноважень капітана судна як процесуальної фігури під час затримання осіб та щодо обмеження й звуження деяких прав та законних інтересів підозрюваних осіб. Тому доходимо висновку, що з метою захисту прав та законних інтересів осіб, недопущення їх обмеження та звуження, а також необхідність вирівнювання становища всіх осіб, що гарантується Конституцією України, необхідним є законодавче врегулювання порядку кримінального провадження на морському чи річковому судні. Зазначена проблема є актуальною і, безумовно, потребує подальших досліджень.

¹ Конвенція ООН з морського права 1982 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_057

² Інструкція про порядок проведення процесуальних дій під час кримінального провадження на морському чи річковому судні України, що перебуває за межами України під прапором або з розпізнавальним знаком України, якщо це судно приписано до порту, розташованого в Україні від 14.11.2012 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/GP12047.html

³ Кодекс торговельного мореплавства України від 23.05.1995 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/176/95-%D0%B2%D1%80>

⁴ Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянину незаконними діями органів, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, органів досудового розслідування, прокуратури і суду: Закон України від 01.12.1994 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/266/94-%D0%B2%D1%80>

⁵ Висновок щодо проекту Кримінального процесуального кодексу України (Страсбург 02 листопада 2011 р.) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://rm.coe.int/16802e707c>

⁶ Фрич В.І. Щодо законного затримання особи на повітряному, морському чи річковому судні, що перебуває за межами України під прапором або з розпізнавальним знаком України, якщо це судно приписано до порту, розташованого в Україні / В.І. Фрич, О.Б. Комарницька // Часопис цивільного і кримінального судочинства. – 2014. – № 5. – С. 118.

Резюме

Данилова І.О. Щодо кримінального провадження на морському чи річковому судні, що перебуває за межами України під прапором України, якщо це судно приписано до порту, розташованого в Україні.

Досліджено порядок кримінального провадження на морському чи річковому судні, що перебуває за межами України під прапором України, якщо це судно приписано до порту, розташованого в Україні. Приділено увагу проблемним питанням, пов'язаним із правозастосуванням окремих процедур в межах даного особливого порядку кримінального провадження (зокрема, вказується на законодавче передбачення особливостей затримання особи, яка вчинила кримінальне правопорушення на морському чи річковому судні).

Ключові слова: кримінальне провадження, морське чи річкове судно, капітан судна, заходи забезпечення кримінального провадження, затримання.

Резюме

Данилова И.А. Относительно криминального проведения на морском или речном судне, которое находится за пределами Украины под флагом Украины, если это судно приписано к порту, расположенном в Украине.

Исследован порядок уголовного производства на морском или речном судне, которое находится за пределами Украины под флагом Украины, если это судно приписано к порту, размещенному в Украине. Уделено внимание проблемным вопросам, связанным с правоприменением отдельных процедур в пределах данного особого порядка уголовного производства.

Ключевые слова: уголовное производство, морское или речное судно, капитан судна, меры обеспечения уголовного производства, задержание.

Summary

Daniłova I. Regarding criminal proceedings on a sea or river vessel, located outside Ukraine under the flag of Ukraine, if this ship is assigned to a port located in Ukraine.

The article examines the procedure for criminal proceedings on a sea or river vessel that is outside Ukraine under the flag of Ukraine, if this vessel is assigned to a port located in Ukraine. Attention is paid to problematic issues related to the enforcement of individual procedures within the framework of this particular procedure of criminal proceedings.

Key words: criminal proceedings, sea or river vessel, captain of the vessel, measures to ensure criminal proceedings, detention.

УДК 343.1

В.В. ДЕРНОВИЙ

*Віталій Валерійовича Дерновий, аспірант
Національної академії внутрішніх справ*

ПРАВОВА ОСНОВА ЗДІЙСНЕННЯ МІЖНАРОДНО-ПРАВОВОЇ ДОПОМОГИ ПРИ ПРОВЕДЕННІ ПРОЦЕСУАЛЬНИХ ДІЙ ПІД ЧАС РОЗСЛІДУВАННЯ ЗАВОЛОДІННЯ ЧУЖИМ МАЙНОМ, ВЧИНЕНОГО ОСОБОЮ ШЛЯХОМ ЗЛОВЖИВАННЯ СЛУЖБОВИМ СТАНОВИЩЕМ ІЗ ЗАЛУЧЕННЯМ ІНОЗЕМЦІВ

На сьогодні злочинність набуває транскордонного характеру. Дедалі частіше службові особи використовують свої міжнародні корупційні зв'язки для вчинення злочинів, особливо передбачених ст. 191 КПК України. У даному контексті один із найважливіших етапів розслідування кримінальних проваджень зазначеної категорії – це вчасна та якісна підготовка запитів про міжнародну правову допомогу.

Особливістю розслідування вищевказаної категорії є необхідність застосування не тільки правових норм національного законодавства, а й ратифікованих міжнародно-правових договорів. Це впливає із Конституції України, де вказано, що «чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України»¹.

Таким чином, загальновизнані принципи й норми міжнародно-правових актів, з одного боку, є складовою частиною кримінально-процесуального права, і безпосередньо породжують права людини у кримінальному процесі, а, з іншого, являють собою важливу передумову вдосконалення кримінально-процесуального законодавства України².

У даному контексті необхідність визначення відповідного нормативного-правового регулювання на міжнародному та національному рівні, дослідження їхнього змісту та конкретних особливостей є необхідною умовою для дослідження міжнародно-правової допомоги при проведенні процесуальних дій під час розслідування заволодіння чужим майном, вчиненого шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем із залученням іноземців.

Окремі аспекти міжнародного співробітництва держав у протидії злочинності досліджували: А.Б. Антонюк, О.В. Баулін, Т.С. Гавриш, Ю.М. Грошевий, М.П. Данилюк, В.І. Дубина, Г.О. Душейко, С.Є. Житняк, Є.В. Зозуля, В.В. Ігнатенко, О.Н. Карпов, О.В. Культенко, Л.В. Максимів, В.В. Назаров, Є.О. Наливайко, Н.А. Потомська, І.В. Рогатюк, І.А. Тітко, Ю.М. Черноус та ін.

Вищезазначені науковці вивчали загальні засади міжнародного співробітництва у кримінальних провадженнях. На основі їхніх досліджень вважаємо за необхідне зупинитися на особливостях правової регламентації міжнародно-правової допомоги при проведенні процесуальних дій під час розслідування заволодіння чужим майном, вчиненого шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем із залученням іноземців, шляхом визначення відповідних міжнародних та національних нормативно-правових актів.

Правова основа у сфері міжнародного співробітництва – це фундамент, правовий базис, на який спирається вся діяльність, пов'язана із міжнародно-правовою допомогою. Вчені по-різному визначають правові основи міжнародного співробітництва.

Так, А.І. Дмитрієв, А.С. Мацко, В.І. Муравйов вважають міжнародно-правовою основою міжнародного співробітництва у боротьбі зі злочинністю угоди між державами: універсальні конвенції, регіональні конвенції, двосторонні договори про правову допомогу у кримінальних справах та діяльність міжнародних організацій³.

Як зазначає А.Г. Маланюк, система правового регулювання порядку провадження у кримінальних справах, пов'язаного з міжнародними відносинами, складається із двох частин: міжнародних договорів (конвенцій) та внутрішньодержавного законодавства, яке на даний час переважно охоплює підзаконні нормативно-правові акти⁴.

С.Т. Пунь правовою основою міжнародного співробітництва українських правоохоронних органів з відповідними органами іноземних держав вважає ратифіковані Верховною Радою України конвенції Організації Об'єднаних Націй, Ради Європи, рішення Ради глав держав і Ради глав урядів СНД, міжнародні багатосторонні і двосторонні договори держави, угоди і рішення таких органів координації взаємодії з партнерами із

СНД, як Рада міністрів внутрішніх справ, Рада керівників органів безпеки та спеціальних служб та інші, а також договори та угоди міжвідомчого характеру⁵.

На думку О.В. Узунової, правову основу здійснення міжнародної правової допомоги під час розслідування злочинів складають: 1) міжнародні міждержавні договори (двосторонні та багатосторонні); пакти, конвенції, договори, угоди; 2) міжвідомчі договори (угоди); міждержавні угоди з окремих питань, що стосуються взаємодії держав у боротьбі зі злочинністю⁶.

Ми погоджуємося з думками даних вчених. Так, основоположними нормативно-правовими актами для міжнародного співробітництва у кримінальних провадженнях, пов'язаних із заволодінням чужим майном, вчиненого шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем із залученням іноземців є Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти корупції від 31.10.2003 року, Другий додатковий протокол до Європейської конвенції про взаємну допомогу у кримінальних справах від 08.11.2001, Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти транснаціональної організованої злочинності від 15.11.2000 та ін.⁷

Стосовно національного законодавства, то основним нормативно-правовим актом, що регулює міжнародне співробітництво кримінальних провадженнях, пов'язаних із заволодінням чужим майном, вчиненого шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем із залученням іноземців, є Кримінальний процесуальний кодекс України.

Слід зазначити, що при розслідуванні будь-якого кримінального провадження найбільш ймовірним буде те, що запит правоохоронного органу про міжнародну правову допомогу буде ґрунтуватися саме на Конвенції Організації Об'єднаних Націй проти корупції від 31.10.2003. Дана Конвенція була ратифікованою відповідно до Закону України «Про ратифікацію Конвенції Організації Об'єднаних Націй проти корупції» № 251-V від 18.10.2006 року. Як свідчить практика, ця Конвенція дійсно є фундаментальним для міжнародного співробітництва документом у кримінальних провадженнях з ознаками корупції, на яку є посилання практично у кожному запиті про міжнародну правову допомогу.

У ст. 17 Конвенції містить чіткий перелік заходів, які можуть бути необхідними для визнання злочином розкрадання, неправомірне привласнення або інше нецільове використання майна державною посадовою особою.

Слід наголосити, що ст. 191 Кримінального кодексу України підпадає за своїми ознаки під ознаки злочин, зазначеного в статті 17 Конвенції, а тому скерування запитів про міжнародну правову допомогу при розслідуванні кримінального провадження за такою кваліфікацією завжди має виконуватися учасником Конвенції та відмова у його виконанні не допускається.

Міжнародне співробітництво при розслідуванні кримінальних проваджень цієї категорії є ключовим механізмом отримання доказової бази, а тому здійснивши першочергові заходи з отримання інформації з публічних баз даних, та одночасно зі здійсненням співробітництва з Державною службою фінансового моніторингу, сторона обвинувачення має визначитися з обсягом міжнародної правової допомоги, яка йому необхідна для розслідування.

Орієнтовний, однак не вичерпний, перелік допомоги, яка запитується при розслідуванні кримінальних проваджень визначений статтею 46 Конвенції, та на практиці, як правило, включає одержання показань свідків; проведення обшуку, надання оригіналів або засвідчених копій відповідних документів та матеріалів, у тому числі урядових, банківських, фінансових, корпоративних або комерційних документів; виявлення та відстеження доходів від кримінальної діяльності, майна, засобів вчинення злочинів або інших предметів з метою доказування.

При цьому, більш швидкому виконанню запиту про міжнародну правову допомогу може сприяти зазначення у його змісті допомоги про те, що його необхідно проводити відповідно до внутрішнього права запитуваної Держави – учасниці. Деякі слідчі – навпаки, ставлять питання щодо проведення запитуваних процесуальних дій за законодавством України доцільність чого дуже сумнівна, та значно ускладнює для запитувачої сторони його виконання та потребує додаткових витрат на його підготовку. Зокрема, при допиті свідків, це зумовлює здійснення перекладу норм КПК України на мову запитуваної сторони, необхідності роз'яснення цих прав, обов'язків та відповідальності.

Слід наголосити на можливість відповідно до п. 14 ст. 4 Конвенції скерувати запит про міжнародну правову допомогу в електронному вигляді.

Крім того, Конвенція у ст. 51 визначає повернення активів її основоположним принципом, у зв'язку з чим Держави-учасниці мають з цією метою якнайширше співпрацювати одна з одною й надавати одна одній допомогу.

У багатьох європейських країнах законодавство про захист банківської таємниці досить жорстке, однак учасники цієї Конвенції зобов'язані перевіряти особу клієнтів, вживати обґрунтованих заходів для встановлення особи власників-бенефіціарів коштів, депонованих у великому розмірі, і вживати більш жорстких заходів контролю щодо рахунків, які намагаються відкрити або які відкриті особами, які мають або мали значні державні повноваження, членами їхніх сімей і тісно пов'язаними з ними партнерами або від імені будь-яких перерахованих вище осіб.

Іншим основоположним міжнародно-правовим договором є Другий додатковий протокол до Європейської конвенції про взаємну допомогу в кримінальних справах, який був ратифікований Україною 01.06.2011 та набув чинності для України 01.01.2012.

За вказаним протоколом сторони зобов'язалися надавати без зволікання одна одній відповідно до положень цієї Конвенції якнайширшу взаємну допомогу в провадженні стосовно правопорушень, покарання яких на момент прохання про надання допомоги підпадає під юрисдикцію судових органів запитуючої Сторони.

Також статтею 15 Конвенції передбачений цікавий порядок взаємодії між учасниками Конвенції через пересилання у термінових випадках документів через Міжнародну організацію кримінальної поліції (Інтерпол), що також може суттєво прискорити здійснення міжнародного співробітництва між учасниками Конвенції.

Крім того, ст. 4 Другого додаткового протоколу передбачено, що прохання про надання взаємної допомоги та будь-які інші повідомлення, передбачені Європейською конвенцією про взаємну допомогу у кримінальних справах від 20 квітня 1959 р. або протоколами до неї, можуть надсилатися за допомогою будь-яких електронних або інших засобів зв'язку за умови, що запитуюча сторона готова на прохання будь-коли надати їхній письмовий запис й оригінал.

Відповідно до Закону України «Про ратифікацію Другого додаткового протоколу до Європейської конвенції про взаємну допомогу у кримінальних справах» від 01 червня 2011 р. № 3449-VI, згідно з п. 9 ст. 15 Конвенції у редакції ст. 4 Другого додаткового протоколу Україна погоджується приймати та виконувати прохання, одержані за допомогою електронних або інших засобів зв'язку, за умови, що запитуюча сторона гарантує невідкладне надання письмового оригіналу цього прохання. Матеріали, отримані внаслідок виконання такого прохання, надаватимуться запитуючій стороні лише після надходження оригіналу прохання.

Таким чином, для оперативності міжнародного співробітництва доцільно в кожному випадку вирішувати питання щодо скерування запиту про міжнародну правову допомогу безпосередньо електронною поштою. Як свідчить практика, це дуже дієвий механізм, коли у стислі строки необхідно заарештувати кошти на розрахунковому рахунку в іноземній банківській установі.

Крім того, вказаною статтею навіть передбачена можливість здійснення запиту про надання взаємної правової допомоги в усній формі, який у подальшому в терміновому порядку має бути підтверджено письмовим запитом. На практиці такий вид взаємодії використовується, однак завжди повинен супроводжуватися одночасним скеруванням запиту адресату в паперовому та електронному вигляді.

Наведені механізми взаємодії передбачені також міждержавними двосторонніми договорами у сфері надання взаємної допомоги у кримінальних справах, наприклад ст. 4 Договору між Україною та Сполученими Штатами Америки про взаємну правову допомогу у кримінальних справах від 22 липня 1998 року⁸. Так, запит про допомогу має бути зроблений у письмовій формі, крім невідкладних випадків, коли центральний орган запитованої держави може прийняти запит в іншій формі. Якщо запит зроблено не в письмовій формі, він підтверджується письмово протягом десяти днів, якщо центральний орган запитованої держави не погоджується про інше. Запит робиться мовою запитованої держави, якщо не погоджено інше.

Також важливим документом, на підставі якого здійснюється міжнародне співробітництво у кримінальних провадженнях зазначеної категорії, є Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти транснаціональної організованої злочинності, прийнята резолюцією 55/25 Генеральної Асамблеї від 15 листопада 2000 р., яка набула чинності для України 21 травня 2004 року.

На практиці досить часто заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем із залученням іноземців вчиняється в складі організованої групи чи злочинної організації. Разом із тим не у кожному випадку сторона обвинувачення докладає усіх можливих зусиль для доведення факту діяльності структурно оформленої групи та кваліфікації дій усіх співучасників вчиненого злочину.

Аналіз норм міжнародно-правових документів, що регулюють порядок здійснення міжнародно-правової допомоги при проведенні процесуальних дій під час розслідування заволодіння чужим майном, вчиненого шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем із залученням іноземців, дає змогу виділити основні вимоги, що повинні ставитися до такого міжнародного співробітництва.

При складанні запитів про міжнародну правову допомогу доцільно надавати обґрунтування необхідності виконання запиту про міжнародну правову допомогу у максимально стислі, однак розумні строки, та зазначати у разі необхідності країні строки необхідності його виконання.

Якщо запит включає багато пунктів, деякі із яких можуть потребувати більш значного періоду часу виконання, ніж інші, позитивною є практика надання у запитах пояснень про необхідність скерування матеріалів щодо часткового виконання запитів про міжнародну правову допомогу одразу після їх отримання.

З огляду на викладене основоположні документи, на яких буде ґрунтуватися міжнародне співробітництво, містять деякі тонкощі, що повинні бути врахованими слідчим, прокурором під час здійснення міжнародно-правової допомоги.

¹ Конституція України // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 1996. – № 30. – С. 141 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>

² *Узунова О.В.* Міжнародно-правові договори України як джерела кримінально-процесуального права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 «Кримінальний процес і криміналістика; судова експертиза» / О.В. Узунова. – К., 2008. – С. 1.

³ *Дмитрієв А.І.* Міжнародне публічне право: Практикум / А.І. Дмитрієв, А.С. Мацко, В.І. Муравйов ; відп. ред.: Ю.С. Шемшученко, А.В. Губерський. – К.: Юрінком Інтер, 2001. – С. 235.

⁴ *Маланюк А.Г.* Провадження у кримінальних справах, пов'язаних із міжнародними відносинами, за законодавством України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 «Кримінальний процес і криміналістика; судова експертиза» / А.Г. Маланюк. – К., 2004. – С. 4.

⁵ Пунь С.Т. Проблемні аспекти правового регулювання міжнародного співробітництва правоохоронних органів України у сфері протидії транснаціональному наркобізнесу / С.Т. Пунь // Міжнародне співробітництво у сфері протидії незаконного обігу наркотичних засобів і психотропних речовин: Матеріали міжнародної науково-практичної конференції (3–4. лист. 2006 р.). – Дніпропетровськ: Дніпр. держ. ун-т внутр справ. 2007. – С. 161.

⁶ Узунова О.В. Міжнародно-правові договори України як джерела кримінально-процесуального права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 «Кримінальний процес і криміналістика; судова експертиза» / О.В. Узунова. – К., 2008. – С. 6.

⁷ Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти корупції // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 2007. – № 49. – С. 2048 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_c16/print; Другий додатковий протокол до Європейської конвенції про взаємну допомогу у кримінальних справах // Офіційний вісник України. – 2012. – № 85. – С. 1950 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_518/print ; Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти транснаціональної організованої злочинності // Офіційний вісник України. – 2006. – № 14. – С. 340 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_789

⁸ Договір між Україною та Сполученими Штатами Америки про взаємну правову допомогу у кримінальних справах // Офіційний вісник України. – 2006. – № 31. – С. 463 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/840_019/print

Резюме

Дерновий В.В. Правова основа здійснення міжнародно-правової допомоги при проведенні процесуальних дій під час розслідування заволодіння чужим майном, вчиненого особою шляхом зловживання службовим становищем із залученням іноземців.

У статті здійснено аналіз правової основи здійснення міжнародно-правової допомоги при проведенні процесуальних дій під час розслідування заволодіння чужим майном, вчиненого особою шляхом зловживання службовим становищем із залученням іноземців, а також розглянутий порядок виконання запиту (доручення) про міжнародну правову допомогу на території іноземної держави.

Ключові слова: правова основа, злочин, процесуальні дії, кримінальне провадження, іноземці.

Резюме

Дерновой В.В. Правовая основа осуществления международно-правовой помощи при проведении процессуальных действий при расследовании завладения чужим имуществом, совершенного лицом путем злоупотребления служебным положением с привлечением иностранцев.

В статье осуществлен анализ правовой основы осуществления международно-правовой помощи при проведении процессуальных действий при расследовании завладение чужим имуществом, совершенного лицом путем злоупотребления служебным положением с привлечением иностранцев, а также рассмотрен порядок выполнения запроса (поручения) о международной правовой помощи на территории иностранного государства.

Ключевые слова: правовая основа, преступление, процессуальные действия, уголовное производство, иностранцы.

Summary

Dernoyi V. The legal basis for the implementation of international legal assistance in conducting procedural actions in the course of investigating the taking possession of someone else's property committed by a person through abuse of office with the attraction of foreigners.

The article analyzes the legal basis for the implementation of international legal assistance in conducting procedural actions in the course of investigating the taking over of someone else's property committed by a person through abuse of office with the involvement of foreigners, as well as the procedure for the execution of the request (assignment) on international legal assistance in the territory of a foreign state.

Key words: legal basis, crime, procedural actions, criminal proceedings, foreigners.

А.Ю. ДЗЮБА

Анастасія Юрїєна Дзюба, молодший науковий співробітник Науково-дослідного інституту вивчення проблем злочинності імені академіка В.В. Сташиса НАПрН України

**ВИХОВАННЯ ЯК ОСНОВОПОЛОЖНА ІДЕЯ
ЮВЕНАЛЬНОГО КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА ФРН**

Виокремлення спеціального ювенального кримінального права багато в чому обумовлювалося ідеями виховання. У догматиці Закону «Про суд у справах неповнолітніх» (JGG) ідея виховання відіграє особливу роль – не лише як низка приписів виховного характеру, а й переважно як наскрізний принцип, що пронизує всю ювенальну юстицію ФРН та формує особливий характер методів взаємодії держави та неповнолітніх (або ж тих, які підпадають під дію цього закону) правопорушників. Такий підхід виступає своєрідним двигуном розвитку ювенальної юстиції, подальшого виокремлення молодіжного (ювенального) кримінального права та його відособлення від загального кримінального права. Він також обумовлює сучасне трактування віку кримінальної відповідальності осіб, які підпадають під дію JGG. Більш широкі межі застосування JGG (навіть до осіб, які вчинили кримінальне правопорушення у віці до 25 років), розширення варіативності виховних заходів та примусових засобів – все більше розглядається у якості окремого соціального рішення щодо правопорушників даної вікової категорії. Актуальність теми дослідження підтверджується ступенем нерозкритості теми у національних правових дослідженнях, що є необхідним при поточному реформуванні ювенальної юстиції з урахуванням європейських стандартів, які є пріоритетними в рамках взаємин України та ЄС.

Серед вітчизняних учених у питаннях вивчення ідеї виховання у німецькому ювенальному кримінальному праві та кримінології відзначимо роботи Є.С. Назимко, Н.С. Юзікової, О.Ю. Шостко. Разом із тим аналіз наукових публікацій показав, що ідея виховання в кримінологічній літературі досліджена недостатньо, а деякі положення вимагають уточнень.

Метою і завданням статті є теоретичне дослідження генези наукової думки про фундаментальну ідею виховання і її ролі в інституціональному виділенні спеціального ювенального кримінального права ФРН, а також її вираження у конструюванні кримінально-правових наслідків вчинення неправомірних діянь неповнолітніми.

Природно, що основна увага серед заходів кримінально-правового характеру у JGG¹ приділяється саме виховним заходам (§ 9 JGG). При цьому можливості застосування кримінального покарання (позбавлення волі) та необхідності його застосування підлягає обґрунтуванню (§ 37 JGG). Так само підлягають встановленню передумови та необхідності такого виправного заходу (за JGG), як арешт (§ 90. п. 2, абз. 1 JGG). Більш ретельно (порівняно із загальним кримінальним правом) виписана норма щодо виконання покарань та інших заходів кримінально-правового характеру щодо неповнолітніх (§ 91 п. 1 JGG).

Оскільки сама ідея виховання в епоху панування націонал-соціалізму в Німеччині була перекручена, відбулася й певна переорієнтація емпіричних досліджень тих часів у бік посилення заходів кримінально-правової репресії щодо неповнолітніх. З появою новаторських підходів, обумовлених розповсюдженням *теорії соціальної допомоги* неповнолітнім, з'явилася тенденція критики ідеї виховання у ювенальній юстиції².

Генеза наукової думки про виховання як основоположну ідею ювенального кримінального права ФРН. Ювенальне кримінальне право Німеччини має порівняно коротку історію. Ця автономна та відносно самостійна підгалузь кримінального права характеризується своїми власними методами і завданнями, відмінними від загального кримінального права. У такому вигляді вона сформувалася лише на початку ХХ століття. Як вже зазначалося, законодавчо започаткування ювенального кримінального права пов'язане із Законом про добробут молоді від 9 липня 1922 р. та Законом про суди для неповнолітніх від 16 березня 1923 року. Безумовно, відповідні закони з'явилися в Німеччині завдяки науковим поглядам, які створили підґрунтя для законодавчого виокремлення ювенального кримінального права та ювенальної юстиції у цілому. Сама виховна ідея має давні традиції у німецькій науці кримінального права. Вона мала настільки важливу, навіть домінуючу роль у німецькій юриспруденції, що відомий криміналіст Вебер у 1929 р. говорив про ідею виховання як основоположний принцип ювенальної юстиції: «прийде час, коли юристи не будуть знати ніякої іншої думки, ніж виховання»³.

Однак перші наукові міркування про виховання, як феномен у кримінальному праві, з'явилися задовго до цього. Ще в 1900 р. видатний німецький правознавець, згодом – член німецького Рейхстагу Франц фон-Ліст зазначав: «Якщо підліток вчинив злочин, і ми його відпускаємо виховуючи – ймовірність того, що він вчинить злочин знову, менша, ніж якби ми його покарали»⁴.

Із того часу в німецькій науковій доктрині прийнято вважати, що система правосуддя щодо неповнолітніх концептуально виходить із концепції освіти. Ідея виховання як одна із центральних засад побудови ювенального кримінального права, між іншим, відіграла визначальну роль у формуванні заходів кримінально-правового характеру щодо неповнолітніх. Впровадження таких заходів, відмінних від тих, що існували в загальному кримінальному праві, було предметом жвавих наукових дискусій під час розробки Закону про суди для неповнолітніх від 16 березня 1923 р., набуття чинності яким, за влучним висловом Остендорфа, започаткувало побудову *виховного* (виділено мною. – А.Д.) кримінального права⁵.

Водночас просвітницькі погляди у німецькій доктрині використовується як для пом'якшення кримінальної відповідальності, диверсифікації заходів кримінально-правового характеру, так і для її суворості й жорсткості та послідовного кримінального переслідування⁶.

За часів націонал-соціалізму просвітницькі погляди були використані в якості механізму для залучення молоді у громаду під націоналістичними гаслами. У 1943 р. у ювенальне кримінальне законодавство було впроваджено низку дисциплінарних заходів, що призначалися неповнолітнім правопорушникам. Найбільш суворим з них виступав арешт⁷. Метою арешту визначалось «виховання у неповнолітнього правопорушника поваги до своєї расової приналежності»⁸. Таким чином, нацистський режим зловживав виховною ідеєю ювенальної юстиції у власних цілях.

Після періоду зловживань, що минув із падінням Рейху та закінченням Другої світової війни, просвітницькі погляди та ідея виховання у 1953 р. були підтримані та розвинені належним чином у Законі про суд у справах молоді. Розвиток цієї основоположної для ювенальної юстиції ідеї та її подальше обговорення в німецькій юриспруденції триває й дотепер⁹.

Між іншим, необхідність формування ювенальної юстиції, що враховувала б неповнолітній вік осіб, які піддаються засобам кримінально-правового впливу, знайшла своє відображення у Мінімальних стандартних правилах ООН щодо правосуддя у справах неповнолітніх від 29 листопада 1985 року¹⁰. Відповідна резолюція ООН спрямована на встановлення диференційованого підходу у відправленні правосуддя щодо неповнолітніх.

Незважаючи на те, що просвітницька мета щодо неповнолітніх прямо в резолюції не називається, однак запропоновані нею для застосування переважно для неповнолітніх заходи впливу явно знаходяться у контексті реалізації ідеї виховання молодих правопорушників.

Обґрунтування ідеї виховання

Однією з причин виокремлення ювенальної юстиції виступають особливості психічного розвитку неповнолітніх, що обумовлені біологічними процесами сексуального та психологічного становлення особи.

Приписи § 3 JGG визначають, що суб'єкти відповідної категорії знаходяться у так званій перехідній стадії між дитинством та дорослим життям. Ця стадія доволі часто характеризується значним ступенем невизначеності щодо ідентичності особистості та місця людини у суспільстві. Також звертається увага на слабку соціальну адаптацію та неповне розуміння обов'язкових для них норм поведінки. Поряд із біологічним дозріванням та психологічним становленням особистості неповнолітнього важливе значення має настання того моменту, коли підліток проходить критичну фазу свого дорослішання та виходить із відносно захищеної родинної домівки або ж отримує у ній абсолютно іншу нову роль.

До того ж відторгнення сім'ї та школи доволі часто збігається з отриманням роботи та початком формування свого особистого професійного зростання, внаслідок чого неповнолітній стикається з новим, невідомим до того навколишнім середовищем, яке висуває достатньо нових вимог, впливів та спокус¹¹.

Таким чином, вочевидь, допомога та емоційна підтримка від дорослих, які забезпечують догляд за неповнолітнім, необхідна для успіху в прагненні молодих людей до самостійності і відповідальності за себе. У зв'язку з особливою сприйнятливістю неповнолітніх до зовнішнього впливу існує підвищена потреба у виховних пропозиціях¹². Отже, слід звертати увагу на те, що відрізняє неповнолітніх правопорушників, які знаходяться у пубертатному періоді свого розвитку, від більш зрілих, а саме – велика податливість молодих людей.

Лише у віці між 25 і 30 роками можна з достатнім ступенем ймовірності очікувати більш-менш сформованого характеру особистості. У цьому відношенні німецька криминологія свідчить про певну соціологічну залежність злочинності неповнолітніх від низки факторів. До них належать: несприятливі сімейні обставини, брак виховання в сім'ї, погані приклади батьків, братів і сестер, негативний досвід друзів, нездорові спокуси, які можуть виникнути через гіпертрофоване сприйняття засобів масової інформації, надмірне захоплення Інтернетом тощо.

Вказані негативні фактори мають більший, порівняно з дорослими, вплив на молодь, на формування девіантної поведінки неповнолітніх правопорушників. Разом із тим більша податливість неповнолітніх до зовнішніх факторів впливу, за інших умов, може відіграти позитивну роль у ресоціалізації таких осіб. Насамперед йдеться про зміну навколишнього соціального середовища на більш сприятливе та про постійну виховну роботу. Такі чинники видаються більш успішними саме по відношенню до неповнолітніх (і таких, що знаходяться на стадії психологічного дозрівання) правопорушників. Останнє особливо помітне в порівнянні зі старшим поколінням, яке вже має більш міцний у негативному сенсі характер.

Таким чином, це вказує на більший ступінь ймовірності успіху спеціального профілактичного превентивного запобігання злочинності шляхом виховання неповнолітніх правопорушників.

Отже, виховання має більшу, порівняно із загальним кримінальним правом, цінність у контексті формування мети покарання або ж застосування інших, відмінних від покарання, заходів кримінально-правово-

го характеру щодо неповнолітніх¹³. Нарешті, ідея виховання вказує на те, що перспектива застосування умовного звільнення від відбування покарання збільшується у випадку законної лояльності, яка усвідомлюється через навчання¹⁴.

Реформа окремих підходів законодавця в останні роки

Підготовлений Міністерством юстиції ФРН (BMJ) проект законодавчих змін (2-й JGGÄndG 200417) передбачав за основу доповнення до § 2 JGG з тим, щоб усунути певну невизначеність щодо значущості освітньої концепції у ювенальному кримінальному праві та мав на меті надання допомоги у тлумаченні нормативних приписів з питань освіти. Уперше в тексті самого закону було запропоновано визначити виховну мету JGG. Ця мета полягала в тому, щоб не допустити вчинення повторних злочинів неповнолітніми.

Разом із тим виховання не є самостійною метою або ж завданням ювенальної юстиції, однак воно виступає основоположною ідеєю та рекомендацією у процесі досягнення цілей кримінального права.

Це уточнення має велике практичне значення для інтерпретації відповідних стандартів відправлення правосуддя, а також для формування раціональної ювенальної кримінальної політики на основі кримінологічної політики¹⁵.

Судам у справах неповнолітніх, що діють у землях Саксонії, Баварії, Гессена, Нижньої Саксонії та Тюрингії поправками до відповідних законів, прийнятими Бундестагом у 2004 р., було надано більш гнучкий інструментарій дій щодо неповнолітніх правопорушників¹⁶.

Суддя у справах неповнолітніх, відповідно до закріпленої в законі виховної ідеї, крім встановлення факту вчинення кримінального правопорушення зобов'язаний перевірити питання про осудність неповнолітнього, а саме – здатність його повною мірою усвідомлювати суспільно небезпечність злочину та ступінь можливості самостійно керувати своїми вчинками в силу психічної стійкості з усіма особливостями справи у кожному конкретному випадку.

У цілому ж існуюча система відправлення правосуддя щодо неповнолітніх у Німеччині разом із супутнім їй ювенальним кримінальним правом повністю відповідає вимогам сьогодення і не потребує кардинальних змін. Тому мають бути покращені лише окремі аспекти функціонування ювенальної юстиції. Зокрема, ті, що стосуються розширення варіативності можливостей суду щодо обрання заходів кримінально-правового характеру, не пов'язаних з позбавленням волі¹⁷.

Огляд ідеї виховання у німецькій науковій літературі

Незважаючи на численні праці, у яких обґрунтовувалася значущість ідеї виховання для ювенального кримінального права Німеччини, окремі аспекти теорії виховання у кримінальному праві піддавалися певній критиці.

Проти ідеї виховання висувались наступні аргументи¹⁸:

гнучкість виховної ідеї як універсального механізму для ювенального кримінального права сумнівна. Так само сумнівно видається обґрунтування виховною ідеєю розширення застосування штрафу, який, вже виходячи з його природи, є репресивним заходом кримінально-правового характеру. Виховну функцію штраф виконує лише побічно. На практиці в будь-яких заходах кримінально-правового характеру (буде це кримінальне покарання, або ж примусові заходи) переважають репресивні елементи. Ювенальний суд дуже обмежений у виховних інструментах впливу на неповнолітнього правопорушника, якщо розглядати його як місце проведення виховного заходу;

2) ставиться під сумнів сама потреба у вихованні в ювенальній юстиції, оскільки злочин вчиняється швидше у зв'язку з конкретною життєвою ситуацією, ніж через дефіцит виховання в цілому;

3) емпіричні дослідження довели, що виховне кримінальне право далеко не завжди пом'якшує вину. Замість цього збільшення штрафу може бути виправдане ідеєю «освіти»¹⁹;

4) сумніви щодо конституційності виховних заходів виникають, якщо розглядати останні з точки зору поваги до людської гідності – винний може не погодитись на поліпшення в сенсі внутрішнього перетворення, якщо воно поєднане з державним примусом. Що стосується підлітків у віці від 18 до 21 року, слід також пам'ятати, що навіть батьківське право на виховання дітей втратило силу щодо цієї категорії осіб.

1. Критика Хінца

Хінц був одним із найбільш послідовних критиків виховної ідеї в галузі ювенальної юстиції. У своїх працях він висловлює певні сумніви щодо обґрунтування ідеї виховання необхідності застосування щодо неповнолітніх покарання у вигляді позбавлення волі²⁰. На думку вченого, однією лише ідеєю виховання не можна виправдати необхідність тривалого терміну позбавлення неповнолітнього волі. Саме тому можна погодитись з тим, що, як вважає більшість дослідників, головною метою даного виду покарання є кара за вчинення злочину, поєднана з позитивною загальною соціальною превенцією²¹. Приділяючи увагу здебільшого загальним профілактичним аспектам, особливо у питанні запобігання вчиненню тяжких кримінальних правопорушень, Хінц пропонує низку змін щодо підвищення максимальної межі покарання у поєднанні з обов'язковим пом'якшенням для неповнолітніх правопорушників.

Зокрема, дослідник пропонує підняти верхню межу покарання за вчинення вбивства з мотивів «захисту честі», щоб довести неповнолітнім іммігрантам, що німецька правова держава зі всією рішучістю реагує на вчинення таких злочинів²². Вчинення подібних діянь, на думку вченого, має тягти за собою відповідальність за загальним кримінальним правом на підставі КК Німеччини (StGB)²³. Також пропонується обмежити пом'якшення покарання на підставі § 49 JGG у разі вчинення тяжкого злочину, щоб запобігти занадто м'якому покаранню²⁴.

§ 49 JGG Особливі пом'якшуючі обставини, передбачені законом

(1) Якщо, згідно з даним приписом, передбачається або допускається пом'якшення покарання або інших заходів кримінально-правового характеру, то діють наступні правила.

1. Пожиттєве позбавлення волі замінюється позбавленням волі на строк не менше трьох років.

2. Позбавлення волі на певний строк може бути призначене в межах не більше, ніж три четвертих від передбаченого законом максимального строку покарання або ж не більше, ніж три четвертих від передбаченого законом максимального розміру штрафу.

3. Мінімальна межа позбавлення волі знижується:

– у разі встановлення мінімального строку від п'яти років – до двох років;

– у разі встановлення мінімального строку від двох або трьох років – до шести місяців;

– у разі встановлення мінімального строку від одного року – до шести місяців;

– в інших випадках – до мінімального строку, передбаченого законом.

(2) Якщо суд діє згідно з приписами даного параграфу, він може, на свій розсуд, понизити покарання до мінімальної межі позбавлення волі, встановленої законом, або ж замінити покарання у вигляді позбавлення волі на певний строк грошовим стягненням (штрафом).

Крім того, Хінц пропонує відмовитись від іспитового строку для неповнолітніх (§ 57 JGG), а угоди про визнання винуватості з потерпілим повинні мати публічний характер. Професор Хінц пропонує відмовитися від практики «зачинених» процесів у справах неповнолітніх, які, на його думку, не мають права на існування в правовій державі²⁵.

2. Позиція Куша

Куш у своїх працях розвинув критичне ставлення Хінца до ідеї виховання та запропонував взагалі відмовитись від ювенального кримінального права²⁶.

Аналіз динаміки злочинності неповнолітніх у великих містах дав Кушу змогу зробити висновок про те, що з кожним роком зростає кількість неповнолітніх правопорушників, які раніше вже притягалися до кримінальної відповідальності. Фактично йдеться про зростання рецидиву серед неповнолітніх правопорушників. Куш зауважує, що заважаючи на достатню кількість проблемних життєвих ситуацій, в яких опиняються молоді люди, ювенальне кримінальне право є своєрідним засобом повернення молодих правопорушників «на правильний життєвий шлях».

Через складні життєві ситуації, в яких опиняються підлітки, було б самовпевнено вважати, що ювенальне кримінальне право за допомогою освітніх засобів може повернути молодих правопорушників «на правильний шлях». Таке повернення, на думку вченого, має відбуватись поза межами кримінального судочинства²⁷.

На користь відмови від спеціального ювенального кримінального права свідчить також і невтішна статистика рецидивної злочинності серед неповнолітніх²⁸.

Куш пропонує встановити однакові заходи кримінально-правового характеру (покарання) як до неповнолітніх, так і для дорослих злочинців. Причому законодавчо, на думку вченого, має бути зафіксовано альтернативу – або відмова від застосування кримінального покарання (звільнення особи від покарання), або ж фактичне застосування покарання у вигляді позбавлення волі чи штрафу. Водночас вчений припускає можливість застосування короткострокових заходів кримінально-правового характеру, зокрема – арешту²⁹.

Вчений виступає за встановлення меншої, порівняно з дорослими правопорушниками, нижньої межі призначення покарання або ж інших заходів кримінального правового характеру щодо неповнолітніх (14–18 років), за можливість загального пом'якшення покарання підліткам (18–21 рік) та доцільність у певних випадках поєднання штрафу з позбавленням волі³⁰.

Куш також відомий тим, що виступає за впровадження досудового розгляду справ неповнолітніх за незначні кримінальні правопорушення поліцією. Він пропонує надати поліції можливість робити попередження неповнолітнім правопорушникам, з дотриманням процедурних вимог. Попередження поліції Куш вважає більш дієвим та ефективним з точки зору впливу на поведінку неповнолітніх правопорушників, ніж абстрактні настанови прокурора³¹.

Отже, в цілому існування окремої юрисдикції у справах неповнолітніх, на думку Куша, не може бути виправданим. Єдина судова система, а також однакові санкції та інші заходи кримінально-правового характеру (для неповнолітніх та дорослих правопорушників) створює більшу прозорість у діяльності суду³².

3. Позиція Остендорфа

Остендорф у своїх працях дуже чітко заперечив доводам Куша з питання скасування ювенального кримінального права. За інших обставин, на думку вченого, могла б повернутися правова ситуація, яка існувала у Східній Німеччині з 1968 р. аж до її розпаду³³.

Не говорячи вже про те, що відмова від ювенальної юстиції суперечить міжнародним зобов'язанням Німеччини, зокрема, Мінімальним стандартним правилам ООН щодо правосуддя у справах неповнолітніх від 29 листопада 1985 року³⁴.

Основоположне право громадянина на людську гідність, закріплене Конституцією ФРН, як роз'яснює Конституційний суд Німеччини, визначає відновлювальне кримінальне право, яке досягається, зокрема, завдяки існуванню ювенального кримінального права як спеціальної галузі загального кримінального права у ФРН³⁵. Таким чином, скасування ювенального кримінального права означає відмову від основоположних принципів правосуддя щодо неповнолітніх, що суперечить конституційним приписам.

Остендорф, зокрема, посилається на еволюційні психологічні та кримінологічні дослідження, які суперечать ідеї відмови від ювенального кримінального права. Вчений доводить, що ліквідація ювенальної юстиції призведе не до зменшення, а, навпаки, до збільшення злочинності³⁶.

Крім того, відмова від ювенального кримінального права видається Остендорфу неприпустимим культурним регресом³⁷.

Отже, можемо зробити такі висновки. Метою ювенальної юстиції є запобігання повторному вчиненню кримінальних правопорушень неповнолітніми. Цій меті служить ідея виховання, як основоположний принцип ювенального кримінального права.

З одного боку, ідея виховання має велике значення для тлумачення відповідних норм Закону про суди у справах неповнолітніх, а з другого боку – вона є першою цеглинкою для розуміння злочинності неповнолітніх та побудови раціональної ювенальної кримінальної політики. Розуміння ювенального кримінального права як «виховного кримінального права» свідчить про те, що кримінально-правові наслідки вчинення злочину, властиві нормам загального кримінального права, підкоряючись ідеї виховання у ювенальному кримінальному праві, перетворюються на виховні кримінально-правові заходи.

Застосування щодо неповнолітнього правопорушника навіть найбільш суворого із усіх можливих заходів кримінально-правового характеру – покарання у вигляді позбавлення волі має відповідати меті виховання значно більше, ніж у загальному кримінальному праві³⁸. Саме виховний вплив має вирішальне значення при призначенні виховних заходів, примусових засобів, не пов'язаних із позбавленням волі, та в разі призначення покарання у вигляді позбавлення волі.

Пошук балансу між карою та вихованням знову і знову дає привід для критики чинного ювенального кримінального права, який межує між «виховним ідеалізмом», з одного боку, та «ліквідацією виховної ідеології», з іншого.

Досвід наукового розуміння причин та умов злочинності неповнолітніх, її особливий характер (йдеться про переважно дрібні кримінальні правопорушення, які здебільшого вчиняються неповнолітніми – *Bagatellstraftaten*), поза всяким сумнівом, виправдовують особливий інструментарій ювенальної юстиції, більш виважений та гнучкий порівняно із загальним кримінальним правом.

Фізичне та статеве дозрівання неповнолітніх і молоді пов'язане з різноманітними за ступенем тяжкості для психіки особи кризовими ситуаціями. Несформована психіка, податливість молодих людей зовнішньому впливу, не завжди позитивному, також слугують додатковим аргументом на користь виховного кримінального права у галузі правосуддя для неповнолітніх.

Досвід також свідчить, що значна педалізація щодо злочинності неповнолітніх шляхом впровадження більш суворих покарань призведе не до зменшення рецидивної злочинності, а навпаки – до її збільшення, омолодження та кримінальної професіоналізації.

Переважне застосування виховних заходів, реабілітаційних засобів щодо неповнолітніх, навпаки, здатне суттєво знизити рівень злочинності серед молоді.

¹ Jugendgerichtsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 11. Dezember 1974 (BGBl. I S. 3427), zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 13. Dezember 2007 (BGBl. I S. 2894).

² Grunewald Ralph. Die De-Individualisierung des Erziehungsgedankens im Jugendstrafrecht. – Berlin 2003. – S. 13.

³ Webler Heinrich. Wider das Jugendgericht, in: Simonsohn, Berthold (Hrsg.), Jugendkriminalität, Strafjustiz und Sozialpädagogik. – Frankfurt am Main 1969. – S. 75 ff.

⁴ Liszt Franz von. Die Kriminalität der Jugendlichen, in: Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Band 2. – Berlin 1905. – S. 338 f.

⁵ Ostendorf H. Der Erziehungsgedanke zwischen Rigidität und Diktat leerer Kassen, in: Zentralblatt für Jugendstrafrecht (ZfJ) 2005. – S. 415.

⁶ Ostendorf H. ZfJ 2005. – S. 415.

⁷ Там само.

⁸ Freisler R. Staatssekretär des damaligen Reichsjustizministeriums in: Monatsschrift für Kriminalbiologie und Strafrechtsreform, 1939. – S. 209 ff.; neu abgedruckt im DVJJ-Journal 1994. – S. 75.

⁹ Ostendorf H. Jugendgerichtsgesetz, 7. Auflage 2007, Grdl. z. §§ 1–2 Rn. 4.

¹⁰ Schüler-Springorum. Veröffentlicht in Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW) 99 (1987). – S. 253.

¹¹ Schafftein F., Beulke W. Jugendstrafrecht: eine systematische Darstellung, 14. Auflage 2002. – S. 5.

¹² Eisenberg U. Jugendgerichtsgesetz, 12. Auflage 2007, Einleitung Rn. 5a.

¹³ Schafftein F., Beulke W. Jugendstrafrecht. – S. 6.

¹⁴ Ostendorf H. Nomoslehrbuch – Jugendstrafrecht, 4. Auflage 2007. – S. 66 Rn. 48.

¹⁵ Albrecht H.-J. Ist das deutsche Jugendstrafrecht noch zeitgemäß? Gutachten D zum 64. Deutschen Juristentag; Sonnen, B.-R. Stand und Entwicklung des Jugendkriminalrechts, in: Recht der Jugend und des Bildungswesens (RdJB) 2007. – S. 128 (131).

¹⁶ BR-Drs. 238/04, Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Jugendstrafrechts und zur Verbesserung und Beschleunigung des Jugendstrafverfahrens.

¹⁷ BR-Drs. 238/04, Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Jugendstrafrechts und zur Verbesserung und Beschleunigung des Jugendstrafverfahrens. – S. 1.

¹⁸ Walter M. Jugendkriminalität, 3. Auflage 2005, Rn. 261, 272.

¹⁹ Weber M. Die Anwendung der Jugendstrafe, 1990, S. 182 ff; Meier, Dieter, Richterliche Erwägungen bei der Verhängung von Jugendstrafe und deren Berücksichtigung durch Vollzug auf Bewährungshilfe, 1994. – S. 96.

²⁰ Hinz W. Soziales Gebot oder „Lebenslüge“? – Der Erziehungsgedanke bei der Jugendstrafe, in: Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP) 2005. – S. 192.

²¹ *Streng F.* Verhandlungen des 64. Deutschen Juristentages, N 69; Schulz H. Die Höchststrafe im Jugendstrafrecht (10 Jahre), 2000. – S. 38 f.

²² *Hinz W.* Вказана праця. – S. 192 (194).

²³ Strafgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. November 1998 (BGBl. I S. 3322), zuletzt geändert durch Artikel 4 des Gesetzes vom 21. Dezember 2007 (BGBl. I S. 3198).

²⁴ *Hinz W.* Вказана праця. – S. 192 (195).

²⁵ *Hinz W.* Вказана праця. – S. 192 (195).

²⁶ *Kusch R.* Plädoyer für die Abschaffung des Jugendstrafrechts, in: Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ) 2006. – S. 65.

²⁷ *Kusch R.* Вказана праця. – S. 65–66.

²⁸ *Kusch R.* Вказана праця. – S. 66.

²⁹ *Kusch R.* Вказана праця. – S. 68.

³⁰ *Kusch R.* Вказана праця. – S. 69.

³¹ *Kusch R.* Вказана праця. – S. 68.

³² *Kusch R.* Вказана праця. – S. 69.

³³ *Ostendorf H.* Gegen die Abschaffung des Jugendstrafrechts oder seiner essentialia, in NStZ 2006. – S. 320.

³⁴ *Ostendorf H.* Вказана праця. – S. 321. (326).

³⁵ *Ostendorf H.* Вказана праця. – S. 322. (326).

³⁶ *Ostendorf H.* Вказана праця. – S. 323–325. (326).

³⁷ *Ostendorf H.* Вказана праця. – S. 326. (326).

³⁸ *Schaffstein F.* Beulke W. Jugendstrafrecht. – S. 1 f.

Резюме

Дзюба А.Ю. Виховання як основна ідея ювенального кримінального права ФРН.

У статті проводиться теоретичне дослідження генези наукової думки про фундаментальну ідею виховання та її ролі в інституціональному виділенні спеціального ювенального кримінального права ФРН. Розглядаються окремі питання молодіжного кримінального права і ювенальної юстиції відповідно до законодавства ФРН. Представлені критичні позиції провідних німецьких учених щодо цього питання. Розглянуто вплив основоположної для ювенального кримінального права ФРН ідеї виховання і її відображення в конструюванні системи заходів кримінально-правового впливу на неповнолітніх правопорушників. Наукові положення викладені з урахуванням європейських стандартів, які є пріоритетними в рамках взаємин України та ЄС.

Ключові слова: ювенальне кримінальне право ФРН, ідея виховання, запобігання вчиненню кримінальних правопорушень неповнолітніми.

Резюме

Дзюба А.Ю. Воспитание как основополагающая идея ювенального уголовного права ФРГ.

В статье проводится теоретическое исследование генезиса научной мысли о фундаментальной идее воспитания и ее роли в институциональном выделении специального ювенального уголовного права ФРГ. Рассматриваются отдельные вопросы молодежного уголовного права и ювенальной юстиции в соответствии с законодательством ФРГ. Представлены критические позиции ведущих немецких ученых относительно этого вопроса. Рассмотрено влияние основополагающей для ювенального уголовного права ФРГ идеи воспитания и ее отражение в конструировании системы мер уголовно-правового воздействия на несовершеннолетних правонарушителей. Научные положения изложены с учетом европейских стандартов, которые являются приоритетными в рамках взаимоотношений Украины и ЕС.

Ключевые слова: ювенальное уголовное право ФРГ, идея воспитания, предупреждения совершения уголовных правонарушений несовершеннолетними.

Summary

Dziuba A. Upbringing as a fundamental idea of juvenal criminal law of FRG.

In the article the theoretical research is providing the application of the genesis of scientific thought about the fundamental idea of upbringing and its role in institutionalizing the special juvenile criminal law of the Federal Republic of Germany. The article consider particular issues of youth criminal law and juvenile justice in accordance with German legislation. The critical positions of the leading German scholars on the subject under consideration are presented. The influence of the fundamental idea of upbringing for juvenile criminal law of the Federal Republic of Germany and its reflection in the design of a system of measures of criminal law impact on juvenile offenders is considered. Scientific provisions are laid out subject to European standards, which are in priority within the framework of EU-Ukraine relations.

Key words: juvenile criminal law of Germany, the idea of education, prevention of the commission of criminal offenses by minors.

П.А. КУРІЛЕЦЬ

Петро Андрійович Курілець, аспірант Львівського національного університету імені Івана Франка

СУТНІСТЬ ПОНЯТТЯ «ПРОБАЦІЯ» ТА ЇЇ ЗАВДАННЯ ЗА КРИМІНАЛЬНО-ВИКОНАВЧИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ

В українському праві інститут застосування пробації перебуває на стадії становлення, є порівняно мало дослідженим. Після прийняття Закону України «Про пробацію» від 5 лютого 2015 р. № 160-VIII постає необхідність більш поглибленого вивчення теорії та практики застосування пробації. А це передусім обумовлює необхідність вирішення концептуальних питань дослідження пробації, в тому числі поняття, завдань пробації, сутності інституту пробації.

У цьому контексті також важливо звернутися до міжнародно-правових актів, до яких приєдналася Україна і які містять положення щодо змісту та завдань пробації, а також проаналізувати норми кримінально-виконавчого права України на предмет того, чи повною мірою воно відображає сутність, завдання інституту пробації на предмет відповідності їх міжнародно-правовим актам та окремих актів кримінально-виконавчого законодавства між собою.

Серед українських вчених проблеми впровадження інституту пробації досліджували К.А. Автухов, Р.В. Алієв, Ю.В. Баулін, О.В. Беца, І.Г. Богатирьов, О.І. Богатирьова, В.М. Дрьомін, С.М. Зеленський, О.Г. Кальман, М.О. Маршуба, В.М. Трубніков, Д.В. Ягунов, О. Янчук, І.С. Яковець та інші науковці. У своїх працях зазначені автори розглядали зміст поняття пробації, її завдання, проблеми кримінологічної характеристики засуджених до покарань, не пов'язаних із позбавленням волі, окреслювали проблеми щодо запровадження пробації в Україні тощо.

Однак більшість із цих досліджень здійснювались до прийняття чинного Закону України «Про пробацію» від 5 лютого 2015 р. № 160-VIII¹. Із прийняттям зазначеного Закону питання про сутність пробації, її завдання потребують розгляду у контексті аналізу чинного законодавства України.

Метою статті є з'ясування правової природи інституту пробації, сутності поняття «пробація», її завдань з урахуванням положень, розроблених у науці кримінально-виконавчого права, а також міжнародно-правових актів у цій сфері; основи формулювання висновків стосовно того, наскільки кримінально-виконавче законодавство України точно і повною мірою відображає ці положення; проаналізувати у цьому контексті положення Закону України «Про пробацію».

До впровадження інституту пробації у законодавство України науковці висловлювали різні позиції щодо розуміння сутності поняття «пробація», завдань пробації, в тому числі і з урахуванням зарубіжного досвіду застосування цього інституту.

Так, зокрема, І.С. Яковець зазначала, що в національних джерелах слово «пробація» практично завжди перекладається як «випробування», що дає підстави розуміти її як вид звільнення від відбування покарання, з одночасним запереченням можливості її застосування у разі засудження до покарань у вигляді виправних або громадських робіт, умовно-дострокового звільнення від відбування покарання тощо. Натомість, у переважній більшості країн використовується не сам по собі термін «пробація». Зазвичай йдеться про «probation service», тобто про «пробатійні (іспитові) послуги» чи «іспитове (випробувальне) обслуговування», а також про «probation order» – «іспитовий (пробатійний) наказ»².

І.Г. Богатирьов висловлював позицію про те, що пробація – це форма умовного засудження, яка виступає, з одного боку, альтернативою ув'язнення, а з другого, – правозастосовною інституцією, спеціалізованим органом чи службою, які виконують цю та деякі інші альтернативні санкції; сутність пробації полягає у встановленні нагляду за злочинцем, який залишається у суспільстві, але на якого судом покладені певні зобов'язання й обмеження³.

В.М. Лиска зазначає, що сутність пробації полягає у встановленні нагляду за засудженим з покладенням на нього певних зобов'язань і обмежень, без ізоляції його від суспільства (відвідувати центри пробації, періодично зустрічатися з наглядовим офіцером, брати участь у певних різновидах діяльності, дотримуватися законотворчої поведінки тощо)⁴.

Зазначені вище позиції на основі вивчення моделей пробації у зарубіжних країнах висловлювалися ще до прийняття Закону України «Про пробацію». Найбільш наближеними до закріпленої у чинному законодавстві моделі пробації є позиції О.І. Богатирьової, Д.В. Ягунова. Зокрема, О.І. Богатирьова зазначала, що сутність пробації полягає у здійсненні, з одного боку, нагляду та контролю, з іншого – індивідуальної роботи із правопорушником, його супроводі та підтримці, й сконцентрована більше на виправленні, ніж на покаранні, що обумовлено її ресоціалізаційним спрямуванням. У цілому ж пробація за кордоном на сьогоднішній день являє собою скоріше соціальний інститут, спрямований на надання допомоги особам, які вчинили правопо-

рушення, ніж кримінально-правовий інститут⁵. Д.В. Ягунов зазначав, що термін «пробація» може вживатися у декількох значеннях: як концепція соціальної роботи з правопорушниками; як організаційна структура (служба); як різновид кримінального покарання, не пов'язаного з позбавленням волі, і водночас як умовне звільнення від покарання з випробуванням; стан, у якому перебуває злочинець упродовж певного терміну⁶.

Слід зазначити, що на сьогодні, виходячи з положень чинного законодавства України, інститут застосування пробації можна визначити як окремий комплексний інститут кримінального, кримінально-виконавчого і кримінально-процесуального галузей права, який включає норми, що визначають зміст пробації, підстави та порядок застосування пробації, порядок реалізації пробаційних програм, порядок підготовки та подання до суду досудової доповіді про обвинуваченого.

Щодо змісту поняття «пробація», то виходячи з тієї моделі, що закріплена у чинному законодавстві України (ст. 2 Закону України «Про пробацію», Кримінальному кодексі України, Кримінально-виконавчому кодексі України, Кримінальному процесуальному кодексі України), її можна визначити як систему наглядових та соціально-виховних заходів, що застосовуються за рішенням суду та відповідно до закону до засуджених, в тому числі до осіб, звільнених від відбування покарання, а також виконання покарань, не пов'язаних із позбавленням волі; виконання таких функцій у кримінальному судочинстві, як забезпечення суду інформацією, що характеризує обвинуваченого.

Таким чином, законодавець пішов шляхом закріплення в Законі України «Про пробацію» від 05 лютого 2015 р. № 160-VIII таких видів пробації – досудової, наглядової і пенітенціарної.

Зазначеним Законом визначається національна модель пробації, яку розроблено з урахуванням положень Рекомендацій CM/Rec(2010)1 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам про Правила Ради Європи про пробацію. У зазначеному міжнародно-правовому акті зазначено, що пробація належить до процесу виконання в суспільстві покарань і заходів, передбачених законом і призначених правопорушникові. Вона включає широке коло дій та заходів виховного впливу, таких як нагляд, контроль і надання допомоги, метою яких є залучення засудженого до суспільного життя (або, вживаючи термінологію чинного кримінально-виконавчого законодавства, – ресоціалізації), а також забезпечення безпеки суспільства. Згідно з ч. IV, V, VI зазначених Рекомендацій до основних функцій служби пробації належать такі: доповідь суду, здійснення нагляду, відновне правосуддя та профілактика злочинності⁷. Як бачимо, національна модель пробації загалом відповідає зазначеним рекомендаціям, оскільки функція як доповідь суду закріплюється в рамках досудової пробації, функція нагляду – в рамках наглядової пробації. Зазначені функції в національному законодавстві визначено більш конкретно.

У Рекомендаціях CM/Rec(2010)1 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам про Правила Ради Європи про пробацію закріплено поняття нагляду, який полягає у наданні допомоги, спрямованої на підтримку засудженого в суспільстві, з боку органу, який виконує покарання, або від його імені – іншим суб'єктом, а також дії щодо забезпечення виконання засудженим в рамках реалізації пробаційної програми покладених на нього обов'язків, включаючи контроль за засудженим. Нагляд може бути обов'язковим або добровільним (на прохання засудженого).

Порівнюючи з національним законодавством, слід підкреслити, що в законодавстві України закріплено лише обов'язковий нагляд.

В. Дрьомін зазначає, що на особливу увагу заслуговує реабілітаційний аспект пробації: при її застосуванні головною метою вважається не покарання, а соціальна реінтеграція в суспільство та виправлення засуджених⁸.

Відповідно до ст. 4 Закону України «Про пробацію» метою пробації є забезпечення безпеки суспільства шляхом виправлення засуджених, запобігання вчиненню ними повторних кримінальних правопорушень та забезпечення суду інформацією, що характеризує обвинувачених, з метою прийняття судом рішення про міру їхньої відповідальності.

Порівнюючи мету закріплену в Законі України «Про пробацію» та Рекомендаціях CM/Rec(2010)1 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам про Правила Ради Європи про пробацію, слід звернути увагу, що в ній йдеться лише про забезпечення безпеки суспільства шляхом *виправлення засуджених*. Водночас вище вже зверталася увага, що у зазначеному міжнародно-правовому акті підкреслюється, що пробація включає широке коло дій та заходів виховного впливу, таких як нагляд, контроль і надання допомоги, метою яких є залучення засудженого до суспільного життя (або, вживаючи термінологію чинного кримінально-виконавчого законодавства, – ресоціалізації). Крім цього, у ч. 1 ст. 1 Кримінально-виконавчого кодексу України визначено як мету кримінально-виконавчого законодавства України – регламентацію порядку та умов виконання і відбування кримінальних покарань з метою захисту інтересів особи, суспільства й держави шляхом створення умов для виправлення і *ресоціалізації* засуджених, а у ст. 4 Закону України «Про пробацію» мету визначено лише як виправлення.

Зокрема, відповідно до ст. 6 КВК України виправлення засудженого – процес позитивних змін, які відбуваються в його особистості та створюють у нього готовність до самокерованої правослухняної поведінки; ресоціалізація – свідоме відновлення засудженого в соціальному статусі повноправного члена суспільства; повернення його до самостійного загальноприйнятого соціально-нормативного життя в суспільстві⁹.

З метою узгодження ст. 4 зазначеного Закону з Кримінально-виконавчим кодексом України, а також з положеннями Рекомендацій CM/Rec(2010)1 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам про Правила Ради Європи про пробацію, видається доцільним викласти ст. 4 Закону України «Про пробацію» так:

«Метою пробації є забезпечення безпеки суспільства шляхом виправлення та *ресоціалізації* засуджених, запобігання вчиненню ними повторних кримінальних правопорушень та забезпечення суду інформацією, що характеризує обвинувачених, з метою прийняття судом рішення про міру їхньої відповідальності».

Отже, зважаючи на викладене, вище можна зробити такі висновки.

На сьогодні, виходячи з положень чинного законодавства України, інститут застосування пробації можна визначити як окремий комплексний інститут кримінального, кримінально-виконавчого і кримінально-процесуального галузей права, який включає норми, що визначають зміст пробації, підстави та порядок застосування пробації, порядок реалізації пробаційних програм, порядок підготовки та подання до суду досудової доповіді про обвинуваченого.

Щодо змісту поняття «пробація», то виходячи з тієї моделі, що закріплена в чинному законодавстві України, її можна визначити як систему наглядових та соціально-виховних заходів, що застосовуються за рішенням суду та відповідно до закону до засуджених, в тому числі до осіб, звільнених від відбування покарання, а також виконання покарань, не пов'язаних з позбавленням волі; виконання таких функцій у кримінальному судочинстві як забезпечення суду інформацією, що характеризує обвинуваченого.

З метою узгодження ст. 4 Закону України «Про пробацію», де визначено мету пробації, з Кримінально-виконавчим кодексом України, з положеннями Рекомендацій CM/Rec(2010)1 Комітету міністрів Ради Європи державам-членам про Правила Ради Європи про пробацію, видається доцільним доповнити її вказівкою не лише на виправлення, а й на ресоціалізацію засуджених.

¹ Про пробацію: Закон України від 5 лютого 2015 р. № 160-VIII // Відомості Верховної Ради України. – 2015. – № 13. – С. 93.

² Яковець І.С. Пробація: загальні підходи до визначення поняття та засади впровадження в Україні / І.С. Яковець // Scientific Journal ScienceRise. Юридичні науки. – 2014. – № 2. – С. 152–155.

³ Богатирьов І.Г. Пробація – як альтернатива позбавленню волі в Україні : наук. вид. / І.Г. Богатирьов. – Хмельницький : ХмЦНТЕІ, 2010. – С. 76.

⁴ Лиска В.М. Пробація. Проблеми її запровадження в Україні / В.М. Лиска : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://minjust.gov.ua/m/str_13956

⁵ Богатирьова О.І. Сутність інституту пробації у сучасному зарубіжному праві / О.І. Богатирьова // Актуальні проблеми вдосконалення чинного законодавства України. – 2013. – Вип. 31. – С. 254–261.

⁶ Ягунов Д.В. Служба пробації: концепція, засади діяльності, організаційна структура / Д.В. Ягунов // Відновне правосуддя в Україні. – 2007. – № 1 (5). – С. 60–64.

⁷ Рекомендація Rec(2010)1 Комітету Міністрів державам – членам про Правила Ради Європи про пробацію від 20.01.2010 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.probatation.gov.ua/?page_id=207

⁸ Дрьомін В. Пробація: зарубіжний досвід обмеження тюремної популяції / В. Дрьомін // Право України. – 2000. – № 12. – С. 120–123.

⁹ Кримінально-виконавчий кодекс України // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 2004. – № 3-4. – Ст. 21.

Резюме

Курілець П.А. Сутність поняття «пробація» та її завдання за кримінально-виконавчим законодавством України.

У статті на основі аналізу позицій, висловлених у науковій літературі, аналізу чинного законодавства України, міжнародно-правових актів розглянуто сутність поняття «пробація»; визначено сутність інституту пробації та її завдання. Автором сформульовано пропозицію про доповнення ст. 4 Закону України «Про пробацію», де визначено мету пробації вказівкою на ресоціалізацію засуджених для узгодження зазначеного положення Закону з положеннями міжнародно-правових актів, а також з Кримінально-виконавчим кодексом України.

Ключові слова: пробація, інститут пробації, мета пробації, ресоціалізація засуджених.

Резюме

Курілець П.А. Сущность понятия «пробация» и ее задачи согласно уголовно-исполнительному законодательству Украины.

В статье на основе анализа позиций, высказанных в научной литературе, анализа действующего законодательства Украины, международно-правовых актов рассмотрена сущность понятия «пробация»; определена сущность института probation, определены ее задачи. Автором сформулировано предложение о дополнении ст. 4 Закона Украины «О probation», где определены цели probation указанием на ресоциализацию осужденных для согласования указанного положения Закона с положением международно-правовых актов, а также Уголовно-исполнительным кодексом Украины.

Ключевые слова: probation, институт probation, цель probation, ресоциализация осужденных.

Summary

Kurilets P. The essence of the concept of «probation» and its tasks with the criminal executive legislation of Ukraine.

In the article, based on the analysis of the positions expressed in the scientific literature, analysis of the current legislation of Ukraine, international legal acts, the essence of the concept of «probation» is examined; the essence of the institute of probation is determined, its tasks are defined. The author has formulated a proposal to supplement Article 4 of the Law of Ukraine «On Probation», where defines the purpose of probation as an indication of the resocialization of convicts in order to reconcile the said provision of the Law with the provisions of international legal acts, also with the Criminal-Executive Code of Ukraine.

Key words: probation, institute of probation, purpose of probation, resocialization of convicts.

Л.Ю. МІСЮРА

*Лілія Юріївна Місюра, викладач Інституту підвищення кваліфікації прокурорів Національної академії прокуратури України***АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ ПОВІДОМЛЕННЯ ОСОБИ ПРО ПІДОЗРУ
У КРИМІНАЛЬНИХ ПРОВАДЖЕННЯХ У СФЕРІ ДОВКІЛЛЯ**

Екологічна ситуація на території України є незадовільною та дедалі погіршується: здійснюється вирубка лісів та зелених насаджень, знищується флора та фауна, забруднюються землі, водні ресурси та атмосферне повітря, і як наслідок, спричиняється шкода здоров'ю населення. Протягом 11 місяців 2018 р. в нашій державі обліковано 3533 кримінальні правопорушення проти довкілля (протягом 11 місяців 2017 р. – 3793), з яких лише у 843 кримінальних провадженнях або 23,9 % повідомлено особам про підозру (протягом 11 місяців 2017 р. – у 824 кримінальних провадженнях або 21,7 %)¹. Низький рівень розкриття кримінальних правопорушень проти довкілля та неефективне проведення досудового розслідування у вказаній категорії кримінальних проваджень обумовлені не в останню чергу неналежним та неефективним здійсненням процесуального керівництва досудовим розслідуванням. У зв'язку з вказаним, актуальним є наукове дослідження проблемних питань здійснення процесуального керівництва досудовим розслідуванням кримінальних правопорушень проти довкілля в першу чергу, на одному із важливих етапів досудового розслідування, коли у кримінальному провадженні зібрано достатніх доказів для підозри особи у вчиненні кримінального правопорушення.

Вказана проблематика досліджувалась в роботах таких вчених, як Ю.І. Азаров, Ю.П. Аленін, О.В. Баганець, О.В. Баулін, І.В. Гловюк, В.Г. Гончаренко, В.О. Гринюк, І.Г. Івасюк, О.В. Івашенко, О.В. Капліна, Л.М. Лобойко, Т.В. Лукашкіна, К.Г. Марченко, В.Т. Маляренко, О.М. Овчаренко, М.А. Погорецький, І.В. Рогатюк, А.В. Столітній, О.Ю. Татаров, Я.М. Толочко, Л.Д. Удалова, О.В. Фараон, В.І. Фаринник, Л.В. Юрченко та інші. Однак, недослідженими залишаються окремі питання здійснення процесуального керівництва досудовим розслідуванням на етапі повідомлення особі про підозру у вчиненні кримінального правопорушення проти довкілля.

З огляду на викладене, метою статті є висвітлення актуальних питань та проблемних аспектів діяльності прокурора на етапі повідомлення особі про підозру у кримінальних провадженнях вказаної категорії.

Повідомлення особі про підозру є одним із визначальних етапів досудового розслідування кримінальних правопорушень проти довкілля, коли у кримінальному провадженні зібрано достатніх доказів для підозри особи у вчиненні кримінального правопорушення.

У ході здійснення процесуального керівництва досудовим розслідуванням кримінальних правопорушень проти довкілля прокурор у кримінальному провадженні має враховувати особливості даного етапу кримінального провадження, зокрема:

– З моменту повідомлення особі про підозру у вчиненні кримінального правопорушення починається наступна стадія кримінального провадження – притягнення до кримінальної відповідальності (п. 14 ч. 1 ст. 3 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України))².

– Поява нового учасника кримінального провадження – підозрюваного, наділеного правами, передбаченими ст. 42 КПК України, а також, у разі залучення – і захисника. З цього приводу Н.П. Черняк слушно зазначає, що підозрюваний є центральною фігурою у кримінальному процесі, навколо якої концентруються процесуальні дії органів досудового розслідування, прокурора, суду та інших учасників процесу³.

Варто звернути увагу, що окремі злочини проти довкілля можуть бути вчинені тільки спеціальним суб'єктом (злочин, передбачений ч. 2 ст. 244 Кримінального кодексу України⁴ (далі – КК України), – лише громадянином іноземної держави; злочини, передбачені ст.ст. 236, 237, 239, 241, 243, 253, 254 КК України, – особою, на яку покладено спеціальний обов'язок, а злочини, передбачені ст. 238 і ч. 2 ст. 248 КК України, – лише службовою особою), тобто особою, яка, крім загальних ознак суб'єкта, характеризується ще й додатковими рисами⁵.

– Закінчення спливу строків досудового розслідування, що обраховувались з моменту внесення відомостей про кримінальне правопорушення до Єдиного реєстру досудових розслідувань до дня повідомлення особі про підозру (шість місяців - у кримінальному провадженні щодо кримінального проступку, дванадцять місяців - щодо злочину невеликої або середньої тяжкості, вісімнадцять місяців - щодо тяжкого або особливо тяжкого злочину) та початок спливу наступних строків, протягом яких досудове розслідування повинно бути закінчено (одного місяця з дня повідомлення особі про підозру у вчиненні кримінального проступку та двох місяців з дня повідомлення особі про підозру у вчиненні злочину) з урахуванням можливості їх продовження у порядку, передбаченому параграфом 4 глави 24 КПК України (ст. 219 КПК України).

– Виникнення повноважень у прокурора чи особи, якій кримінальним правопорушенням або іншим суспільно небезпечним діянням завдано майнової та/або моральної шкоди щодо пред'явлення цивільного позову до підозрюваного, обвинуваченого або до фізичної чи юридичної особи, яка за законом несе цивільну відповідальність за шкоду, завдану діяннями підозрюваного, обвинуваченого або неосудної особи, яка вчинила суспільно небезпечне діяння (ст. 128 КПК України).

Шкода, заподіяна внаслідок порушення законодавства про охорону навколишнього природного середовища, підлягає компенсації в повному обсязі. Особи, яким завдано такої шкоди, мають право на відшкодування неодержаних прибутків за час, необхідний для відновлення здоров'я, якості навколишнього природного середовища, відтворення природних ресурсів до стану, придатного для використання за цільовим призначенням (ч. 1, ч. 2 ст. 69 Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища»⁶). Окремі особливості відшкодування шкоди, завданої кримінальними правопорушеннями проти довкілля закріплені у спеціальному природоохоронному законодавстві - лісовому, земельному, водному, про надра тощо.

– Розширення можливостей щодо застосування заходів забезпечення кримінального провадження – у слідчого, прокурора з'являється право здійснити виклик підозрюваного (ст. 133 КПК України), а також ініціювати перед слідчим суддею питання щодо застосування відносно підозрюваного інших заходів забезпечення кримінального провадження, зокрема: приводу (ст. 140 КПК України), накладення грошового стягнення (ст. 144 КПК України), тимчасового обмеження у користуванні спеціальним правом (ст. 148 КПК України), відсторонення від посади (ст. 154 КПК України), тимчасового вилучення майна (ст. 167 КПК України), арешту майна (ст. 170 КПК України) та запобіжних заходів (ст. 176 КПК України).

При визначенні виду превентивних заходів ухилення від юридичної відповідальності до уваги судів повинні братися нові реалії, зокрема, зростаюча та виправдана як у Європі, так і на міжнародному рівні стурбованість злочинами у сфері екології та тенденція до використання кримінального права як засобу забезпечення виконання екологічних зобов'язань, що встановлені як європейським, так і міжнародним правом. Європейський суд з прав людини вважає, що забезпечення більш високого стандарту охорони прав людини вимагає більшої суворості в оцінці порушень фундаментальних цінностей демократичного суспільства⁷.

– Слідчий, прокурор, за наявності підстав, мають право прийняти рішення про оголошення в розшук підозрюваного (ст. 281 КПК України).

– Після повідомлення особі про підозру прокурор або слідчий за погодженням з прокурором можуть прийняти рішення про зупинення досудового розслідування (ст. 280 КПК України).

– З'являється можливість ініціювання та укладення угод у кримінальному провадженні (ст. 468 КПК України) тощо.

Згідно з ч. 1 ст. 276 КПК України повідомлення про підозру обов'язково здійснюється в порядку, передбаченому ст. 278 КПК України, у випадках: 1) затримання особи на місці вчинення кримінального правопорушення чи безпосередньо після його вчинення; 2) обрання до особи одного з передбачених КПК України запобіжних заходів; 3) наявності достатніх доказів для підозри особи у вчиненні кримінального правопорушення (ч. 1 ст. 276 КПК України).

Варто звернути увагу на невідповідність п. 2 ч. 1 ст. 276 КПК України загальним нормам кримінального процесуального закону щодо застосування запобіжних заходів, в тому числі ч. 2 ст. 177 КПК України, якою закріплено, що підставою застосування запобіжного заходу є наявність обґрунтованої підозри у вчиненні особою кримінального правопорушення, а також наявність ризиків, які дають достатні підстави слідчому судді, суду вважати, що підозрюваний, обвинувачений, засуджений може здійснити дії, передбачені частиною першою цієї статті. Слідчий, прокурор не мають права ініціювати застосування запобіжного заходу без наявності для цього підстав, передбачених цим Кодексом. Тобто, запобіжні заходи, визначені ч. 1 ст. 176 КПК України, можуть бути застосовані лише до осіб, яким вже повідомлено про підозру у вчиненні кримінального правопорушення.

Враховуючи викладене, пропонуємо виключити з ч. 1 ст. 276 КПК України п. 2, яким закріплено обов'язковість здійснення повідомлення про підозру у разі обрання до особи одного з передбачених КПК України запобіжних заходів.

Під достатніми доказами для підозри особи у вчиненні кримінального правопорушення в юридичній науці розуміють достовірні відомості, зібрані, перевірені і оцінені слідчим, прокурором у встановленому законом порядку, які в своїй сукупності приводять до єдиного висновку, що на даний момент розслідування конкретна особа вчинила кримінальне правопорушення⁸.

З огляду на те, що вказана правова категорія є оціночними поняттям, питання про наявність підстав для складення повідомлення про підозру або його погодження вирішується прокурором у кожному кримінальному провадженні в сфері довкілля окремо, за результатами оцінки кожного доказу з точки зору належності, допустимості, достовірності, а сукупності зібраних у кримінальному провадженні доказів – з точки зору достатності та взаємозв'язку для прийняття цього процесуального рішення. Також має враховуватися якість доказів, включаючи те, чи не ставлять обставини, за яких вони були отримані, під сумнів їхню надійність та точність (п. 86 рішення ЄСПЛ від 11 липня 2013 р. у справі «Веренцов проти України»⁹).

Прокурор відіграє визначальну роль на вказаному етапі досудового розслідування кримінальних правопорушень проти довкілля, оскільки порушення, які допускаються під час повідомлення особі про підозру, тягнуть за собою значні негативні наслідки. З одного боку, відбувається порушення вимог засади публічності

(страждає публічний інтерес держави та суспільства), з іншого – спостерігається порушення приватних інтересів (страждає приватний інтерес конкретних осіб)¹⁰.

Думки процесуалістів щодо змісту діяльності прокурора у кримінальному провадженні на етапі повідомлення про підозру не є однаковими. Так, О.В. Попович вважає, що діяльність прокурора на етапі повідомлення особі про підозру включає в себе складання письмового повідомлення про підозру та вручення письмового повідомлення про підозру¹¹. Ю.А. Кушнерик вказує, що прокурор на етапі повідомлення про підозру здійснює процесуальну та організаційно-тактичну діяльність щодо: перевірки та оцінки наявних у матеріалах кримінального провадження достатніх доказів для підозри особи; законності та обґрунтованості складання слідчим повідомлення про підозру; наявності підстав для повідомлення про нову підозру або зміну раніше повідомленої підозри особі, яка вчинила грабіж або розбійний напад¹². А.Б. Ломідзе зауважує, що перевірка прокурором постанови про притягнення як обвинуваченого (*повідомлення про підозру – ред.*) повинна здійснюватися у двох аспектах: матеріально-правовому та процесуальному. Перший аспект припускає перевірку сукупності встановлених у справі й інкримінованих певній особі суспільно-небезпечних протиправних дій. Другий аспект припускає перевірку прокурором відповідності прийнятого слідчим рішення вимогам кримінально-процесуального закону¹³. З.П. Топорецька зазначає, що роль прокурора на цьому етапі полягає не лише у перевірці дотримання законності під час повідомлення особі про підозру щодо його своєчасності, правильності складання тощо, оскільки прокурор залежно від передбаченого КПК України випадку повідомлення про підозру, перевіряє також законність затримання особи, застосування щодо неї запобіжного заходу¹⁴.

В цілому погоджуючись із вищенаведеними думками вчених, вважаємо, що діяльність процесуального керівника досудовим розслідуванням кримінальних правопорушень проти довілля на етапі повідомлення особі про підозру відрізняється специфікою. Так, прокурор у кримінальному провадженні вказаної категорії повинен перевірити та забезпечити:

1. Дотримання вимог ст. 216 КПК України щодо підслідності кримінального правопорушення проти довілля, оскільки проведення досудового розслідування некомпетентним суб'єктом може мати наслідком визнання судом недопустимими доказів, зібраних з порушенням підслідності, що створює умови для уникнення винною особою кримінальної відповідальності.

2. Правильність кримінально-правової кваліфікації вчиненого кримінального правопорушення проти довілля. Розділяємо думку А.В. Савченка, який вважає, що кваліфікація злочинів здійснюється практично на всіх основних стадіях кримінального провадження (виключення складає хіба що стадія виконання судових рішень), при цьому змінюються суб'єкти кваліфікації та їх повноваження щодо кваліфікації¹⁵.

Деякі спірні питання кваліфікації злочинів проти довілля вдало розкрито в постанові Пленуму Верховного Суду України № 17 від 10.12.2004 «Про судову практику у справах про злочини та інші правопорушення проти довілля»¹⁶. У вказаному документі, наприклад, звернуто увагу, що порубка дерев і чагарників на територіях, не віднесених до лісового фонду (ст. 4 Лісового кодексу України¹⁷), не тягне відповідальності за ст. 246 КК України, такі дії за наявності відповідних підстав можуть бути кваліфіковані як крадіжка, самоуправство тощо. Заволодіння деревами, зрубаними та підготовленими до складування або вивезення, залежно від обставин справи слід кваліфікувати за відповідними частинами ст. 185 КК або іншими статтями, якими передбачено відповідальність за вчинення злочинів проти власності. Вилов риби чи водних тварин зі спеціально облаштованих або пристосованих водоймищ, у яких вони вирощуються підприємствами, організаціями чи громадянами, за ст. 249 КК кваліфікувати не можна, за наявності відповідних підстав дії винної особи можуть кваліфікуватись як посягання на чужу власність.

3. Відповідність змісту та форми кримінального провадження загальним засадам кримінального провадження, визначених ст. 7 КПК України.

4. Дотримання у кримінальному провадженні встановлених ст. 219 КПК України строків досудового розслідування та порядку їх продовження.

5. За наявності формальної підстави для повідомлення особі про підозру – дотримання вимог кримінального процесуального закону під час затримання особи (ст.ст. 12, 149, 168, 204, 207-213 КПК України). З урахуванням положень ч. 5 ст. 208 КПК України, якою передбачено негайне надсилання прокурору копії протоколу про затримання, останній, як правило, заздалегідь поінформований про факт затримання особи за підозрою у вчиненні кримінального правопорушення проти довілля.

6. Наявність достатніх доказів для підозри особи у вчиненні кримінального правопорушення. Як вказує С.С. Терещук, підозра вручається особі виключно тоді, коли слідчий і прокурор мають докази того, що саме ця особа вчинила інкримінований їй злочин¹⁸.

Кожен вид злочину вимагає встановлення різних обставин для того, щоб мати достатньо підстав для повідомлення особі про підозру¹⁹.

Наприклад, в ході досудового розслідування кримінального правопорушення за фактом незаконного полювання для перевірки правильності встановлення слідчим складу кримінального правопорушення, передбаченого ст. 248 КК України процесуальний керівник повинен звернутись до норм Законів України «Про тваринний світ»²⁰ та «Про мисливське господарство та полювання»²¹, де закріплені поняття полювання, способи та строки полювання, заборони щодо його здійснення, види документів на право полювання тощо, Положення про правила проведення полювань, поведіння із зброєю та порядок видачі ліцензій на добування мисливських тварин, затверджене наказом Міністерства аграрної політики та продовольства України 17.10.2011 № 549²² та інших підзаконних нормативно-правових актів. При цьому, необхідно врахо-

увати, що строки полювання (конкретна дата відкриття та закриття полювання на певний вид мисливських тварин, дні полювання протягом тижня) та порядок його здійснення, а також норма добування мисливських тварин визначаються користувачем мисливських угідь у межах строків, визначених законом, за погодженням з центральним органом виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері лісового та мисливського господарства, обласними, Київською, Севастопольською міськими державними адміністраціями та доводяться користувачами мисливських угідь до відома громадськості (ст. 19 Закону України «Про мисливське господарство»). Прикладом такого рішення є наказ Сторожинецької районної організації громадської організації «Українське товариство мисливців і рибалок» від 04.08.2018 «Про терміни та порядок здійснення полювання на пернату дичину, хутрового та парнокопитних звірів в мисливських угіддях Сторожинецької райорганізації УТМР у сезон полювання 2018/2019 рр.»²³.

7. Відповідність письмового повідомлення про підозру вимогам ст. 277 КПК України.

Дискусійну думку висловлено В.О. Гринюком, який пропонує в повідомленні про підозру зазначати докази, на підставі яких слідчий, прокурор прийняли вказане рішення. Свою думку автор обґрунтовує необхідністю «зовнішнього» мотивування повідомлення про підозру з метою забезпечення поінформованості сторони захисту про наявні докази для надання їй можливості подати клопотання про ознайомлення з матеріалами у порядку ст. 221 КПК України і будувати захист із врахуванням цих доказів. Також, в обґрунтуванні своєї позиції автор зазначає: «оцінку такій обґрунтованості повідомлення на стадії досудового розслідування даватиме сторона обвинувачення, та прийматиме рішення про достатність зібраних доказів для висунення остаточного обвинувачення і можливості його якісного відстоювання перед судом»²⁴. Вказану пропозицію вважаємо недоречною, оскільки сторона захисту відповідно до ст. 221 КПК України не позбавлена права знайомитись з матеріалами досудового розслідування до його завершення.

8. Своєчасність повідомлення особі про підозру у кожному випадку, коли у справі наявні достатні докази для підозри особи у вчиненні кримінального правопорушення.

Незважаючи на внесені Законом України № 2147-VIII від 03.10.2017²⁵ зміни до ст. 219 КПК України щодо обмеження строків досудового розслідування з моменту внесення відомостей про кримінальне правопорушення до Єдиного реєстру досудових розслідувань до дня повідомлення особі про підозру дванадцятьма місяцями у кримінальних провадженнях щодо злочинів невеликої або середньої тяжкості та вісімнадцятьма місяцями - щодо тяжких або особливо тяжких злочинів, широко поширеними залишаються випадки зволікання із повідомленням особі про підозру у вчиненні кримінального правопорушення в сфері довкілля, що призводить до недотримання розумних строків досудового розслідування та порушення права на захист.

9. Дотримання строку внесення відомостей до ЄРДР про дату складання повідомлення про підозру, дату і час вручення повідомлення про підозру, який підп. 4 п. 1 § 3 розділу 1 Положення про порядок ведення Єдиного реєстру досудових розслідувань, затверджене наказом Генеральної прокуратури України № 139 від 06.04.2016²⁶, визначений як невідкладно.

Крім того, після повідомлення про підозру у випадках, передбачених ч. 1 ст. 276 КПК України, слідчий, прокурор або інша уповноважена службова особа (особа, якій законом надано право здійснювати затримання) зобов'язані невідкладно повідомити підозрюваному про його права, передбачені статтею 42 КПК України, а за наявності прохання підозрюваного також зобов'язані детально роз'яснити кожне із зазначених прав (ч.ч. 2, 3 ст. 276 КПК України). Відповідно, роль прокурора в тому, щоб особисто виконати цей обов'язок або ж проконтролювати його своєчасне виконання слідчим²⁷.

Підсумовуючи вищевикладене, слід зазначити, що в ході здійснення процесуального керівництва досудовим розслідуванням кримінальних правопорушень проти довкілля на етапі повідомлення особі про підозру прокурор у кримінальному провадженні повинен перевірити та забезпечити: дотримання вимог щодо підслідності кримінального правопорушення проти довкілля; правильність кримінально-правової кваліфікації вчиненого кримінального правопорушення проти довкілля; відповідність змісту та форми кримінального провадження загальним засадам кримінального провадження, визначених ст. 7 КПК України; дотримання встановлених ст. 219 КПК України строків досудового розслідування та порядку їх продовження; дотримання вимог кримінального процесуального закону під час затримання особи; наявність достатніх доказів для підозри особи у вчиненні кримінального правопорушення; відповідність письмового повідомлення про підозру вимогам ст. 277 КПК України; своєчасність повідомлення особі про підозру, а також дотримання строку внесення відомостей до ЄРДР про дату складання повідомлення про підозру, дату і час вручення повідомлення про підозру.

¹ Єдиний звіт про кримінальні правопорушення за січень-листопад 2018 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://www.gp.gov.ua/ua/statinfo.html>

² Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13 квітня 2012 року № 4651-VI [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>

³ Черняк Н.П. Процесуальні особливості повідомлення особі про підозру / Н.П. Черняк // Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ. – 2013. – № 1. – С. 555–561. – С. 555.

⁴ Кримінальний кодекс України: Закон України від 05 квітня 2001 року № 2341-III [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14>

⁵ Митрофанов І.І. Суб'єкт злочинів проти довкілля: окремі аспекти / І.І. Митрофанов // Вісник Кримінологічної асоціації України. – 2015. – № 2 (10). – С. 120–133. – С. 125.

⁶ Про охорону навколишнього природного середовища: Закон України від 25 червня 1991 року № 1264-ХІІ [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/card/1264-12>

⁷ Мангурас проти Іспанії: рішення Європейського суду з прав людини від 28 вересня 2010 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-117861>

⁸ *Аленін Ю.П.* Повідомлення про підозру: загальна характеристика та проблеми удосконалення / Ю.П. Аленін, І.В. Гло-вюк // Вісник Південного регіонального центру Національної академії правових наук України. – 2014. – № 1. – С. 161–169. – С. 163–164.

⁹ Веренцов проти України: рішення Європейського суду з прав людини від 11 липня 2013 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу: zakon.rada.gov.ua/go/974_945

¹⁰ *Тищенко О.* Окремі питання процесуального порядку повідомлення про підозру в контексті реалізації засади публічності / О. Тищенко, Д. Говорун // Підприємництво, господарство і право. – № 9. – 2016. – С. 149–153. – С. 150.

¹¹ *Попович О.В.* Процесуальне керівництво прокурора у кримінальному провадженні: дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність» / О.В. Попович; Генеральна прокуратура України, Національна академія прокуратури України. – К., 2015. – 229 с. – С. 128.

¹² *Кушнерик Ю.А.* Процесуальне керівництво розслідуванням грабежів та розбійних нападів: дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність» / Ю.А. Кушнерик; Міністерство освіти і науки України, Луганський державний університет внутрішніх справ ім. Е.О. Дідоренка. – К., 2016. – 242 с. – С. 132–133.

¹³ *Ломидзе А.Б.* Прокурорский надзор за законностью и обоснованностью принимаемых следователем процессуальных решений: методическое пособие. – М.: Изд-во «Юрлитинформ», 2000. – 104 с. – С. 72–73.

¹⁴ *Топорецька З.М.* Прокурорський нагляд за законністю повідомлення особи про підозру / З.М. Топорецька // Часопис Академії адвокатури України. – Т. 8. – № 2 (27). – 2015. – С. 132–136. – С. 134.

¹⁵ *Савченко А.В.* Щодо питання про правову кваліфікацію кримінального правопорушення / А.В. Савченко // Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ. – № 1. – 2013. – С. 52–53.

¹⁶ Про судову практику у справах про злочини та інші правопорушення проти довілля: постанова Пленуму Верховного Суду України від 10 грудня 2004 року № 17 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0017700-04/>

¹⁷ Лісовий кодекс України: Закон України від 21 січня 1994 року № 3852-ХІІ [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/card/3852-12>

¹⁸ *Терещук С.С.* Повідомлення про підозру та процесуальні аспекти його оскарження / С.С. Терещук // Вісник Харківського національного університету внутрішніх справ. – 2017. – № 3 (78). – С. 97–104. – С. 100.

¹⁹ Прокурорський нагляд за додержанням законів органами досудового розслідування: навчальний посібник / О.М. Толочко, О.В. Геселев, М.І. Бортун, Л.В. Вигівська, О.Б. Комарницька, І.Є. Мезенцева, О.І. Назарук, Є.О. Наливайко, В.Г. Неділько, С.М. Скрипниченко, Г.В. Щербакова. – К.: Національна академія прокуратури України, 2014. – 194 с. – С. 89.

²⁰ Про тваринний світ: Закон України від 13 грудня 2001 року № 2894-ІІ [Електронний ресурс]. – Режим доступу: zakon.rada.gov.ua/go/2894-14

²¹ Про мисливське господарство та полювання: Закон України від 22 лютого 2000 року № 1478-ІІІ [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1478-14>

²² Положення про правила проведення полювань, поводження із зброєю та порядок видачі ліцензій на добування мисливських тварин: наказ Міністерства аграрної політики та продовольства України від 17 жовтня 2011 року № 549 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: zakon.rada.gov.ua/go/z1211-11

²³ Про терміни та порядок здійснення полювання на пернату дичину, хутрового та парнокопитних звірів в мисливських угіддях Сторожинецької райорганізації УТМР у сезон полювання 2018/2019 рр.: наказ Сторожинецької районної організації громадської організації «Українське товариство мисливців і рибалок» від 04 серпня 2018 року : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://pole.in.ua/page57.html>

²⁴ *Гринюк В.О.* Повідомлення про підозру як форма здійснення первинного обвинувачення у кримінальному провадженні / В.О. Гринюк // Форум права. – 2017. – № 1. – С. 20–25. – С. 23 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://nbuv.gov.ua/j-pdf/FP_index.htm_2017_1_6.pdf

²⁵ Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів: Закон України від 03 жовтня 2017 року № 2147-VIII : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2147-19>

²⁶ Положення про порядок ведення Єдиного реєстру досудових розслідувань: наказ Генеральної прокуратури України від 06 квітня 2016 року № 139 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: zakon.rada.gov.ua/go/z0680-16

²⁷ *Арсені О.І.* Участь прокурора на етапі повідомлення про підозру за фактом викрадення людини / О.І. Арсені // Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції. – № 5. – № 2016 – С. 96–99. – С. 98.

Резюме

Місюра Л.Ю. Актуальні питання повідомлення особи про підозру у кримінальних провадженнях у сфері довілля.

У даній статті досліджено проблемні питання та особливості здійснення процесуального керівництва досудовим розслідуванням на етапі повідомлення особи про підозру у вчиненні кримінального правопорушення проти довілля. Запропоновано пропозиції, спрямовані на удосконалення чинного законодавства, яке регламентує питання повідомлення особи про підозру.

Ключові слова: прокурор, досудове розслідування, процесуальне керівництво, кримінальне провадження, кримінальне правопорушення проти довілля.

Резюме

Місюра Л.Ю. Актуальные вопросы сообщения лицу о подозрении в уголовных производствах в сфере окружающей среды.

В данной статье исследованы проблемные вопросы и особенности осуществления процессуального руководства досудебным расследованием на этапе сообщения лицу о подозрении в совершении уголовного правонарушения против окружающей среды. Предложено рекомендации, направленные на совершенствование действующего законодательства, регламентирующего вопросы сообщения лица о подозрении.

Ключевые слова: прокурор, досудебное расследование, процессуальное руководство, уголовное производство, уголовное правонарушение против окружающей среды.

Summary

Misiura L. Topical issues on notification of the person of suspicion in criminal proceedings in the field of environment.

The given article deals with the topical issues and peculiarities of the implementation of procedural guidance by the pre-trial investigation at the stage of notification of the person about the suspicion of committing a criminal offense against the environment. Proposals are defined to improve the current legislation which regulates the issue of notification of the person about suspicion.

Key words: prosecutor, pre-trial investigation, criminal proceedings, criminal offense against the environment, notification of the person of suspicion.

УДК 343.14

В.Є. ТИМОШУК

Василь Євгенович Тимошук, аспірант Львівського національного університету імені Івана Франка

ПРОЦЕСУАЛЬНІ ДІЇ, ЩО ПРОВОДЯТЬСЯ ПІД ЧАС З'ЯСУВАННЯ ОБСТАВИН КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ ТА ПЕРЕВІРКИ ЇХ ДОКАЗАМИ

Ефективність судового провадження, з-поміж іншого, залежить і від системи правових засобів, що можуть бути використані суб'єктами кримінально-процесуальної діяльності. Вони (засоби) є критеріями оптимальності його правового регулювання. Одними із таких засобів є процесуальні дії, які здійснюються впродовж судового розгляду.

Правова природа, різновиди, зміст та обсяг процесуальних дій, які проводяться у стадії судового розгляду, були предметом наукових розвідок як вітчизняних, так і зарубіжних учених (С.О. Александрова, Л.Є. Ароцкер, В.М. Бібіло, В.М. Бозров, Ю.В. Кореневський, І.І. Когутич, О.Ю. Корчагін, О.В. Костюков, Є.Б. Кузін, Ю.С. Курочкіна, А.О. Машовець, С.Б. Россінський, С.В. Стародумов, О.О. Хайдаров, Л.Г. Татяніна, Т.Б. Чеджемов, І.І. Шепітько та ін.). Однак такого роду праці здебільшого виконані на основі вже не чинного кримінально-процесуального законодавства. Відтак, у них з об'єктивних причин не враховані ті зміни, які відбулися за час, що минув. Понад те, аналіз КПК України дав змогу виявити низку не вирішених питань, пов'язаних із назвою та колом процесуальних рішень, що проводяться у центральній частині судового розгляду. Тому питання вказаної спрямованості вимагають якісно нового осмислення та вирішення.

Метою статті є дослідження процесуальних дій, які проводяться під час з'ясування обставин кримінального провадження та перевірки їх доказами.

Поняття «процесуальні дії» вживається у главі 28 КПК України «Судовий розгляд» (ч. 3 ст. 318, ч. 2 ст. 319, ч. 1 ст. 321, ст. 336, ч. 1 ст. 344, ч. 1 ст. 347). Однак кримінально-процесуальний закон не містить його визначення. Цю прогалину заповнила правова доктрина. Вивчення наукових праць, присвячених змісту кримінально-процесуальної діяльності¹, дає змогу стверджувати, що під процесуальними діями розуміються елементи кримінально-процесуальної діяльності, що мають пізнавально-засвідчувальне, організаційно-технічне, підготовче, правореалізаційне та правозахисне спрямування.

Водночас дискусія з приводу того, як називати процесуальні дії, що проводяться під час судового розгляду, триває. На думку одних дослідників, процесуальні дії, що здійснюються у межах з'ясування обставин кримінального провадження та перевірки їх доказами варто називати слідчими², другі – пишуть про судові дії слідчого характеру, судово-слідчі або слідчо-судові дії³, а треті – ведуть мову про суто судові дії⁴.

Для обґрунтування власної позиції з цього питання необхідно детальніше зупинитися на аналізі вищевикладених підходів.

Навряд чи можна погодитися з тим, що процесуальні дії, які проводяться у центральній частині судового розгляду варто називати слідчими. Провадженню в суді першої інстанції відомі такі процесуальні дії пізнавального характеру, що не властиві для стадії досудового розслідування. Так, ч. 7 ст. 352 КПК України передбачено проведення перехресного допиту. Згідно з ч. 1 ст. 358 КПК України в судовому засіданні можуть бути оголошені протоколи слідчих (розшукових) дій та інші документи, якщо в них викладені чи посвідчені відомості, що мають значення для встановлення фактів і обставин кримінального провадження. А ст. 359 КПК України надає можливість під час слухання справи відтворити звукозапис і продемонструвати відеозапис. Будучи спрямованими на перевірку доказів, такі процесуальні дії не належать до слідчих (розшукових).

Незважаючи на те, що деякі процесуальні дії, які здійснюються під час досудового розслідування та судового розгляду, мають однакову гносеологічну суть (допит, пред'явлення для впізнання, огляд, проведення експертизи), вони проводяться з різною метою, у неоднакових процесуальних умовах, іншими суб'єктами, з відмінностями у процесуальній формі, зумовленими особливостями стадії кримінального провадження. Тому такі процесуальні дії не є суто слідчими, але й не тільки судовими. Про слідчі дії в судовому розгляді доречно вести мову у контексті ч. ч. 3–6 ст. 333 КПК України, коли перевірка або встановлення обставин, які мають істотне значення для кримінального провадження, неможлива внаслідок відсутності необхідних правових засобів на такому етапі кримінально-процесуальної діяльності. При цьому варто наголосити, що у порядку вищевказаної статті КПК України, з огляду на встановлені правила провадження в суді першої інстанції, доцільно давати доручення про проведення далеко не всіх слідчих (розшукових) дій. Для прикладу, оскільки в умовах гласного судового розгляду рішення неможливо ухвалити в режимі нерозголошення даних, за додержання прийомів раптовості та оперативності, здійснення обшуку за дорученням суду виявиться мало або неефективним. Не випадково у ч. 3 ст. 333 КПК України зроблено наголос на *невних* (курсив мій. – В.Т.) слідчих (розшукових) діях. У зв'язку з викладеним В.М. Бібіло слушно стверджує, що проведення масштабних слідчих дій в умовах судового розгляду неможливе⁵.

Як видається, називати процесуальні дії пізнавальної спрямованості, що проводяться під час провадження в суді першої інстанції, лише судовими невиправдано з огляду на їхній загальний, родовий характер. Як обґрунтовано зазначають дослідники, всі дії, що здійснюються у судовому розгляді – процесуальні, тому термін «судові дії» рівнозначний термінові «процесуальні дії», а відтак не здатний розкрити специфіку пізнавальної діяльності, яка відбувається в суді⁶.

З огляду на це варто підтримати тих учених, які називають способи процесуального пізнання у стадії судового розгляду процесуальними діями слідчого характеру, судово-слідчими або слідчо-судовими діями. Ці поняття є синонімами та несуть однакове смислове навантаження.

Так, вони поєднують два компоненти. Перший відображає гносеологічну квінтесенцію такого роду процесуальних дій, яка проявляється у системі відповідних прийомів та операцій пізнавального і засвідчувального характеру. Натомість другий компонент акцентує увагу на тому етапі кримінально-процесуальної діяльності, в якому передбачена нормативна можливість їх проведення, невід'ємними елементами якого є ці процесуальні дії.

Як уже зазначалося вище, судові й слідчо-судові дії – різні за змістом та обсягом поняття. Тому необхідно детальніше зупинитися на їх розмежуванні.

Судовою дією є будь-яка процесуальна дія, що здійснюється учасниками судового провадження та судом упродовж судового провадження на підставі та у порядку, визначеному кримінально-процесуальним законом. У цьому аспекті судовими є не тільки дії пізнавальної, а й організаційної (наприклад, роз'яснення обвинуваченому суті обвинувачення, визначення обсягу доказів, що підлягають дослідженню, та порядку їх дослідження), підготовчої (скажімо, відкриття судового засідання, видалення свідків із залу судового засідання, розгляд клопотань учасників судового провадження) та контрольної (приміром, привід свідка, видалення обвинуваченого із зали судового засідання за повторне порушення його порядку) спрямованості. За такого підходу поняття «судова дія» та «процесуальна дія» є синонімами.

Натомість слідчо-судовою є процесуальна дія, що проводиться учасниками судового провадження та судом і спрямована на перевірку, а у визначених кримінально-процесуальним законом випадках – і на збирання доказів. Інакше кажучи, слідчо-судова дія розглядається як інструмент, спосіб перевірки, а іноді й збирання доказів. Слідчо-судові дії, регламентовані ст. ст. 332, 351–361 КПК України, варто розглядати саме у такому значенні. Слідчо-судові дії у цьому розумінні є частиною судових (процесуальних) дій.

Водночас не всі процесуальні дії є слідчо-судовими. Низка цих дій не мають безпосередньої пізнавальної спрямованості. Так, основним призначенням деяких процесуальних дій є надання можливості реалізувати права учасникам кримінального провадження (наприклад, роз'яснення головному учасникам судового провадження права відводу і з'ясування, чи заявляють вони кому-небудь відвід), забезпечення нормального ходу судового провадження (зокрема з'ясування головному учасників судового провадження, чи бажають вони доповнити судовий розгляд і чим саме).

Деякі судові (процесуальні) дії можуть мати своїм завданням перевірку чи збирання доказів, але при цьому слідчо-судовими не вважаються. Згідно зі ст. 93 КПК України сторони збирають докази не тільки за допомогою проведення слідчих (розшукових) дій, а й шляхом витребування та отримання від органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх службових осіб, підприємств, установ, організацій та фізичних осіб речей, документів, висновків ревізій, актів перевірок. Звернувшись до інших положень КПК України, можна дійти висновку, що перевірка чи формування доказової бази під час судового розгляду може здійснюватися також шляхом отримання від учасників кримінального провадження та інших осіб за їх згодою пояснень (ч. 8 ст. 96 КПК України), тимчасового доступу до речей і документів (глава 15 КПК України), тимчасового вилучення майна (глава 16 КПК України).

З огляду на це видається важливим як з теоретичного, так і прикладного погляду виокремити процесуальні особливості слідчо-судових дій, дати їх визначення, що дасть можливість розмежувати їх від інших процесуальних дій, які проводяться впродовж судового провадження.

Насамперед дефініція слідчо-судових дій має відображати пізнавальний та нормативний аспекти цих дій.

Пізнавальний аспект слідчо-судових дій полягає в тому, що в результаті їх проведення перевіряються або навіть одержуються відомості про обставини, що підлягають доказуванню чи мають значення для нього. Пізнавальну основу слідчо-судових дій становлять такі загальнонаукові методи пізнання – опитування, порівняння, експеримент, спостереження, вимірювання, описання. Деякі з цих пізнавальних операцій виконують ще й засвідчувальну функцію, забезпечуючи фіксацію одержаних даних (вимірювання, описання, моделювання).

Не менш важливим є й інший аспект слідчо-судових дій – нормативний. У цьому контексті такі дії охоплюють правові приписи, що визначають підстави, умови та порядок їх проведення. Хід та результати слідчо-судових дій фіксуються за допомогою технічних засобів, а сам факт їх здійснення відображається у журналі судового засідання. Водночас правове регулювання деяких слідчо-судових дій значно скромніше порівняно з процесуальною регламентацією слідчих дій. Необхідно мати на увазі й те, що слідчо-судові дії переважно проводяться з ініціативи учасників судового провадження, рідше – суду.

Підсумовуючи вищевикладене, до ознак слідчо-судових дій варто віднести таке: 1) є частиною процесуальних дій; 2) проводяться учасниками судового провадження та судом у межах з'ясування обставин кримінального провадження та перевірки їх доказами; 3) здійснюються з підстав, за умов та в порядку, визначеному процесуальною формою; 4) спрямовані на перевірку, оцінку, а у випадках, передбачених кримінально-процесуальним законом, – і збирання доказів; 5) факт їх проведення відображається у журналі судового засідання та фіксується за допомогою технічних засобів.

Тож слідчо-судовими є процесуальні дії, що проводяться учасниками судового провадження та судом у межах з'ясування обставин кримінального провадження та перевірки їх доказами з підстав, за умов та у порядку, визначеному процесуальною формою, спрямовані на перевірку, оцінку, а у випадках, передбачених кримінально-процесуальним законом, – і збирання доказів, факт проведення яких відображається у журналі судового засідання та фіксується за допомогою технічних засобів.

Розгляд проблематики слідчо-судових дій був би неповним без з'ясування питання про те, які саме слідчо-судові дії дозволяється проводити під час з'ясування обставин кримінального провадження та перевірки їх доказами.

У криміналістичній та процесуальній літературі поширений підхід, відповідно до якого кримінально-процесуальний закон не забороняє виконання будь-яких процесуальних дій, спрямованих на формування доказової бази⁷.

Для оцінки наведеного підходу необхідно дати відповідь на два запитання. Здійснення яких слідчо-судових дій передбачено процесуальною формою судового розгляду? Чи процесуальні особливості судового розгляду забезпечують організаційні та гносеологічні можливості для виконання інших процесуальних дій пізнавального характеру?

Даючи відповідь на перше з поставлених запитань, зазначимо таке. Системний аналіз глави 28 КПК України дає змогу констатувати можливість здійснення під час судового розгляду за клопотанням сторін кримінального провадження, потерпілого, представника юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, а у деяких випадках – і за власною ініціативою суду таких слідчо-судових дій: 1) допиту обвинуваченого, свідків, потерпілого, експерта; 2) пред'явлення осіб та предметів для впізнання; 3) судового огляду; 4) дослідження документів; 5) відтворення звуко- і відеозаписів; 6) одержання консультацій та роз'яснень спеціаліста; 7) проведення експертизи. Самостійне вчинення учасниками судового провадження, судом упродовж судового розгляду інших слідчих (розшукових) дій слід розглядати як порушення процесуальної форми, що спричиняє недопустимість доказів, одержаних за їх наслідками.

Звідси випливає, що законодавець не передбачив можливості самостійного виконання вищезазначеними суб'єктами кримінального провадження у межах з'ясування обставин кримінального провадження та перевірки їх доказами обшуку, освідування та слідчого експерименту. У разі необхідності здійснення перевірки або ж встановлення обставин, що підлягають доказуванню чи мають значення для кримінального провадження, за допомогою таких процесуальних дій, їх проводить орган досудового розслідування за ухвалою суду про доручення на це (ч.ч. 3–5 ст. 333 КПК України). А це є винятком із засади безпосередності дослідження доказів. При цьому варто зазначити, що з погляду результативності, виконання органом досудового розслідування обшуку за дорученням суду є неспроможним. Причинами цього є невідповідність процесуальних умов, у яких ухвалюється судове рішення, прийомом криміналістичної тактики проведення обшуку. Відсилання ч. 5 ст. 333 КПК України на главу 21 цього ж кодифікованого акта означає, що суд управі доручити органу досудового розслідування здійснення й негласних слідчих (розшукових) дій. Однак це положення суперечить самій суті негласних слідчих (розшукових) дій та загальним процесуальним умовам їх проведення (§ 1 глави 21 КПК України), з огляду на що посилання на главу 21 КПК України необхідно виключити з редакції ч. 5 ст. 333 КПК України.

Стосовно відповіді на друге запитання, то, на наш погляд, деякі різновиди освідування (приміром, для виявлення та/або засвідчення особливих прикмет) і слідчого експерименту (найпростіші та найменш трудомісткі в організаційному і тактичному аспектах) цілком можливо проводити самостійно учасниками судового провадження і судом у межах з'ясування обставин кримінального провадження та перевірки їх доказами. Цілковите законодавче обмеження на здійснення цих процесуальних дій навряд чи виправдане, не узгоджується із засадою процесуальної економії.

Отже, можемо зробити такі висновки. Дослідження процесуальних дій, які проводяться під час з'ясування обставин кримінального провадження та перевірки їх доказами, дає змогу стверджувати, що вони є частиною судових (процесуальних) дій пізнавальної спрямованості. Варто підтримати тих учених, які називають способи процесуального пізнання у стадії судового розгляду процесуальними діями слідчого характеру, судово-слідчими або слідчо-судовими діями. Ці поняття є синонімами та несуть однакове смислове навантаження. Слідчо-судовими є процесуальні дії, що проводяться учасниками судового провадження та судом у межах з'ясування обставин кримінального провадження та перевірки їх доказами з підстав, за умов та у порядку, визначеному процесуальною формою, спрямовані на перевірку, оцінку, а у випадках, передбачених кримінально-процесуальним законом, – і збирання доказів, факт проведення яких відображається у журналі судового засідання та фіксується за допомогою технічних засобів.

КПК України не встановив єдиних правових засобів пізнавального характеру для стадій досудового розслідування і судового розгляду. З огляду на це кримінально-процесуальний закон дозволяє сторонам кримінального провадження, потерпілому, представнику юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, а також суду під час з'ясування обставин кримінального провадження та перевірки їх доказами самостійно вчиняти лише ті слідчо-судові дії, що визначені ст.ст. 332, 351–361 КПК України. Решту слідчих (розшукових) дій, за наявності для цього підстав, хоча й не заборонено проводити впродовж судового розгляду, однак суб'єктом їх здійснення виступатиме орган досудового розслідування за ухвалою суду про доручення на їх проведення. Понад те, результативність виконання обшуку у стадії судового розгляду не витримує критики, а формальна можливість учинення ще й негласних слідчих (розшукових) дій перебуває у колізії з приписами глави 21 КПК України. Разом із тим законодавець не виправдано, попри існування необхідних організаційних та гносеологічних умов, не надав можливості проводити під час з'ясування обставин кримінального провадження та перевірки їх доказами деякі різновиди освідчення та слідчого експерименту.

¹ *Золотарев А.С.* К вопросу о структуре и содержании уголовно-процессуальной деятельности / А.С. Золотарев // Пятьдесят лет кафедре уголовного процесса УрГЮА (СЮИ): материалы Междунар. науч.-практ. конф. – Екатеринбург: Изд-во УрГУ, 2005. – С. 340–346; *Малахова Л.И.* Методологические основы и предмет уголовно-процессуальной деятельности / Л.И. Малахова. – М.: Юрлитинформ, 2011. – С. 134–136; *Макарова З.В.* Понятие и структура уголовно-процессуальной деятельности / З.В. Макарова // Вестник ЮУрГУ. – 2017. – Т. 17. – № 2. – С. 31–33. – (Серия «Право»).

² *Чеджемов Т.Б.* Судебное следствие / Т.Б. Чеджемов. – М.: Юрид. лит., 1979. – С. 49–92; *Черкасова Н.Ю.* Исследование доказательств в суде первой инстанции: дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.09 «Уголовный процесс и криминалистика; судебная экспертиза» / Н.Ю. Черкасова // Самарский гос. ун-т. – Самара, 1993. – С. 86–137; *Корневский Ю.В.* Криминалистика для судебного следствия / Ю.В. Корневский. 2-е изд., испр. и доп. – М.: АО «Центр ЮрИнфоР», 2002. – С. 141–142; *Гришин С.П.* Судебное следствие в смешанном уголовном процессе (гносеологический, процессуальный и тактико-криминалистический аспекты) / С.П. Гришин. – М.: Юрлитинформ, 2008. – С. 284–468; Производство по уголовным делам в суде первой инстанции: науч.-практ. пособ. / под общ. ред. В.М. Лебедева. – М.: Норма, 2011. – С. 326, 368; *Машовец А.О.* Теоретическая модель правовой организации судебного следствия в уголовном процессе Российской Федерации: дисс. ... д-ра юрид. наук: 12.00.09 «Уголовный процесс» / А.О. Машовец // Уральский гос. юрид. ун-т. – Екатеринбург, 2018. – С. 220.

³ *Бозров В.М.* Процессуальные, криминалистические и психологические аспекты судебного следствия : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.09 / В.М. Бозров. – Свердловск, 1991. – С. 6; *Насонов С.А.* Судебное следствие в суде присяжных: законодательство, теория, практика / С.А. Насонов. – М.: Р. Валент, 2001. – С. 22–23; *Аширбекова М.Т.* Принцип публичности при производстве по уголовному делу / М.Т. Аширбекова. – Волгоград: Волгоградский госуниверситет, 2008. – С. 217–218; *Когутич И.И.* Використання знань та засобів криміналістичної тактики і методики під час розгляду кримінальних справ у суді: монографія / І.І. Когутич. – Л.: Тріада плюс, 2009. – С. 56; *Александрова С.А.* Судебные действия, осуществляемые судом первой инстанции в уголовном судопроизводстве России: понятие, виды, процессуальный режим: дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.09 «Уголовный процесс, криминалистика; оперативно-розыскная деятельность» / С.А. Александрова // Воронежский гос. ун-т. – Воронеж, 2010. – С. 22–27; *Когутич И.* Слідчо-судові дії як засіб розгляду кримінальних справ у суді / І. Когутич // Вісник Львівського університету. – 2010. – Вип. 50. – С. 352–357. – (Серія «Юридична»); *Кузин Е.Б.* Совершенствование системы судебных действий следственного характера в целях обеспечения правосудия: дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.09 «Уголовный процесс, криминалистика; оперативно-розыскная деятельность» / Е.Б. Кузин // Южно-Уральский гос. ун-т. Челябинск, 2011. – С. 21–23; *Хайдаров А.А.* Следственно-судебные действия: проблемы регламентации / А.А. Хайдаров // Актуальные проблемы экономики и права. – 2013. – № 2. – С. 282–288; *Швец С.В.* Криминалистическая тактика следственных и судебных действий в условиях использования перевода: дисс. ... д-ра юрид. наук: 12.00.12 «Криминалистика; судебно-экспертная деятельность; оперативно-розыскная деятельность» / С.В. Швец // Кубанский гос. аграрный ун-т. Краснодар, 2014. – С. 259; *Литвин О.В.* Кримінально-процесуальне доказування у стадії судового розгляду: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність» / О.В. Литвин // Національний ун-т «Одеська юридична академія». – Одеса, 2015. – С. 126–138; *Курочкина Ю.С.* Система судебных действий следственного характера / Ю.С. Курочкина, Л.Г. Татьяна // Вестник Удмуртского ун-та. Экономика и право. – 2016. – Т. 26. – Вып. 1. – С. 132–134; *Маланчук П.М.* Судово-слідчі дії як засіб розгляду кримінальних справ у суді / П.М. Маланчук, Р.О. Непийпа, В.В. Гладун // Правові горизонти. – 2017. – Вип. 3. – С. 92–96; *Стародумов С.В.* Судебные действия следственного характера при рассмотрении уголовных дел в суде первой инстанции: дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.09 «Уголовный процесс» / С.В. Стародумов // Удмуртский гос. ун-т. – Ижевск, 2018. – 206 с.

⁴ *Сухов С.П.* Тактические особенности судебного следствия: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук: 12.717 / С.П. Сухов. – М., 1972. – С. 6–7; *Воробьев Г.А.* Планирование судебного следствия / Г.А. Воробьев. – М.: Юрид. лит., 1978. – С. 61; *Селедкина Н.А.* Судебное следствие в российском уголовном процессе: дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.09 «Уголовный процесс, криминалистика; оперативно-розыскная деятельность» / Н.А. Селедкина // Уральская гос. юрид. академия. – Екатеринбург, 2005. – С. 46–48; *Корчагин А.Ю.* Организационно-тактические и методические основы криминалистического обеспечения судебного

разбирательства уголовных дел: дисс. ... д-ра. юрид. наук: 12.00.09 – «Уголовный процесс, криминалистика; оперативно-розыскная деятельность» / А.Ю. Корчагин // Кубанский гос. аграрный ун-т. – Кубань, 2008. – С. 63–64; Костюков А.В. Понятие «судебное действие» в уголовном судопроизводстве России / А.В. Костюков // Вестник Удмуртского ун-та. Экономика и право. – 2014. – Вып. 1. – С. 166–167; Россинский С.Б. Концептуальные основы формирования результатов «невербальных» следственных и судебных действий в доказывании по уголовному делу : дисс. ... д-ра юрид. наук: 12.00.09 «Уголовный процесс» / С.Б. Россинский // Московский гос. юрид. ун-т имени О.Е. Кутафина. – М., 2015. – С. 368–369; Шенітько І.І. Судовий розгляд в системі судового провадження у першій інстанції: монографія / І.І. Шенітько. – Х.: Право; Апостіль, 2018. – С. 77–128.

⁵ Бибило В. Соотношение следственных, судебных и иных уголовно-процессуальных действий / В. Бибило // Судовы веснік. – 2015. – № 3. – С. 73.

⁶ Шейфер С.А. Следственные действия. Основания, процессуальный порядок и доказательственное значение / С.А. Шейфер. – М.: Юрлитинформ, 2004. – С. 11; Когутич І.І. Використання знань та засобів криміналістичної тактики і методики під час розгляду кримінальних справ у суді: монографія / І.І. Когутич. – Л.: Тріада плюс, 2009. – С. 56–57.

⁷ Кореневский Ю.В. Криминалистика для судебного следствия / Ю.В. Кореневский. 2-е изд., испр. и доп. – М.: АО «Центр ЮрИнфоР», 2002. – С. 140; Когутич І.І. Використання знань та засобів криміналістичної тактики і методики під час розгляду кримінальних справ у суді: монографія / І.І. Когутич. – Л.: Тріада плюс, 2009. – С. 57; Александрова С.А. Судебные действия, осуществляемые судом первой инстанции в уголовном судопроизводстве России: понятие, виды, процессуальный режим: дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.09 «Уголовный процесс, криминалистика; оперативно-розыскная деятельность» / С.А. Александрова ; Воронежский гос. ун-т. – Воронеж, 2010. – С. 123–124; Когутич І.І. Слідчо-судові дії як засіб розгляду кримінальних справ у суді / І.І. Когутич // Вісник Львівського університету. – 2010. – Вип. 50. – С. 353. – (Серія «Юридична»); Кузин Е.Б. Совершенствование системы судебных действий следственного характера в целях обеспечения правосудия: дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.09 «Уголовный процесс, криминалистика; оперативно-розыскная деятельность» / Е.Б. Кузин ; Южно-Уральский гос. ун-т. – Челябинск, 2011. – С. 28.

Резюме

Тимошук В.Є. Процесуальні дії, що проводяться під час з'ясування обставин кримінального провадження та перевірки їх доказами.

Стаття присвячена дослідженню процесуальних дій, що проводяться у центральній частині судового розгляду – з'ясування обставин кримінального провадження та перевірки їх доказами. На підставі аналізу відповідних норм КПК України, критичної оцінки позицій дослідників автор подає своє бачення питань, що входять до предмета дослідження.

Ключові слова: судовий розгляд, з'ясування обставин кримінального провадження та перевірки їх доказами, процесуальні дії, судові дії, слідчо-судові дії.

Резюме

Тимошук В.Є. Процессуальные действия, проводимые во время выяснения обстоятельств уголовного производства и проверки их доказательств.

Статья посвящена исследованию процессуальных действий, проводимых в центральной части судебного разбирательства – выяснение обстоятельств уголовного производства и проверки их доказательств. На основании анализа соответствующих норм УПК Украины, критической оценки позиций исследователей автор представляет свое видение вопросов, входящих в предмет исследования.

Ключевые слова: судебное разбирательство, выяснение обстоятельств уголовного производства и проверка их доказательствами, процессуальные действия, судебные действия, следственно-судебные действия.

Summary

Tymoshuk V. Procedural actions conducted during the clarification of the circumstances of the criminal proceedings and verification of their evidence.

The article is devoted to the investigation of procedural actions carried out in the central part of the trial – the clarification of the circumstances of the criminal proceedings and verification of their evidence. On the basis of the analysis of the relevant norms of the Criminal Procedure Code of Ukraine, the critical evaluation of the positions of researchers, the author presents his vision of the issues that are part of the subject.

Key words: trial, clarification of circumstances of criminal proceedings and verification of their evidence, procedural actions, judicial actions, investigative and judicial actions.

УДК 341.462.1

В.В. ПОПКО

Вадим Вікторович Попко, кандидат юридичних наук, доцент Інституту міжнародних відносин Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ПРАВОВИЙ ІМУНІТЕТ ТА ПРИНЦИП НЕДОПУСТИМОСТІ ПОСИЛАННЯ НА ОФІЦІЙНЕ ЧИ ПОСАДОВЕ СТАНОВИЩЕ ОСОБИ ПРИ ЗДІЙСНЕННІ ТРАНСНАЦІОНАЛЬНОГО ЗЛОЧИНУ

Транснаціональне кримінальне право функціонує як складова частина системи міжнародного кримінального права, в основі якого закладено певний фундамент – *принципи міжнародного права*, які, поза сумнівом, є нормами *jus cogens* та містять зобов'язання *erga omnes*. Важливим постулатом вивчення транснаціонального кримінального права є визнання принципів міжнародного права, серед яких важливе місце посідають *принципи міжнародного кримінального права*.

Відмінною рисою міжнародного кримінального права є юридичне оформлення доволі великої кількості його принципів¹. Основу цієї системи складають загальні принципи права та принципи міжнародного права, а специфіка галузі міжнародного кримінального права, безумовно, вимагає розробки і власної системи принципів.

Серед таких принципів на особливу увагу заслуговує *принцип недопустимості посилання на офіційне чи посадове становище особи*, що тісно пов'язано з поняттям «правовий імунітет». Це поняття утворює особливий правовий стан, якому властива власна «сфера відповідальності». Застосування зазначеного принципу в міжнародній практиці, зокрема в діяльності міжнародних органів кримінального правосуддя, тягне за собою ряд проблем як теоретичних, так і практичних. До них слід віднести з'ясування юридичної природи цього принципу, співвідношення з поняттям «правовий імунітет» та з принципом індивідуальної кримінальної відповідальності, а також проблеми застосування в національному законодавстві.

Метою статті є вивчення стану правового регулювання одного з основних принципів транснаціонального кримінального права - принципу недопустимості посилання на офіційне чи посадове становище особи при здійсненні кримінального злочину та його теоретичну розробку як у вітчизняній, так і в зарубіжній науці.

Окремі теоретичні аспекти прояву правового імунітету були предметом дослідження С.С. Алексєєва, С.В. Бобровник, О.М. Кисельової, О.В. Малька, Ю.М. Оборотова, Н.М. Оніщенко, О.Ф. Скакун, Ю.С. Шемшученка, проте носять фрагментарний характер.

Окремі питання правового імунітету висвітлювались у дослідженнях і зарубіжних вчених, як-от: Ш. Бассіоні, У. Батлер, К. Блекслі, Н. Бойстер, Я. Броунлі, Г. Верле, М. Інацумі, Л. Камерон, А. Кассезе, Г. Кельзен, В. Лоу, А. Майер, В. Шабас, Г. Шварценбергер, Д.Шеффер, М. Шоу та ін.

У доктрині міжнародного права склались кілька теорій походження міжнародно-правових імунітетів, помітний підвищений інтерес з боку міжнародної спільноти до проблем імунітетів посадових осіб держави від іноземної кримінальної юрисдикції, що привертає увагу у зв'язку з практикою застосування екстериторіальної й універсальної юрисдикції.

Професор Л.В. Іногамова-Хегай висловлює твердження про те, що сучасне міжнародне право не визнає міжнародного імунітету високопоставлених посадових осіб держави у випадку, якщо вони підозрюються чи обвинувачуються в здійсненні злочинів за загальним міжнародним правом². Для з'ясування справедливості такого твердження виникає необхідність дослідження, яким чином співвідносяться індивідуальна кримінальна відповідальність й міжнародні імунітети таких осіб і якою мірою дія міжнародних імунітетів чинить перепони для притягнення винних у здійсненні міжнародних злочинів до кримінальної відповідальності, якщо взагалі чинить перепони.

На шляху здійснення кримінального переслідування таких високопоставлених осіб як глава держави, глава уряду, міністр іноземних справ та інших, які підозрюються у здійсненні злочинів проти людяності, геноциду, воєнних злочинів чи злочинів агресії, неминуче виникає юридична перепона – інститут імунітетів. Імунітет як вилучення з адміністративної, кримінальної і цивільної юрисдикції держави надається таким особам як за національним, так і за міжнародним правом. Є очевидним, що міжнародні злочини можуть здійснюватися особами, що володіють відповідними владними повноваженнями. У зв'язку з цим виникає проблема співвідношення міжнародно-правової концепції невідворотності покарання за злочини, що здійснюються посадовими особами, і норм, що передбачають можливість вилучення відповідних осіб з-під кримінальної юрисдикції. Становище цих осіб у своїх державах робить їх практично недосяжними для національного правосуддя. Це обумовлює важливість кримінального переслідування, що здійснюється міжнародними кримінальними судами і національними судами, які, діючи на основі екстериторіальних принципів, можуть притягувати до відповідальності іноземців.

Як відомо, етимологія поняття «імунітет» пов'язана з латинською мовою, де слово «immunitas» означає «звільнення від податків, пільга» (від «munus» – «повинність, підношення»), і виникненням права, незважаючи на широке вживання цього поняття й в інших сферах (наприклад, медицині) та в інших значеннях. У правовому сенсі поняття імунітету трактується як звільнення певного кола суб'єктів права з-під дії загальних норм, як виключне право не підкорятися деяким загальним законам, що надається особам, які мають особливе становище у державі, а також звільнення окремих осіб від виконання окремих юридичних обов'язків і відповідальності, що встановлено в конкретних нормах міжнародного права, конституції і законах.

Правовий імунітет має дві сторони: з одного боку, передбачає недопустимість посилання на офіційне чи посадове становище особи при здійсненні міжнародного правопорушення, зокрема транснаціонального злочину; з іншого боку, імунітет означає захист, яким володіють певні посадові особи, перед здійсненням кримінальної юрисдикції зі сторони суду. Недопустимість посилання на офіційне чи посадове становище особи при здійсненні міжнародного правопорушення визнається як один із основних принципів міжнародного кримінального права та кримінального правосуддя.

Вперше питання про можливість судового переслідування вищої посадової особи держави виникло в ході Першої світової війни; положення Версальського мирного договору (ст. 228–230) передбачили можливість видачі й проведення кримінального переслідування винних осіб. Проте судовий процес над німецьким кайзером Вільгельмом II не відбувся, зокрема, через відмову держави Нідерланди його видати.

Принцип недопустимості посилання на офіційне чи посадове становище особи при здійсненні міжнародного правопорушення отримав обґрунтування й застосування в міжнародному кримінальному праві після Другої світової війни у *Статуті Міжнародного військового трибуналу для суду та покарання головних військових злочинців європейських країн осі (Нюрнберзького статуту)*, ухваленого 8 серпня 1945 року. Його основний зміст можна передати формулою: жодний офіційний статус особи не може бути підставою для звільнення від кримінальної відповідальності за міжнародні злочини, навіть якщо ця особа – глава держави. Цей принцип означає, що норми міжнародного кримінального права застосовуються рівною мірою до всіх осіб незалежно від їх офіційного чи посадового становища. Статус особи також не є підставою для пом'якшення кримінальної відповідальності. Це своєрідний вияв принципу рівності всіх перед законом. Накази начальника чи приписи закону не звільняють особу від кримінальної відповідальності, якщо особа діяла за розпорядженням уряду чи наказом начальника, але покарання може підлягати пом'якшенню в інтересах правосуддя. При цьому накази про здійснення злочину геноциду чи злочинів проти людяності є явно незаконними. Слід зазначити, що цей принцип має велике значення не тільки в контексті кримінального права при вирішенні питання про кримінальну відповідальність особи, але й для оцінки законності дій посадових осіб при застосуванні ними сили, дій працівників правоохоронних органів тощо.

Згодом основні висновки діяльності Нюрнберзького трибуналу були визнані на універсальному рівні – в Резолюції 95 (I) «Підтвердження принципів міжнародного права, що визнані Статутом Нюрнберзького трибуналу» від 11 грудня 1946 р., яка підтвердила «принципи міжнародного права, що визнані Статутом Нюрнберзького трибуналу і знайшли вираження у рішенні цього трибуналу»³. Це свідчить на користь того, що основні висновки діяльності Нюрнберзького трибуналу, у тому числі положення про недопустимість посилання обвинуваченого на своє посадове положення як підставу звільнення від відповідальності, складають частину чинного міжнародного права⁴.

Конкретний внесок у розробку принципу недопустимості посилання на офіційне чи посадове становище особи зроблено *Комісією міжнародного права ООН*, створеною 21 листопада 1947 р. як допоміжний орган Генеральної Асамблеї, у рамках якої проводиться робота з систематизації теоретичних знань і практики держав у кількох напрямках, пов'язаних із кримінальною юрисдикцією держав, у тому числі й імунітети вищих посадових осіб держави від іноземної кримінальної юрисдикції, охоплення і сфера застосування універсальної юрисдикції. У документах Комісії принцип недопустимості посилання на офіційне чи посадове становище особи отримав конкретне оформлення. Це означає, що будь-яка особа, яка скоїла дії, що визнаються, згідно з міжнародним правом, злочиним, несе за них відповідальність і підлягає покаранню. Та обставина, що за внутрішнім правом не встановлено покарання за такі дії, не звільняє особу, що скоїла такі дії, від відповідальності за міжнародним правом. Не звільняється від відповідальності за міжнародним правом за такі дії й глава держави чи інша відповідальна посадова особа. Та обставина, що будь-яка особа діяла на виконання наказу свого уряду чи начальника, не звільняє цю особу від відповідальності за міжнародним пра-

вом, якщо свідомий вибір був фактично для неї можливий. Підкреслюється, що особа, яка обвинувачується в скоєнні міжнародно-правового злочину, має право на справедливий розгляд справи на підстав фактів і права.

Наступним етапом у розвитку і конкретизації даного нормативного припису стало його закріплення в установчих документах міжнародних *трибуналів ad hoc* по колишній Югославії (1993) і Руанді (1994), створених на основі резолюцій Ради Безпеки ООН (ст. 7 Статуту МТКЮ, ст. 6 Статуту МТР), а також *Спеціального суду по Сьєрра-Ліоне*, заснованого у 2002 р. на основі двосторонньої угоди між ООН і урядом Сьєрра-Ліоне (ст. 6 Статуту Суду).

Подальший розвиток принцип недопустимості посилання на посадове становище особи отримав у тексті *Римського статуту Міжнародного кримінального суду*, ухваленого 17 липня 1998 р. на Дипломатичній конференції у Римі за участі 120 держав. У ст. 27 (Частина 3 «Загальні принципи кримінального права») Статуту вказано: Чинний Статут застосовується рівною мірою до всіх осіб без будь-якої відмінності на основі посадового становища. Зокрема, посадове становище як глави держави чи уряду, члена уряду чи парламенту, обраного представника чи посадової особи уряду в жодному випадку не звільняє особу від кримінальної відповідальності згідно з цим Статутом і не є саме по собі підставою для пом'якшення вироку. Імунітети чи спеціальні процесуальні норми, які можуть бути пов'язані з посадовим становищем особи, згідно що з національним, що з міжнародним правом, не повинні чинити перепони для здійснення Судом його юрисдикції щодо такої особи⁵.

У зв'язку з прийняттям Римського Статуту в частині застосування принципу недопустимості посилання на посадове становище особи, щоб уникнути колізій, у національному законодавстві окремих держав відбулися зміни. Зокрема, до Конституції Бельгії було внесено положення, що держава приєднується до Римського Статуту, адже корона і члени парламенту Бельгії володіють абсолютним імунітетом: ст. 88 Конституції Бельгії зазначає, що «особистість короля недоторканна...», а члени парламенту користуються імунітетом від цивільної і кримінальної відповідальності за висловлення думок і голосування при виконанні обов'язків. Державна Рада Бельгії дійшла висновку, що колізія може бути знята конституційними змінами. Аналогічного висновку дійшла Державна рада Великого Герцогства Люксембург при ухваленні рішення про відповідність положень Римського Статуту нормам Конституції Люксембургу. Визнавши, що ст. 27 Статуту не відповідає Конституції Люксембургу, яка закріплює імунітет Великого герцога і членів Парламенту й особливі процедури для арешту і кримінального переслідування членів Парламенту чи уряду, Державна рада прийняла рішення про внесення змін до Конституції Люксембургу.

Підвищений інтерес з боку міжнародної спільноти до окремих проблем міжнародно-правових імунітетів, у тому числі до питання імунітетів посадових осіб держави від іноземної кримінальної юрисдикції, пов'язаний із грубим і масовим порушенням прав людини, необхідністю їх захисту, боротьбою з тероризмом, зростанням транснаціональної злочинності, корупцією, відмиванням грошей тощо. Крім того, гучні судові процеси, що були ініційовані в ряді європейських країн стосовно колишніх і нинішніх посадових осіб підштовхнули Комісію міжнародного права ООН взятися до розгляду теми «Імунітет посадових осіб держави від іноземної кримінальної юрисдикції». Рішення про її включення в поточну програму роботи було прийнято Комісією й позначено в Доповіді Комісії на 59-й сесії Комісії у 2007 році⁶.

У поданій Доповіді про імунітет посадових осіб держав від іноземної кримінальної юрисдикції на 60-й сесії КМП з цієї теми спеціальний доповідач Р.А. Колодкін окреслив ряд питань, яким експертам Комісії слід було б приділити особливу увагу в контексті розгляду теми по суті⁷. Це питання про джерела імунітету посадових осіб держави від іноземної кримінальної юрисдикції; про зміст понять «імунітет» і «юрисдикція», «кримінальна юрисдикція» і «імунітет від кримінальної юрисдикції» та про співвідношення імунітету і юрисдикції; питання про типологію імунітету посадових осіб держави (імунітет *ratione personae* та імунітет *ratione materiae*); питання про обґрунтування імунітету посадових осіб держави про співвідношення імунітету посадових осіб із імунітетом держави, з дипломатичним і консульським імунітетом і з імунітетом членів спеціальних місій. Продовжила теоретичні розробки після виходу Р.А. Колодкіна із складу Комісії у 2012 р. Концепсйон Ескобар Ернандес, яка взяла за основу напрацювання попереднього доповідача.

У роботі Комісії міжнародного права було зроблено висновок, що «імунітет від іноземної кримінальної юрисдикції означає захист, яким володіють певні посадові особи, перед здійсненням кримінальної юрисдикції зі сторони суддів і судів третьої держави»⁸. Дане визначення полягає в наступному: імунітет від іноземної кримінальної юрисдикції можна розглядати як звільнення посадових осіб держави від здійснення кримінальної юрисдикції зі сторони виконавчих і судових органів третьої держави.

Історично утвердження в міжнародному праві принципу індивідуальної кримінальної відповідальності за значні порушення норм міжнародного права відбувалось одночасно з відмовою від імунітетів за такі правопорушення.

У подальшому при розробці *Проекту Кодексу злочинів проти миру і безпеки людства* від 1 січня 1995 р.⁹, підготовленого Комісією міжнародного права ООН, у ст. 7 передбачено, що «офіційний статус особи, яка здійснює злочин проти миру і безпеки людства, навіть якщо вона діяла як глава держава чи уряду, не звільняє її від кримінальної відповідальності й не є обставиною, що пом'якшує покарання».

Конвенція ООН проти транснаціональної організованої злочинності, прийнята Резолюцією 55/25 Генеральної Асамблеї від 15 листопада 2000 р., не передбачає винятків щодо притягнення до юридичної відповідальності осіб, що скоїли транснаціональний злочин, із посиланням на правовий імунітет посадових осіб¹⁰.

Аналогічні норми відсутні й в інших конвенціях та міжнародних договорах (Конвенція про запобігання злочину геноциду та покарання за нього від 19 березня 1954 р.¹¹, Конвенція проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання 1998 р.¹² тощо).

Практика національних і міжнародних судових органів у даному питанні відрізняється. Перший ордер на арешт щодо діючого глави держави, а саме президента Судану *Омара Хассан Ахмад аль-Башира*, був виданий 4 березня 2009 р. Паатою попереднього провадження Міжнародного кримінального суду на підставі ст. 58 Римського статуту^{1*}. Президент Югославії Слободан Мілошевич так і не став першим в історії діючим главою держави, який був притягнутий до кримінальної відповідальності за міжнародні злочини всупереч міжнародному імунітету *ratione personae*: С. Мілошевич був арештований і переданий Югославському трибуналу вже після того, як залишив пост президента. Міжнародний трибунал по Руанді засудив колишнього прем'єр-міністра країни – Жана Камбанду, але на відміну від справи Мілошевича обвинувальний вирок стосовно Камбанди було винесено у 1997 р.¹³, тобто тоді, коли він уже не користувався персональним імунітетом. Таким чином, процес над Мілошевичем демонструє визнання пріоритету переслідування злочинів за загальним міжнародним правом над інститутом міжнародних імунітетів колишніх глав держав. Можна стверджувати, що в статутах міжнародних трибуналів *ad hoc* по колишній Югославії (ст. 7, ч. 2) і Руанді (ст. 6 ч. 2) була зафіксована відмова від матеріального і процесуального імунітету високопоставлених посадових осіб. Гучними справами є справи глави Лівійської держави М. Каддафі 2001 р.^{**}, глави Чилі А. Піночета 2005 р.^{***}, глави Чада Х. Хабре 2005 року^{****}.

Для міжнародного права термін «імунітет від кримінальної юрисдикції» є традиційним і усталеним, проте не має чіткого визначення. У договорах, що регулюють окремі аспекти міжнародно-правових імунітетів, імунітет від кримінальної юрисдикції розглядається в контексті загального режиму привілеїв та імунітетів, включаючи імунітет від цивільної й адміністративної юрисдикції. Разом із тим, саме з кримінальною юрисдикцією пов'язані найбільш складні проблеми, що виникають на практиці стосовно посадових осіб держави – особливість кримінальної юрисдикції полягає в тому, що вона передбачає наявність більш складних елементів реалізації, ніж юрисдикція цивільна чи адміністративна.

Сказане не означає відсутності взаємозв'язку між трьома категоріями юрисдикції: на практиці дуже часто вони застосовуються в сукупності. Зазначається, що «якщо для міжнародно-правових відносин норми імунітету націлені на створення сприятливих умов для виконання дипломатичних чи інших функцій, то у сфері кримінально-процесуальних відносин імунітет представляє собою набір процесуальних гарантій особистої недоторканості». Це означає, що імунітет посадової особи від іноземної кримінальної юрисдикції – це, в основному, імунітет від виконавчої і судової юрисдикції, має процесуальний, але не матеріальний характер і що він чинить перепони для індивідуальної кримінальної відповідальності. У той же час, імунітет від кримінальної юрисдикції й індивідуальна кримінальна відповідальність – різні концепції: перша має процесуальний характер, друга – питання матеріального права¹⁴.

* Президента Судану Омара Хассан Ахмад аль-Башира звинувачують у кількох військових злочинах і етнічних чистках, що були пов'язані з Дарфурським конфліктом. Головний прокурор Міжнародного кримінального суду Луїс Морено-Окампо 14 липня 2008 р. висунув звинувачення аль-Баширу – геноцид у регіоні Дарфур, який супроводжувався вбивствами, пограбуваннями, тортурами, згвалтуваннями, наверненням дітей у рабство і важкими умовами в таборах для біженців. Виданий 4 березня 2009 р. Міжнародним кримінальним судом ордер на арешт Омара аль-Башира Суданом не був визнаний.

** Справа М. Каддафі. У лютому 1989 р. терористами був підірваний цивільний літак французької авіакомпанії над територією Нігеру. Родичі загиблих звернулися зі скаргою до суду на главу Лівійської держави М. Каддафі, який, на їхню думку, повинен нести відповідальність за віддання злочинного наказу про здійснення терористичного акту. Апеляційний суд Франції вважав, що посадові особи, винні у вчиненні міжнародних злочинів, не можуть користуватися імунітетами від кримінальної юрисдикції. Проте згодом Касаційний суд Франції скасував дане рішення, зазначивши: «Згідно з нормами чинного міжнародного права скоєний злочин [акт тероризму], яким би тяжким він не був, не допускає виключення з принципу діючих глав іноземних держав від юрисдикції».

*** Справа А. Піночета. У 1998 р. іспанський суд видав ордер на арешт колишнього глави Чилі А. Піночета і вимагав його екстрадиції на підставі висунутих звинувачень у вчиненні злочинів, у тому числі тортур щодо іспанських громадян. А. Піночет був арештований британською владою в Лондоні. У 1999 р. Палата Лордів шістьма голосами проти одного визнала арешт законним, зазначивши у своєму рішенні, що здійснення під час виконання своїх обов'язків міжнародних злочинів є підставою, що позбавляє колишнього главу держави права користуватись імунітетом від кримінальної юрисдикції. Конкретно щодо А. Піночета було вказано, що з 1988 р. (рік набуття чинності для Чилі, Іспанії і Великобританії Конвенції ООН 1984 р. проти тортур) на колишнього главу Чилі перестали поширюватися імунітети від кримінальної юрисдикції за порушення положень зазначеної Конвенції, отже, він може бути виданий іншій державі з метою здійснення кримінального переслідування. У 2005 р. Верховний суд Чилі позбавив А. Піночета недоторканості від судового переслідування, яким він користувався як колишній глава держави, проте Піночет так і не був засуджений з огляду на смерть обвинуваченого.

**** Справа Х. Хабре. У вересні 2005 р. бельгійський суд видав міжнародний ордер на арешт глави Чаду Х. Хабре за звинуваченнями в тяжких порушеннях прав людини. Він був засуджений судом Чаду до смертної кари за вбивства 40 тис. осіб заочно, оскільки уряд Сенегалу не вирішив питання про його екстрадицію. У лютому 2009 р. Бельгія подала до Міжнародного суду ООН позов проти Сенегалу за відмову видати колишнього чадського президента. 20 липня 2012 р. Міжнародний суд ООН зажадав від уряду Сенегалу «без зволікання» або судити Хабре за звинуваченням в інкримінованих йому злочинах, або екстрадувати в Чад. Х. Хабре був заарештований у Сенегалі у 2013 р., переданий Надзвичайному Африканському трибуналу (створений Сенегалом і Африканським союзом), визнаний винним і засуджений до довічного ув'язнення за злочини проти людяності.

Принцип індивідуальної кримінальної відповідальності за здійснення міжнародних злочинів є основою міжнародного кримінального права й передбачає юрисдикцію органів міжнародної кримінальної юстиції. Розгляд питань, пов'язаних із імунітетами посадових осіб держави від іноземної кримінальної юрисдикції, передбачає правове регулювання нормами внутрішнього права і «не повинне і не може виражатись у наслідуванні включення принципів, які стосуються імунітету та містяться в документах, що регламентують діяльність міжнародних кримінальних судів»¹⁵.

Як справедливо зазначає І.І. Лукашук, «проблема індивідуальної кримінальної відповідальності керівників держав уявляється однією з найбільш важливих у забезпеченні ефективності міжнародного права і, разом із тим, однією з найбільш складних, оскільки рішення про це приймаються керівниками держав»¹⁶. Але навіть якщо абстрагуватись від політичної складової таких процесів, з правової точки зору кримінальне переслідування високопосадовців держав іноземними судами сильно ускладнено дією міжнародних імунітетів.

Переконливим доказом тому слугує винесене у 2002 р. Рішення Міжнародного суду ООН у Справі про ордер на арешт 11 квітня 2000 року. Бельгійський суддя видав міжнародний ордер на арешт відносно тоді ще діючого міністра іноземних справ Демократичної Республіки Конго Й.А. Ндомбасі, який обвинувачувався в здійсненні міжнародних злочинів. 17 жовтня 2000 р. власті Конго направили до Міжнародного суду заяву, в якій звинуватили Бельгію в порушенні міжнародного права у зв'язку з тим, що, видаючи ордер на арешт міністра, Бельгія посягнула на імунітет посадової особи Конго, а також неправомірно ініціювала переслідування *in absentia* на підставі принципу універсальної юрисдикції. Розглядаючи цю справу, Міжнародний суд прийшов до висновку, що діючий міністр іноземних справ володіє імунітетом від кримінального переслідування іноземними судами і не може бути притягнутий до кримінальної відповідальності, навіть незважаючи на те що він обвинувачується в здійсненні міжнародних злочинів, таких як воєнні злочини чи злочини проти людяності. Бельгія не мала права видавати ордер на арешт колишнього міністра іноземних справ Республіки Конго. Це рішення Суду було піддано гострій критиці.

Слід визнати, що імунітет від кримінальної юрисдикції не означає безкарність за здійснення будь-яких злочинів, незалежно від їх тяжкості. Існують обставини, коли такі особи можуть бути притягнені до відповідальності: у випадку кримінального переслідування у власних країнах; у випадку, коли такі особи були позбавлені імунітетів власною державою; у випадку, коли після спливу строку їх повноважень, такі особи вже не користувались імунітетом за міжнародним правом; у випадку, коли такі особи притягувались до відповідальності по кримінальних справах у міжнародних кримінальних судах, що володіють відповідною юрисдикцією.

Висновки. Аналіз змісту міжнародно-правових положень із питання про імунітети вищих посадових осіб, відповідну національну і міжнародну судову практику, а також міжнародно-правові дослідження принципу недопустимості посилання на офіційний статус або посадове становище особи при скоєнні міжнародного злочину, дає можливість зробити наступні висновки. Принцип недопустимості посилання на офіційний статус або посадове становище особи означає невизнання будь-яких імунітетів (національних або міжнародних) чи інших спеціальних норм, які можуть бути пов'язані з посадовим становищем особи та захищати її в певних випадках від кримінального переслідування та ставити її поза межами юрисдикції міжнародного правосуддя. Вищі посадові особи держави (як колишні, так і теперішні) не володіють імунітетом від юрисдикції органів міжнародної кримінальної юстиції. При розгляді органами міжнародної кримінальної юстиції справ про здійснення міжнародних злочинів, у тому числі й транснаціональних, посадове становище обвинуваченого не є підставою для звільнення його від відповідальності та пом'якшення вироку. Міжнародно-правові документи, як й установчі акти органів міжнародної юстиції, передбачають можливість притягнення до відповідальності за здійснення міжнародних злочинів посадових осіб, у тому числі глав держав, урядів; при цьому їх статус не може розглядатися як підстава імунітету від кримінальної юрисдикції. Національне законодавство держав має бути приведено у відповідність з нормами міжнародного кримінального права у цій частині, щоб уникнути колізій. Слід мати на увазі, що йдеться винятково про кримінальну юрисдикцію міжнародних органів кримінальної юстиції.

¹ Кибальник А.Г. Современное международное уголовное право: понятие, задачи и принципы / Алексей Григорьевич Кибальник; Ассоц. «Юрид. центр». – СПб.: Издательство «Юридический центр Пресс», 2003. – С. 63.

² Иногамова-Хегай Л.В. Международное уголовное право / Л.В. Иногамова-Хегай. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2003. – 495 с. – С. 106.

³ Резолюция 95 (1) «Подтверждение принципов международного права, признанных Статутом Нюрнбергского трибунала», принята Генеральной Ассамблеей ООН от 11 декабря 1946 г. // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_910

⁴ Shaw M.N. International Law [Text] / M.N. Shaw. – 6nd ed. – Vol. I. – New York, U.S.A.: Cambridge University Press, 2008. – P. 669.

⁵ Римський Статут Міжнародного кримінального суду від 17 липня 1998 р. із змінами. Чинна редакція від 16 січня 2002 р. Документ 995_588 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/995_588

⁶ UN. Doc. A/63/10.

⁷ UN. Doc. A/CN.4/601.

⁸ UN. Doc. A/CN.4/661. – P. 18.

⁹ Проект Кодексу злочинів проти миру і безпеки людства від 1 січня 1995 р. // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_710

¹⁰ Конвенція ООН проти транснаціональної організованої злочинності, ухвалена Резолюцією 55/25 Генеральної Асамблеї від 15 листопада 2000 р. // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_789

¹¹ Конвенція про запобігання злочину геноциду та покарання за нього від 19 березня 1948 р. // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_155

¹² Конвенція проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання від 13 листопада 1984 р. // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_085

¹³ International Criminal Tribunal for Rwanda, Prosecutor vs. Jean Kambanda. Indictment of 16 October 1997. ICTR-97-23-DP. Para. 1-2, <http://www.icttr.org/ENGLISH/cases/Kambanda/indictment/index.pdf>

¹⁴ Скуратова А.Ю. К вопросу об иммунитете от уголовной юрисдикции должностных лиц в случае совершения международных преступлений // Московский журнал международного права. – 2009. – № 3. – С. 104–120. – С. 113.

¹⁵ UN. Doc. A/CN.4/661.

¹⁶ Лукашук И.И. Международное право: Общая часть: Учебник / Игорь Иванович Лукашук; Акад. правовой ун-т; Институт государства и права. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: БЕК, 2001. – 432 с. – С. 74.

UN. Doc. A/CN.4/596

Резюме

Попко В.В. Правовий імунітет та принцип недопустимості посилання на офіційне чи посадове становище особи при здійсненні транснаціонального злочину.

У статті висвітлюється один з основних принципів міжнародного кримінального права та кримінального правосуддя – недопустимість посилання на офіційне чи посадове становище особи при здійсненні міжнародного правопорушення, зокрема транснаціонального злочину. Цей принцип розглядається в контексті теоретичного обґрунтування поняття «правовий імунітет» та якою мірою дія міжнародного імунітету може чинити перепони, якщо взагалі чинить перепони, для притягнення винних у здійсненні міжнародного злочину до кримінальної відповідальності. Розглядається співвідношення принципу недопустимості посилання на офіційне чи посадове становище особи при здійсненні міжнародного правопорушення з принципом індивідуальної кримінальної відповідальності та практична реалізація принципу недопустимості посилання на офіційне чи посадове становище особи в міжнародному кримінальному праві. Особлива увага приділяється юридичному закріпленню зазначеного принципу у нормативно-правових актах міжнародного права: статутах воєнних трибуналів, документах Комісії міжнародного права, проекті Кодексу злочинів проти миру і безпеки людства, Римському статуті, а також у міжнародних конвенціях, зокрема Конвенції ООН проти транснаціональної організованої злочинності 2000 р.

Ключові слова: принцип міжнародного права, правовий імунітет, посадова особа, транснаціональний злочин, юрисдикція, кримінальне право, кримінальне правосуддя.

Резюме

Попко В.В. Правовой иммунитет и принцип недопустимости ссылки на официальное или должностное положение лица при совершении транснационального преступления.

В статье освещается один из основных принципов международного уголовного права и уголовного правосудия – недопустимость ссылки на официальное или должностное положение лица при совершении международного правонарушения, в частности транснационального преступления. Этот принцип рассматривается в контексте теоретического обоснования понятия «правовой иммунитет», а также в какой мере действие международного иммунитета может создавать преграды, если вообще их создает, для привлечения виновных в совершении международного преступления к уголовной ответственности. Рассматривается соотношение принципа недопустимости ссылки на официальное или должностное положение лица при совершении международного преступления с принципом индивидуальной уголовной ответственности, а также практическая реализация принципа недопустимости ссылки на официальное или должностное положение лица в международном уголовном праве. Особенное внимание уделяется юридическому закреплению указанного принципа в нормативно-правовых актах международного права: уставах военных трибуналов, документах Комиссии международного права, проекте Кодекса преступлений против мира и безопасности человечества, Римском уставе, а также в международных конвенциях, в частности Конвенции ООН против транснациональной организованной преступности 2000 г.

Ключевые слова: принцип международного права, правовой иммунитет, должностное лицо, транснациональное преступление, юрисдикция, уголовное право, уголовное правосудие.

Summary

Popko V. Legal immunities and the principle of prohibition of reference to the official status or capacity of a person in the commission of a transnational crime.

The article highlights one of the main principles of international criminal law and criminal justice – the prohibition of reference to the official status or capacity of a person in the commission of an international offence, in particular a transnational crime. This principle is considered in the context of the theoretical substantiation of the concept of legal immunity and to what extent, if at all, international immunities can impose obstacles in bringing the perpetrators of the international crime to criminal responsibility. The correlation between the principle of prohibition of reference to the official status or capacity of a person in the implementation of an international offence with the principle of individual criminal responsibility and the practical implementation of the principle of prohibition of reference to the official status or capacity of a person in international criminal law is considered. Particular attention is paid to the legal consolidation of this principle in the legal acts of international law: the statutes of the military tribunals, the documents of the International Law Commission, the draft Code of Crimes against Peace and Security, the Rome Statute, as well as in international conventions, in particular 2000 UN Convention against Transnational Organized Crime.

Key words: international law principle, legal immunities, official, transnational crime, jurisdiction, criminal law, criminal justice.

К.О. САВЧУК, І.М. ПРОЦЕНКО

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

Ірина Миколаївна Проценко, кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України

МІЖНАРОДНІ ДОГОВОРИ SOFA/SOMA: ОСОБЛИВОСТІ УКЛАДАННЯ ТА ЗМІСТУ

Питання розгортання міжнародної миротворчої операції в Донбасі як можливий варіант припинення збройного конфлікту і відновлення територіальної цілісності України обговорюється на рівні експертів та дипломатів вже не перший рік. Ще 2 березня 2015 р., незабаром після укладення другої Мінської угоди, Президент України П. Порошенко видав Указ «Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 18 лютого 2015 р. «Про звернення до Організації Об'єднаних Націй та Європейського Союзу стосовно розгортання на території України міжнародної операції з підтримання миру та безпеки»¹, а 17 березня 2015 р. Верховна Рада України ухвалила звернення до Ради Безпеки ООН та Ради Європейського Союзу з відповідним проханням². Однак тривалий час Україна та її союзники не вносили до Ради Безпеки ООН проект резолюції щодо направлення миротворців у Донбас, оскільки він передбачувано був би заблокований Російською Федерацією, яка наділена правом вето в Раді Безпеки ООН. Проте після того, як Російська Федерація 5 вересня 2017 р. внесла свій власний проект резолюції про створення Місії ООН зі сприяння охорони Спеціальної моніторингової місії (далі – СММ) ОБСЄ на Південному Сході України це питання перейшло в більш практичну площину. Зрозуміло, що російський проект резолюції, який передбачає розміщення місії на фактично існуючій лінії зіткнення після повного розведення сил і засобів сторін на період шести місяців з обмеженим мандатом, не відповідає національним інтересам України і не вирішує питання повноцінного відновлення миру в Донбасі та реінтеграції тимчасово окупованих територій. Проте показовим є сам факт згоди Російської Федерації на направлення в Донбас міжнародної миротворчої місії, що, безсумнівно, є свідченням ефективності санкцій, які були запроваджені проти Російської Федерацією США та Європейським Союзом. Надзвичайно складним і актуальним завданням української дипломатії є забезпечити розгортання такої міжнародної миротворчої місії, мандат якої охоплював би всю територію окремих районів Донецької і Луганської областей з ділянкою україно-російського кордону, який на сьогоднішній день не контролюється органами державної влади України включно. У разі проведення на території Донбасу миротворчої операції, організованої під егідою групи держав чи міжнародної організації з підтримання миру та безпеки (наприклад, ООН, ЄС, НАТО, ОБСЄ тощо), між Україною та цими суб'єктами обов'язково має бути укладений міжнародний договір про правовий статус та компетенцію даної операції. При цьому слід враховувати, що в ході проведення різноманітних миротворчих операцій була вироблена практика укладення спеціальних міжнародних договорів у цій сфері, а саме: Угод про статус сил (Status of Force Agreement, SOFA) або Угод про статус місії (Status of Mission Agreement, SOMA). Сьогодні такі Угоди укладаються, наприклад, між ООН та державами, на території яких розгортаються її місії. У якості прикладу можна навести Угоду між Організацією Об'єднаних Націй і Урядом Республіки Кот-д'Івуар щодо статусу Місії Організації Об'єднаних Націй в Кот-д'Івуарі від 18 вересня 2003 р.³ (далі – SOMA Кот-д'Івуар), Угоду між Ліберією та Організацією Об'єднаних Націй щодо статусу Місії Організації Об'єднаних Націй в Ліберії від 6 листопада 2003 р.⁴ (далі – SOMA Ліберія), Угоду між Урядом Лівії та Організацією Об'єднаних Націй про статус Місії Організації Об'єднаних Націй з підтримки Лівії від 10 січня 2012 р.⁵ (далі – SOMA Лівія), Угоду про статус сил між ООН та Урядом Республіки Південний Судан стосовно Місії ООН у Південному Судані від 8 серпня 2011 р.⁶ (далі – SOFA Південний Судан) тощо. У юридичній літературі слушно підкреслюється, «що стосується взаємовідносин з державою, на території якої розміщуються сили ООН, то статус таких сил визначається відповідною угодою, на доповнення до яких Генеральний секретар видає регламент...»⁷.

Специфіка SOFA та SOMA полягає передусім у предметі їх правового регулювання, яким охоплюється правовий статус, умови перебування, права та обов'язки, а також привілеї й імунітети відповідної миротворчої операції (місії) та її членів. Як охарактеризував даний вид міжнародних договорів А. Сарі: «Угоди про статус сил (SOFA) і Угоди про статус місій (SOMA) – це двосторонні або багатосторонні договори, які визначають правове становище збройних сил і цивільного персоналу, розгорнутого однією або декількома державами або міжнародною організацією на території іншої держави за згодою останньої. Зазвичай вони вирішу-

ють такі питання, як в'їзд і виїзд іноземного персоналу, носіння зброї, оподаткування, врегулювання претензій і способи здійснення цивільної та кримінальної юрисдикції щодо співробітників, які відвідують сили або місії»⁸. Дане визначення доволі повно характеризує специфіку SOFA та SOMA й воно підходить для оформлення правового статусу різних типів правомірної іноземної військової присутності на території певної держави (не тільки миротворчої операції, а й, наприклад, перебування підрозділів іноземних збройних сил для проведення спільних військових навчань, розміщення воєнних баз в рамках міждержавного воєнного співробітництва чи партнерства тощо). Однак, на наш погляд, якщо давати визначення SOFA та SOMA, що укладаються з метою проведення миротворчих операцій, то в ньому обов'язково слід відобразити мету діяльності миротворчої місії та її членський склад. Адже останній не обов'язково буде складатися виключно з військовослужбовців іноземних збройних сил, до нього може включатися поліцейський контингент, а також співробітники міжнародної організації, під егідою якої буде проводитися операція. Наприклад, місія, організована ООН, може включати до свого складу: главу місії (це, як правило, Спеціальний представник Генерального секретаря ООН), воєнний компонент (складатиметься з очолюваного командувачем силами воєнного і цивільного персоналу, наданого державами для участі в місії ООН), цивільний компонент (являтиме собою посадових осіб ООН та інших осіб, призначених Генеральним секретарем для допомоги Спеціальному представнику чи наданих державами для участі у відповідній місії ООН), а також поліцейський персонал, якщо такий передбачатиметься мандатом місії; співробітників служби безпеки ООН, співробітників польової служби (які відносяться до цивільного компоненту місії ООН), воєнної поліції, підрядників, персоналу, найнятого на місцях. Отже, SOFA та SOMA, що укладаються з метою проведення миротворчих операцій, варто визначити як двосторонні або багатосторонні міжнародні договори, які регулюють правовий статус, умови перебування, права та обов'язки, а також привілеї й імунітети розгорнутої в миротворчих цілях міжнародної операції (місії) та її членів, до складу яких можуть входити військовослужбовці іноземних збройних сил, співробітники іноземних правоохоронних органів, співробітники міжнародних організацій та інший цивільний персонал.

Обов'язковість укладення SOFA та SOMA є безсумнівною, оскільки відсутність такого договору може призвести до ряду проблем, в тому числі загрозливих для суверенітету держави, яка приймає міжнародну миротворчу місію, адже без нього, наприклад, може не бути налагоджено належну взаємодію між місією та органами виконавчої влади і місцевого самоврядування приймаючої держави тощо. Натомість у SOFA та SOMA, принаймні тих, що укладаються з ООН, ці питання, як правило, досить детально врегульовані. Наприклад, в SOMA Кот-д'Івуар щодо питання налагодження співробітництва між місією та органами влади відповідної держави передбачено, що з метою ефективного виконання місією (МООНК) своїх завдань вона повинна спиратися на тісну співпрацю з Урядом щодо своєї діяльності і діяльності своїх співробітників при виконанні ними своїх службових обов'язків, а також діяльності підрядників, послуги яких замовила місія. Крім того, МООНК отримує доступ до об'єктів аеропорту, наземних і морських установок в Кот-Д'Івуарі для транспортування своїх засобів матеріально технічного постачання і свого обладнання (п. 1).

Разом із тим слід враховувати, що при запровадженні місії, організованої під егідою ООН, міжнародні договори згаданого типу обов'язково укладаються вже в силу ст. 4 Конвенції про безпеку персоналу ООН та пов'язаного з нею персоналу від 1994 р.⁹ (далі – Конвенція 1994 р.), яка передбачає, що приймаюча держава і ООН якомога швидше укладають угоду про статус операції ООН і всього задіяного в операції персоналу, включаючи, зокрема, положення про привілеї та імунітети військового і поліцейського компонентів операції. Також прохання укласти SOFA чи SOMA може бути висловлено в Резолюції Ради Безпеки ООН, в якій формулюватиметься Мандат Місії ООН. Наприклад, у п. 4 Резолюції 1990 (2011), прийнятої Радою Безпеки на її 6567 засіданні 27 червня 2011 р.¹⁰ щодо Місії ООН в Судані було зазначено, що Рада Безпеки ООН просить Генерального секретаря ООН та уряд Судану, після консультацій з урядом Південного Судану чи його наступником, укласти угоду про статус сил відразу після прийняття цієї резолюції.

Основою для SOFA та SOMA, що укладаються з ООН, служить розроблена під егідою цієї міжнародної організації Типова угода про статус сил між Організацією Об'єднаних Націй і країнами, в яких проводяться операції¹¹ (далі – Типова угода ООН). Відразу слід зазначити, що даний документ не носить юридично обов'язкового характеру. Адже згідно з Резолюцією ГА ООН № 44/49 від 8 грудня 1989 р.¹² Генеральна Асамблея ООН закріпила свою думку щодо того, що між країнами, в яких проводяться які-небудь операції ООН з підтримання миру, та ООН повинні укладатися угоди про статус (п. 10), а також попросила Генерального секретаря ООН підготувати типову угоду, зберігаючи при цьому гнучкий підхід, необхідний для охоплення різних можливих операцій (п. 11), а отже, конкретний зміст такої угоди має визначатися, виходячи з умов проведення кожної окремої операції з підтримання миру та безпеки. Також у Доповіді Генерального секретаря ООН «Всебічний розгляд всього питання про операції з підтримання миру у всіх його аспектах. Типова угода про статус сил для проведення операцій з підтримання миру» від 9 жовтня 1990 р. № A/45/594 зазначається, що ця «типова угода покликана служити основою для розробки індивідуальних угод, які будуть укладатися між Організацією Об'єднаних Націй і країнами, на території яких проводяться операції з підтримання миру. Оскільки угода є типовою, в неї можуть вноситися зміни, які підлягають узгодженню сторонами в кожному конкретному випадку»¹³. Разом із тим, за необхідності оперативного розгортання Місії ООН, поширеним є застосування положень Типової угоди ООН доти, доки між ООН і відповідною державою не буде укладено конкретну SOFA чи SOMA. Наприклад, у Резолюції 2149 (2014), прийнятої Радою Безпеки на

її 7153 засіданні 10 квітня 2014 р.¹⁴, яка стосувалася Місії ООН в Центральноафриканській Республіці, було висловлено прохання Генеральному секретарю ООН і перехідній владі Центральноафриканської Республіки укласти угоду про статус сил і постановлено, що до укладення такої угоди мала тимчасово застосовуватися типова угода про статус сил від 9 жовтня 1990 р. (п. 38).

Отже, у разі проведення в Донбасі миротворчої операції ООН між Україною та цієї організацією обов'язково має бути укладено SOFA чи SOMA. Однак, на наш погляд, існує одна обставина, яка може стати перешкодою на шляху укладення такої Угоди. Вона полягає в тому, що в Законі України «Про порядок допуску та умови перебування підрозділів збройних сил інших держав на території України» 2000 р.¹⁵, який є єдиним нормативно-правовим актом України, що регулює питання правового статусу міжнародної операції з підтримання миру і безпеки, не дається визначення цієї операції, а тільки надається визначення поняття «підрозділ іноземних збройних сил». Однак, на наш погляд, ці поняття не є тотожними. Адже Закон 2000 р. розглядає підрозділ збройних сил іншої держави виключно як військове формування іноземної держави. В той час як міжнародна місія з підтримання миру і безпеки, на нашу думку, являє собою сформовану міжнародною організацією/групою держав окрему організаційну структуру, юридичну особу, яка має призначене міжнародною організацією/групою держав керівництво, що управлятиме всіма її структурними частинами і їх конфігурація залежатиме від мандату конкретної операції. Як зазначалося вище, до складу місії може входити військовий, поліцейський, цивільний компоненти, при чому останній може складатися із співробітників міжнародних організацій, які не є військовими. До того ж, мандат місії не обов'язково зводиться до проведення дій воєнного характеру і, можливо, включатиме спостереження, навчання тощо.

Невизначеність поняття «міжнародна місія з підтримання миру і безпеки» породжує питання про порядок укладення міжнародного договору щодо розгортання такої місії на території України, оскільки Закон України «Про міжнародні договори України» 2004 р.¹⁶ визначає, що від імені України Президентом України з обов'язковою подальшою ратифікацією Верховною Радою України укладаються міжнародні договори про допуск підрозділів збройних сил іноземних держав на територію України, умови їх тимчасового перебування, включаючи терміни виведення, фінансово-економічні, екологічні та інші наслідки і компенсації. Однак порядок укладення міжнародного договору щодо міжнародної місії з підтримання миру і безпеки (SOFA чи SOMA) законодавство України не регламентує. У зв'язку з цим вважаємо за доцільне або доповнити Закон України «Про міжнародні договори України» 2004 р. положеннями, що стосуються процедури укладення SOFA чи SOMA, або в Законі 2000 р. дати розширене визначення «підрозділу збройних сил іншої держави», розглядаючи його як військове чи поліцейське формування іноземної держави, що має постійну чи тимчасову організацію, належить до сухопутних (наземних), морських, повітряних або спеціальних військ (сил) цієї держави, чи її правоохоронних органів, оснащене легкою зброєю чи важкою бойовою технікою, перебуває під командуванням особи, відповідальної перед своєю державою та/або міжнародною міжурядовою організацією, під егідою якої проходить міжнародна операція з підтримання миру і безпеки та, згідно з міжнародними договорами України і законами України, перед компетентними органами центральної і місцевої влади України, яке направляється іншою державою та/або міжнародною організацією в Україну з конкретною метою, визначеною міжнародним договором України, в тому числі для відновлення чи підтримання миру й безпеки в державі.

У руслі зазначеного варто звернути увагу на ще один недолік Закону України «Про порядок допуску та умови перебування підрозділів збройних сил інших держав на території України» 2000 року. Він полягає в тому, що ст. 6 даного Закону певною мірою не відповідає загальним положенням права міжнародних договорів. Зокрема, дана стаття визначає підстави для денонсації міжнародних договорів України щодо тимчасового перебування в Україні підрозділів збройних сил інших держав і не передбачає підстав для припинення дії названих міжнародних договорів в інший спосіб. Окрім цього, в науці міжнародного права денонсація розглядається як «відмова держави від міжнародного договору, здійснена на умовах і в строки, передбачені договором»¹⁷. Однак ст. 6 Закону 2000 р. не відображає цієї специфіки; згідно з нею міжнародний договір має бути денонсований, якщо наявною є одна із перелічених у ньому підстав, незалежно від того, чи міжнародним договором передбачені умови та строки вчинення цього акту. І хоча міжнародні договори, як правило, включають до свого складу положення про денонсацію, SOFA та SOMA, принаймні ті, що укладені під егідою ООН, їх не мають, що, ймовірно, обґрунтовується особливою значущістю рішень Ради Безпеки ООН у сфері проведення миротворчих операцій. На наш погляд, у випадку, якщо в ході проведення миротворчої операції умови SOFA та SOMA суттєвим чином будуть порушуватися, Україна, зможе тільки їх анулювати. Адже, як зазначається в юридичній літературі, «в міжнародному праві вважається загально-визнаним, що міжнародний договір може анулюватися внаслідок суттєвого його порушення іншою стороною»¹⁸.

Отже, органам державної влади України, в тому випадку, якщо буде прийнято політичне рішення про розгортання міжнародної миротворчої операції в Донбасі, варто ініціювати внесення відповідних змін в чинне законодавство України, насамперед до Закону України «Про порядок допуску та умови перебування підрозділів збройних сил інших держав на території України» 2000 р., які стосуватимуться широкого спектру питань, пов'язаних із перебуванням місії в Україні, правовим статусом (в тому числі цивільно-правовим та податковим), привілеями та імунітетами як місії, так і її членів.

¹ Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 18 лютого 2015 року «Про звернення до Організації Об'єднаних Націй та Європейського Союзу стосовно розгортання на території України міжнародної операції з підтримання миру та безпеки: Указ Президента України від 02.03.2015 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/116/2015>

² Про схвалення звернень від імені України до Ради Безпеки Організації Об'єднаних Націй та Ради Європейського Союзу стосовно розгортання на території України міжнародної операції з підтримання миру і безпеки : постановою Верховної Ради України від 17.03.2015 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/253-19#n10>

³ Соглашение между Организацией Объединенных Наций и правительством Республики Кот-д'Ивуар относительно статуса Миссии Организации Объединенных Наций в Кот-д'Ивуаре. Абиджан, 18 сентября 2003 года // Юридический ежегодник Организации Объединенных Наций. 2003 год. – Нью-Йорк, 2009. – С. 32–37.

⁴ Соглашение между Либерией и Организацией Объединенных Наций относительно статуса Миссии Организации Объединенных Наций в Либерии. Монровия, 6 ноября 2003 года // Юридический ежегодник Организации Объединенных Наций. 2003 год. – Нью-Йорк, 2009. – С. 37–51.

⁵ Agreement between the Government of Libya and the United Nations concerning the status of the United Nations Support Mission in Libya. Tripoli, 10 January 2012. United Nations Juridical Yearbook 2012. United Nations. – New York, 2013. – P. 13–26.

⁶ The Status of Forces Agreement between the United Nations and the Government of the Republic of South Sudan concerning the United Nations Mission in South Sudan («SOFA»). Juba, 8 August 2011 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://unmiss.unmissions.org/sites/default/files/old_dnn/UNMISS%20SOFA-signed.pdf

⁷ Нгуен Куок Динь. Международное публичное право: в 2 т. / Нгуен Куок Динь, Патрик Дайе, Алэн Пеле; пер. с фр. – К.: Сфера, 2001. – Т. 2: Кн. 3.: Международные отношения. – С. 175.

⁸ Sari A. Status of Forces and Status of Mission Agreements under the ESDP: The EU's Evolving Practice // European Journal of International Law. Volume 19. Issue 1. 1 February 2008. – P. 67–100 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://doi.org/10.1093/ejil/chn003>

⁹ Конвенция о безопасности персонала ООН и связанного с ней персонала, принята Резолюцией 49/59 Генеральной Ассамблеи ООН от 9 декабря 1994 г. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/un_personnel_safety.shtml Вона має 94 держави-учасниці, серед яких – Україна.

¹⁰ Резолюция 1990 (2011), принятая Советом Безопасности на его 6567-м заседании 27 июня 2011 года : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [https://undocs.org/ru/S/RES/1990\(2011\)](https://undocs.org/ru/S/RES/1990(2011))

¹¹ Всестороннее рассмотрение всего вопроса об операциях по поддержанию мира во всех их аспектах. Типовое соглашение о статусе сил для проведения операций по поддержанию мира: доклад Генерального Секретаря ООН от 9.10.1990 г. № A/45/594 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://undocs.org/ru/A/45/594>

¹² Всестороннее рассмотрение всего вопроса об операциях по поддержанию мира во всех их аспектах: резолюция Генеральной Ассамблеи ООН от 8 декабря 1989 г. № 44/49 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://undocs.org/ru/A/RES/44/49>

¹³ Всестороннее рассмотрение всего вопроса об операциях по поддержанию мира во всех их аспектах. Типовое соглашение о статусе сил для проведения операций по поддержанию мира: доклад Генерального Секретаря ООН от 9.10.1990 г. № A/45/594 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://undocs.org/ru/A/45/594>

¹⁴ Резолюция 2149 (2014), принятая Советом Безопасности на его 7153-м заседании 10 апреля 2014 года: [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [https://undocs.org/ru/S/RES/2149\(2014\)](https://undocs.org/ru/S/RES/2149(2014))

¹⁵ Про порядок допуску та умови перебування підрозділів збройних сил інших держав на території України: Закон України від 22 лютого 2000 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1479-14>

¹⁶ Про міжнародні договори України: Закон України від 29 червня 2004 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1906-15>

¹⁷ Мельник С.О. Денонація міжнародного договору / С.О. Мельник // Енциклопедія міжнародного права: у 3 т. / редкол.: Ю.С. Шемшученко, В.Н. Денисов (співголови) та ін.; Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України. – К.: Академперіодика, 2014. – Т. 1: А-Д. – С. 730.

¹⁸ Талалаев А.Н. Право международных договоров (договоры с участием международных организаций) / А.Н. Талалаев. – М., 1989. – С. 237.

Резюме

Савчук К.О., Проценко І.М. Міжнародні договори SOFA/SOMA: особливості укладення та змісту.

У статті розглянуто окремі особливості міжнародних договорів, які укладаються у випадку проведення миротворчих операцій між державою та міжнародною організацією чи групою держав, під егідою яких дані операції організовуватимуться. Йдеться про Угоду про статус сил чи Угоду про статус місії, які регулюють умови перебування та правовий статус миротворчих сил на території певної держави.

Ключові слова: Угода про статус сил, Угода про статус місії, миротворча операція в Донбасі, Організація Об'єднаних Націй.

Резюме

Савчук К.А., Проценко И.Н. Международные договоры SOFA/SOMA: особенности заключения и содержания.

В статье рассмотрены отдельные особенности международных договоров, которые заключаются в случае проведения миротворческих операций между государством и международной организацией или группой государств, под эгидой которых данные операции организуются. Речь идет о Соглашении о статусе сил или о Соглашении о статусе миссии, которые регулируют условия пребывания и правовой статус миротворческих сил на территории определенного государства.

Ключевые слова: Соглашение о статусе сил, Соглашение о статусе миссии, миротворческая операция в Донбассе, Организация Объединенных Наций.

Summary

Savchuk K., Protsenko I. International agreements SOFA / SOMA: particularities of conclusion and content.

The article discusses the specific features of international treaties that are concluded in the case of peacekeeping operations between a state and an international organization or group of states under whose auspices these operations are organized. We are talking about the Status of Forces Agreement or Status of Mission Agreement, which regulate the conditions of stay and the legal status of peacekeeping forces in the territory of a certain state.

Key words: Status of Forces Agreement, Status of Mission Agreement, peacekeeping operation in Donbass, United Nations.

УДК 341.1/8

К.В. ГЛУЩЕНКО

Катерина Вікторівна Глущенко, аспірант Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України

СТАНОВЛЕННЯ МІЖНАРОДНО-ПРАВОВОГО СПІВРОБІТНИЦТВА ДЕРЖАВ У СФЕРІ ВИЩОЇ ОСВІТИ В РАМКАХ ЮНЕСКО

Міжнародне співробітництво в сфері вищої освіти є одним із важливих факторів розвитку людства та спрямоване на інтеграцію освітніх послуг у світовий, європейський і регіональний простір, на підвищення конкурентоспроможності не тільки закладів вищої освіти, а й у цілому національних систем вищої освіти.

Особливість міжнародного співробітництва у сфері вищої освіти полягає в тому, що його метою є не тільки отримання переваг тією чи іншою державою, а й сприяння вирішенню глобальних проблем, допомога країнам, що розвиваються, і вирівнювання освітніх умов у всіх країнах¹.

Сьогодні у зв'язку з глобалізацією та інтернаціоналізацією освітнього процесу державами особлива увага приділяється ролі вищої освіти, адже зростання інтелектуального потенціалу держав сприяє економічному та науково-технічному прогресу. Тому основним завданням міжнародного співтовариства є інвестиції у вищу освіту, сприяння дослідженням та інноваціям, а також активна співпраця держав у цій сфері.

У різні періоди дана тематика досліджувалась вітчизняними та зарубіжними вченими, такими як І.В. Дем'яненко, В.В. Астахов, О.І. Мельничук, Л.О. Тимченко, С.І. Сидоренко, Р.М. Валєєв, В.М. Сирих, В.І. Шкатулла, Є.В. Мартиненко, А.В. Кондратюк, М. Трой, К.Д. Байтер, Ф.Г. Альтбах та ін.

Метою даного дослідження є виявлення закономірностей та основних етапів розвитку міжнародно-правового співробітництва держав у сфері вищої освіти в рамках Організації Об'єднаних Націй з питань освіти, науки і культури (далі – ЮНЕСКО).

На сьогоднішній день міжнародне співробітництво в сфері вищої освіти змінює свої форми і види діяльності. Воно формується в трьох основних напрямках: досягнення рівня вищої освіти, який відповідає потребам сучасного суспільства; вдосконалення національних освітніх систем; підготовка кваліфікованих кадрів для інноваційного розвитку.

Ці завдання розв'язуються на трьох рівнях міжнародної системної взаємодії: універсальному, за рахунок діяльності ЮНЕСКО, як спеціалізованої установи ООН; регіональному, завдяки прийняттю конвенцій про визнання документів про освіту та локальному, що формується освітніми зв'язками університетів у різних країнах світу.

ЮНЕСКО створена зусиллями держав-засновниць ООН одразу після Другої світової війни. Це міжнародна міждержавна організація, діяльність якої спрямована на утвердження миру і безпеки шляхом розширення співробітництва народів у сфері освіти, науки і культури в інтересах забезпечення загальної поваги справедливості, законності і прав людини, а також основних свобод, проголошених в Статуті ООН².

«Думки про війну виникають в умах людей, тому в свідомості людей потрібно вкорінювати ідею захисту миру», – такими словами починається в Статуті ЮНЕСКО викладення принципів, якими керувались держави, що її заснували. «Мир, заснований тільки на економічних і політичних угодах урядів, не може завоювати єдиної, міцної і широкій підтримки народів; він повинен базуватися на інтелектуальній і моральній солідарності людства»³, – підкреслено там.

З моменту створення у 1946 р. ЮНЕСКО завжди у багатьох своїх документах відводила важливу роль освіти у розвитку держав, а в останні десятиліття наголошувала на впливові вищої освіти на стійкий розвиток і культуру миру. Станом на 1 січня 2018 р. ЮНЕСКО налічує є 195 держав-членів, 11 асоційованих членів та 11 тисяч асоційованих шкіл ЮНЕСКО⁴.

Діяльність ЮНЕСКО спрямована на виробленні підходів, які можуть полегшити вирішення проблем вищої освіти та допомогти державам визначати шляхи майбутнього розвитку, зокрема і шляхом прийняття під її егідою міжнародних конвенцій, що присвячені правовому регулюванню співробітництва держав в сфері вищої освіти.

Важливим етапом у розвитку співробітництва держав в сфері вищої освіти стало прийняття у 1960 р. Конвенції про боротьбу з дискримінацією в галузі освіти, в якій зазначалося, що вища освіта має бути доступною для всіх на основі повної рівності залежно від здібностей кожного⁵. Таким чином, Організація мала на меті сприяти застосуванню ст. 2 Загальної декларації прав людини 1948 р., яка забороняє будь-яку дискримінацію і одночасно втілити в життя право на освіту (відповідно до ст. 26 Декларації).

У 1962 р. був прийнятий додатковий Протокол про створення комісії примирення і добрих послуг для вирішення суперечок між державами-учасниками Конвенції, який набрав чинності в 1968 році. Станом на вересень 2018 р., учасниками Конвенції є 105 держав⁶.

Для держав, які ратифікували Конвенцію, це мало означати скасування будь-якого законодавчого акта або положення дискримінаційного характеру. Тобто, просто приєднатися або ратифікувати Конвенцію недостатньо, її потрібно також і застосовувати, адже однією з важливих функцій ЮНЕСКО є міжнародний контроль за дотриманням положень конвенцій державами – учасницями. З цією метою пізніше була запроваджена процедура консультацій з державами-членами щодо застосування Конвенції та аналізу доповідей від держав-учасниць про стан виконання Конвенції.

Велику роль у розвитку співробітництва держав у сфері вищої освіти відіграло підписання в 1998 р. Всесвітньої декларації з вищої освіти для 21 століття: підходи та практичні заходи. У цій Декларації були сформульовані нові орієнтири розвитку вищої освіти, зокрема, забезпечення рівноправного доступу до вищої освіти; гармонізація відносин з ринком праці, забезпечення координованої форми співробітництва систем, інститутів та навчальних програм з метою уніфікації стандартів підготовки фахівців у різних країнах світу; налагодження ефективного міжнародного співробітництва у сфері вищої освіти⁷.

Щодо розвитку інституційного механізму співробітництва в рамках ЮНЕСКО, то на сьогоднішній день у структурі ЮНЕСКО діють міжнародні інститути, діяльність яких спрямована на надання спеціалізованої допомоги в сфері вищої освіти. Сюди входять: Міжнародний інститут планування освіти (Париж, Франція), Міжнародне бюро просвіти (Женева, Швейцарія), Міжнародний інститут ЮНЕСКО з розвитку потенціалу Африки (Аддіс-Абеба, Ефіопія), Міжнародний інститут ЮНЕСКО з вищої освіти в Латинській Америці та Карибському басейні (Каракас, Венесуела), Міжнародний центр ЮНЕСКО з питань професійної освіти (Бонн, Німеччина), а також Європейський Центр ЮНЕСКО з вищої освіти з штаб-квартирою в Бухаресті (Румунія), який займається питаннями вищої освіти на території Центральної та Східної Європи; Центр вищої освіти ЮНЕСКО в Південно-Східній Азії (штаб-квартира Бангкок, Таїланд)⁸.

Крім того, свої зусилля ЮНЕСКО спрямовує і на співробітництво між університетами, підвищенню академічної мобільності та розвитку наукових досліджень. Задля реалізації цих завдань у 1992 р. ЮНЕСКО була запроваджена програма УНІТВІН (UNITWIN)⁹. За допомогою цієї всесвітньої мережі кафедр ЮНЕСКО здійснюється всебічна підтримка міжнародного співробітництва в сфері вищої освіти на рівні університетів. Програма приділяє особливу увагу розробці стратегій і механізмів, необхідних для швидкої та ефективної передачі знань, а також їх застосування в сучасних умовах.

Особливим внеском у розвиток міжнародного співробітництва в сфері вищої освіти і одночасно одним із найважливіших напрямів його розвитку стало підписання під егідою ЮНЕСКО ряду регіональних конвенцій, які стосувалися визнання навчальних курсів і дипломів про вищу освіту. Взаємне визнання освітніх кваліфікацій традиційно вважається самостійним напрямом міжнародного освітнього співробітництва і освітньої інтеграції з власною нормативною базою, ядром якої виступають спеціальні міжнародні договори щодо взаємного визнання.

Взаємне визнання навчальних курсів і дипломів є найбільш ефективним засобом для підвищення академічної мобільності осіб з вищою освітою та активізації міжнародного співробітництва є сприяння. У 1947 р. на другій сесії Генеральної конференції ЮНЕСКО була погоджена резолюція на підтримку програми «Взаємодія з університетами», в якій одним із завдань було вирішення проблеми еквівалентності наукових ступенів. Пізніше, у 1963 р., Виконавчий комітет запропонував Генеральному директору вивчити технічні і правові аспекти розробки нормативних документів про визнання дипломів і наукових ступенів. Однак було зрозуміло, що розробити універсальний нормативний документ не вдасться, тому було прийнято рішення здійснити перший етап визнання кваліфікацій на регіональному рівні.

У результаті в період з 1974 р. по 1983 р. нормативна діяльність ЮНЕСКО в сфері вищої освіти привела до прийняття шести регіональних конвенцій, основним завданням яких є надання можливостей оцінити отриману освіту і знання, а також сприяти взаємному визнанню дипломів про вищу освіту. За деяким винятком, всі держави, які є учасниками кожної з конвенцій, заявили: «Сповнені рішучості організувати і посилити своє співробітництво в сфері визнання навчальних курсів і дипломів про вищу освіту шляхом підписання конвенції, яка стане відправним моментом енергійної узгодженої діяльності, яка буде здійснюватися за допомогою національних, двосторонніх, субрегіональних і регіональних механізмів, що вже існують або будуть створені з цією метою»¹⁰.

Регіональні конвенції поділяють на дві групи:

1. Конвенції першого покоління (1974–1983 рр.);
2. Конвенції другого покоління (1990 р. – по теперішній час).

Конвенції другого покоління покликані удосконалити вже діючі правові механізми взаємного визнання дипломів та замінити собою конвенції першого покоління.

Систему цих конвенцій можна представити у вигляді наступної таблиці:

Затверджено	Регіон	Офіційна назва
Мехіко, 19 липня 1974 р.	Латинська Америка і Карибський басейн	Регіональна конвенція про визнання навчальних курсів, дипломів про вищу освіту і наукових ступенів у Латинській Америці і Карибському басейні
Ніца, 17 грудня 1976 р.	Середземноморський басейн	Конвенція про визнання навчальних курсів, дипломів про вищу освіту і наукових ступенів в арабських і європейських державах, що межують із Середземномор'ям
Париж, 22 грудня 1978 р.	Арабські держави	Конвенція про визнання навчальних курсів, дипломів про вищу освіту і наукових ступенів в арабських державах
Париж, 22 грудня 1979 р.	Європа	Конвенція про визнання навчальних курсів, дипломів про вищу освіту і наукових ступенів в державах Європейського регіону
Аруша, 5 грудня 1981 р.	Африка	Регіональна конвенція про визнання навчальних курсів, сертифікатів, дипломів, ступенів та інших академічних кваліфікацій у сфері вищої освіти в африканських державах
Бангкок, 1983 р.	Азія і Тихий Океан	Регіональна конвенція про визнання навчальних курсів, дипломів про вищу освіту й наукові ступені в державах Азії й Тихого океану, прийнята ЮНЕСКО
Лісабон, 11 квітня 1997 р.	Європа	Конвенція про визнання кваліфікацій з вищої освіти в європейському регіоні
Токіо, 26 листопада 2011 р.	Азія і Тихий Океан	Конвенція Азіатсько-Тихоокеанського регіону про визнання кваліфікацій вищої освіти
Аддіс-Абеба, 12 грудня 2014 р.	Африка	Переглянута Конвенція про визнання навчальних курсів, сертифікатів, дипломів, ступенів та інших академічних кваліфікацій у сфері вищої освіти в африканських державах

Особливістю всіх цих регіональних конвенцій про визнання є те, що вони сприяють «збереженню і зміцненню культурної самобутності і різноманіття своїх народів, одночасно зберігаючи повагу до специфічного характеру їх систем освіти»¹¹.

Аналізуючи співробітництво в сфері вищої освіти країн Латинської Америки та Карибського басейну варто зазначити, що воно почало розвиватись із 1974 р. після прийняття Регіональної конвенції про визнання навчальних курсів, дипломів про вищу освіту і наукових ступенів у Латинській Америці і Карибському басейні. Конвенція сприяла розвитку співробітництва в сфері вищої освіти, зокрема, шляхом визнання кваліфікацій вищої освіти в регіоні. Учасниками цієї конвенції стало 19 держав. У 2015 р. за ініціативою держав – учасниць було прийнято рішення щодо створення робочої групи для перегляду та оновлення Конвенції до 2018 р. та визначення стратегій для її реалізації координації з основними заінтересованими сторонами в сфері вищої освіти.

Не менш активною є співпраця в сфері вищої освіти і арабських країн. У 1978 р. була прийнята Конвенція про визнання навчальних курсів, дипломів про вищу освіту і наукових ступенів в арабських державах. Учасниками цієї конвенції стали 14 держав: Алжир, Бахрейн, Єгипет, Ірак, Йорданія, Кувейт, Лівія, Марокко, Оман, Катар, Саудівська Аравія, Судан, Туніс, ОАЕ. Ще чотири країни отримали статус спостерігача: Ліван, Сирія, Йемен, Палестина¹². На сьогоднішній день черговим етапом співробітництва в сфері вищої освіти арабських країн та реакцією на світові процеси стало обговорення можливості формування Загального простору вищої освіти арабських країн задля розвитку процесів глобалізації та підвищення якості національних систем вищої освіти.

Для розвитку співробітництва в рамках Азіатсько-Тихоокеанського регіону найважливішу роль у забезпеченні освітньої інтеграції відіграла Регіональна конвенція про визнання навчальних курсів, дипломів про вищу освіту й наукові ступені в державах Азії й Тихого океану, прийнята ЮНЕСКО в Бангкоку 1983 р. і ратифікована близько 20 країнами¹³. Пізніше, в 2005 р., розпочався процес перегляду даної Конвенції, адже потрібно було зважати на зміни, що відбулися в системах вищої освіти. У результаті такої співпраці в 2011 р. в Токіо була прийнята нова Конвенція Азіатсько-Тихоокеанського регіону про визнання кваліфікацій вищої освіти (регіональна конвенція другого покоління)¹⁴.

Важливим переходом до розвитку конвенцій нового покоління стало прийняття в 1997 р. під егідою Ради Європи та ЮНЕСКО Конвенції про визнання кваліфікацій з вищої освіти в європейському регіоні¹⁵. У Конвенції визначені основні положення щодо визнання кваліфікацій з вищої освіти в європейському регіо-

ні, основні принципи оцінки кваліфікацій та більш широкі можливості для академічної мобільності студентів. У подальшому ця Конвенція відіграла важливу роль у Болонському процесі. Станом на 1 вересня 2018 р. у Конвенції беруть участь 54 держави-учасниці¹⁶.

Внаслідок розвитку співробітництва між ЮНЕСКО, Африканським Союзом і державами-членами в 1981 р. була прийнята регіональна конвенція про визнання навчальних курсів, сертифікатів, дипломів, ступенів та інших академічних кваліфікацій в сфері вищої освіти в африканських державах. Однак у 2014 р. в Аддіс-Абебі була прийнята переглянута Конвенція про визнання навчальних курсів, сертифікатів, дипломів, ступенів та інших академічних кваліфікацій у сфері вищої освіти в африканських державах. Африканським Союзом було зазначено, що Аддіс-Абебська конвенція стане важливим інструментом оптимізації використання людських ресурсів в Африці і зміцнення положення Африки в глобальній економіці. Станом на 1 березня 2015 р. дану конвенцію підписали 17 держав¹⁷.

Потрібно зауважити, що поняття «регіон» у назві регіональних конвенцій ЮНЕСКО інтерпретується розширено і може виходити далеко за рамки відповідної географічної області. Наприклад, країни Північної Америки – США і Канада – зараховані до країн європейського регіону ЮНЕСКО і в цій якості підписали Лісабонську конвенцію 1997 р., хоча і не ратифікували її. Крім того, регіони ЮНЕСКО можуть пересікатися один з одним. Наприклад, Австралія є державною учасником і європейської і азійсько-тихоокеанської конвенції). Разом із тим Нова Зеландія приєдналась тільки до європейської конвенції, а Туреччина паралельно бере участь в регіональних конвенціях ЮНЕСКО одразу трьох регіонів – Європи, Азії і Тихого Океану, Середземноморського басейну та ін.¹⁸.

Підсумовуючи, зазначимо, що регіональні конвенції ЮНЕСКО являють собою базовий рівень зобов'язань держав щодо взаємного визнання освітніх кваліфікацій. Отже, інші регіональні і, особливо, двосторонні договори встановлюють більш високий рівень відповідних зобов'язань аж до автоматичного визнання освітніх кваліфікацій держав-учасників. Крім того, регіональні конвенції ЮНЕСКО прямо передбачають можливість приєднання до них держав з інших регіонів, зазвичай з погодженням 2/3 держав-членів відповідної конвенції. Таким чином, практично кожна регіональна конвенція ЮНЕСКО потенційно є глобальною.

Наразі перед ЮНЕСКО стоїть важливе завдання в прийнятті універсальної конвенції про визнання кваліфікацій вищої освіти. З листопада 2017 р. тривають консультації між державами-учасниками щодо проекту Глобальної конвенції про визнання кваліфікацій вищої освіти. Очікується, що проект Конвенції буде представлений на 40-й сесії Генеральної конференції ЮНЕСКО для прийняття державами-членами в листопаді 2019 року. Конвенція має стати основою для розширення і зміцнення міжнародного співробітництва в сфері вищої освіти та закріплює такі основні принципи визнання кваліфікацій вищої освіти: кожна людина має право на оцінку своїх кваліфікацій з метою продовження навчання або пошуку можливостей працевлаштування в іншій країні; визнання компетенцій здійснюється транспарентним, справедливим і недискримінаційним шляхом на всіх рівнях; рішення про визнання підкреслюють важливість справедливого доступу до якісної освіти і можливостей працевлаштування та з відповідним врахуванням різноманіття систем вищої освіти у всьому світі¹⁹.

Глобальна конвенція має бути перспективною, враховувати існуючі світові тенденції у вищій освіті та націленою на розв'язання завдань у контексті нової динаміки вищої освіти.

Сьогодні взаємодія держав і ЮНЕСКО в сфері вищої освіти стає більш динамічною, з'являються нові форми і напрями такого співробітництва, які сконцентровані на нормотворчій діяльності, а також розробці відповідної політики та стратегії, спрямовані на вирішення питань, що виникають під впливом глобалізації в сфері вищої освіти.

¹ Демяненко І.В. Международное право и образование: дисс. ... канд. юрид. наук / И.В. Демяненко. – К., 1992. – 202 с.

² Статут ООН від 24 жовтня 1945 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_010

³ Статут ЮНЕСКО від 16 листопада 1945 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_014

⁴ Коротко о ЮНЕСКО : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://ru.unesco.org/about-us/introducing-unesco>

⁵ Convention against Discrimination in Education. Paris, 14 December 1960 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.unesco.org/eri/la/convention.asp?KO=12949&language>

⁶ Там само.

⁷ Всемирная декларация о высшем образовании для XXI века: подходы и практические меры : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.conventions.ru/view_base.php?id=1496

⁸ Altbach Ph.G. Higher Education An Emerging Field of Research and Policy // International Organizations and Higher Education Policy. Thinking Globally, Acting Locally? / Ed. by Roberta Malee Basset and Alma Maldonado-Maldonado. – New York, 2009. – P. 14.

⁹ Wendy W.Y. Chan International Cooperation in Higher Education: Theory and Practice : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://www.researchgate.net/publication/248808693_International_Cooperation_in_Higher_Education_Theory_and_Practice

¹⁰ ЮНЕСКО и образование в мире // ЮНЕСКО. – Париж: Дамьян, 1985. – С. 26.

¹¹ Высшее образование в глобализованном обществе. Установочный документ ЮНЕСКО по образованию. – Париж 2004 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.criia.vsu.ru/docs/unesco_ustdoc.pdf

¹² Лукичев Г.А. Развитие высшего образования в арабских странах / Г.А. Лукичев // Вестник высшей школы : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.russianenic.ru/publications/DOC/eduarab.pdf>

¹³ On the recognition of studies, diplomas and degrees in higher education in Asia and the Pacific: sixth session of the Regional Committee, Bangkok, Thailand, 10 November 2000: final report. Bangkok: UNESCO PROAP, 2001. – 92 p.

¹⁴ Предварительный доклад о подготовке глобальной конвенции о признании квалификаций высшего образования. – Париж 2015 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000234743_rus?posInSet=25&queryId=8651152c

¹⁵ The Convention on the Recognition of Qualifications concerning Higher Education in the European, Lisbon, 8–11 April 1997 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://www.coe.int/t/dg4/highereducation/recognition/lrc_EN.asp

¹⁶ Там само.

¹⁷ Предварительный доклад о подготовке глобальной конвенции о признании квалификаций высшего образования. – Париж, 2015 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000234743_rus?posInSet=25&queryId

¹⁸ *Кашкин С.Ю.* Международная образовательная интеграция: содержание и правовое регулирование: монография / С.Ю. Кашкин, А.О. Четвериков. – М.: ООО «Проспект», 2017. – С. 224.

¹⁹ Глобальная конвенция ЮНЕСКО о признании квалификаций высшего образования: предварительный проект текста: 7 июля 2017 г. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.vnz.univ.kiev.ua/ua/news-1-34-107-proekt-globalnoi-konvenicii-yunesko-pro-viznannya-kvalifikaciy-vischoi-osviti>

Резюме

Глуценко К.В. Становлення міжнародно-правового співробітництва держав у сфері вищої освіти в рамках ЮНЕСКО.

У статті аналізується історія становлення та розвитку співробітництва держав у сфері вищої освіти в рамках ЮНЕСКО. Зосереджено увагу на документах ЮНЕСКО в сфері вищої освіти та обґрунтовано їх вплив на розвиток міжнародного співробітництва й удосконалення національних освітніх систем.

Ключові слова: міжнародне співробітництво, вища освіта, ЮНЕСКО, інтеграція.

Резюме

Глуценко К. В. Становление международно-правового сотрудничества государств в сфере высшего образования в рамках ЮНЕСКО.

В статье анализируется история становления и развития сотрудничества государств в сфере высшего образования в рамках ЮНЕСКО. Сосредоточено внимание на документах ЮНЕСКО в сфере высшего образования и обосновано их влияние на развитие международного сотрудничества и усовершенствование национальных образовательных систем.

Ключевые слова: международное сотрудничество, высшее образование, ЮНЕСКО, интеграция.

Summary

Glushchenko K. The establishment of the international legal cooperation of the states in higher education within UNESCO.

The article analyzes the history of the establishment and development of the cooperation between states in the field of higher education within the framework of UNESCO. The attention is focused on UNESCO documents in higher education and their impact on the development of the international cooperation and the improvement of the national educational systems.

Key words: international cooperation, higher education, UNESCO, integration.

УДК 347.918.2

М.С. ДЕВ'ЯТКІНА

Марія Сергіївна Дев'яткіна, аспірант Інституту міжнародних відносин Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ЗАБЕЗПЕЧУВАЛЬНІ ЗАХОДИ ТА ПРИШВИДШЕНА ПРОЦЕДУРА РОЗГЛЯДУ СПОРУ В НОВІЙ РЕДАКЦІЇ РЕГЛАМЕНТУ МКАС ПРИ ТПП УКРАЇНИ: АНАЛІЗ ТА ПРОПОЗИЦІЇ З УДОСКОНАЛЕННЯ

Одним із найгостріших питань у міжнародному арбітражному процесі є питання забезпечувальних заходів, оскільки у законодавствах різних держав і в регламентах арбітражних установ відображені різні підходи до регулювання цього питання. Слід підкреслити, що регулювання забезпечувальних заходів повинно бути досконально продуманим, адже цей інструмент може потягнути за собою невиправдані збитки однієї із сторін спору. Як альтернатива вжиттю забезпечувальних заходів деякі арбітражні установи розробили пришвидшену процедуру розгляду спору. Оскільки з 01 січня 2018 р. у силу вступає нова редакція Регламенту Міжнародного комерційного арбітражного суду при Торгово-промисловій палаті України (далі – МКАС при

ТПП України), слід розглянути і проаналізувати ті нововведення, які пропонуються у частині регулювання забезпечувальних заходів і пришвидшеної процедури розгляду спору.

Питанням регулювання забезпечувальних заходів і пришвидшеної процедури розгляду спору в національній і зарубіжній науковій літературі присвячена досить велика кількість робіт, зокрема наукових статей, але оскільки нова редакція Регламенту МКАС при ТПП України була оприлюднена лише у вересні 2017 р., на сьогодні можна зустріти лише кілька публікацій, серед яких статті О. Костишиної¹ та Є. Макаренка².

Метою даної статті є дослідження нововведень у питанні регулювання забезпечувальних заходів і пришвидшеної процедури розгляду спору, які пропонуються у Регламенті МКАС при ТПП України 2018 р. у порівняльно-правовому плані, а також пропозицій з вдосконалення цих положень, заснованих на практиці найвідоміших арбітражних установ.

Найбільш цікавим нововведенням у Регламенті МКАС при ТПП України в редакції 2018 р., на думку автора, є розділ V «Забезпечувальні заходи». У попередній версії Регламенту³ питанню врегулювання забезпечувальних заходів була присвячена всього одна стаття. У версії 2018 р. забезпечувальним заходам присвячений цілий розділ. Позитивним є те, що у Регламенті закріпили чіткі вимоги до вмісту клопотання про забезпечувальні заходи. Визначено, що постанова про встановлення розміру та форми забезпечення вимоги є обов'язковою для сторін, виконується негайно і діє до винесення остаточного арбітражного рішення. Крім того, передбачається можливість зміни або скасування такої постанови. Іншій стороні надається право висунути зустрічні вимоги щодо забезпечення. Регламентом визначається також і те, на кого покладаються збитки від застосування забезпечувальних заходів і право сторін звернутися до компетентного державного суду.

Разом із тим є й недоліки, наприклад, залишено повноваження Голови МКАС виносити постанови про забезпечувальні заходи в якості одноособового арбітра⁴. Існує думка, що це положення Регламенту є прогресивним, оскільки відповідає потреба у введенні й регулюванні інституту надзвичайного арбітра⁵. Припустимо, що завдяки новому Регламенту МКАС при ТПП України збільшиться кількість справ, що знаходяться на розгляді і у 10 справ одночасно Голові МКАС потрібно буде винести ухвали про забезпечувальні заходи. Голова МКАС фізично не встигне якісно ознайомитися з кожною із цих справ і винести ухвалу про забезпечувальні заходи у строк. Тому, з точки зору сучасної арбітражної практики, буде більш доцільно передати ці повноваження одноособовому надзвичайному арбітру. Причому зробити призначення надзвичайного арбітра не через компетентний орган арбітражу, а через електронну систему. Таким чином буде повністю усунуто людський фактор стосовно призначення арбітра. Це дасть наступні переваги: пришвидшення часу обрання арбітра та відсутність відповідальності певної особи чи органу за вибір арбітра. Призначення надзвичайного арбітра для розгляду питання забезпечувальних заходів у міжнародному комерційному арбітражі вже давно стало загальноновизнаним підходом. Так, положення про надзвичайного арбітра почало зустрічатися в арбітражних регламентах з 2006 року. Ці положення змінюються і доповнюються відповідно до потреб арбітражної практики. Положення, які втілені у тексті Регламенту МКАС при ТПП України, стосовно повноважень Голови МКАС виносити ухвали про забезпечувальні заходи – це анахронізм. Цей анахронізм бере свій початок із копіювання Регламенту Торгово-Промислової палати Російської Федерації від 8 грудня 1994 року⁶. Перший Регламент МКАС при ТПП України було розроблено 25 серпня 1994 р., і виглядала ця версія як повна копія Регламенту Торгово-промислової палати РФ. Цікаво, що у новій редакції Регламенту (від 27.01.2017 р.)⁷ в Російській Федерації прибрали положення, що Голова МКАС може виносити ухвали про забезпечувальні заходи, при цьому не пропонуються альтернативні механізми винесення забезпечувальних заходів до утворення складу арбітражу. Більше того, положення МКАС при ТПП України про те, що Голова МКАС може виносити ухвали про забезпечувальні заходи суперечить ст. 17 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж»⁸, де визначено, що забезпечувальні заходи можуть виноситися лише складом Арбітражного суду. Навіть якщо у новій редакції МКАС при ТПП України закріплено, що незалежно від кількості арбітрів арбітр або арбітри іменуються складом Арбітражного суду, Голову МКАС не можна розглядати як одноособового арбітра. На противагу цьому, надзвичайного арбітра можна буде розглядати в якості одноособового арбітра, оскільки дотримується принцип виборності арбітра і є можливість у сторін відведення арбітра.

Дуже важливим є те, що у Регламенті МКАС при ТПП України в редакції 2018 р. міститься стаття про зустрічне забезпечення, де, серед іншого, закріплено, що невиконання особою, яка заявила клопотання про забезпечувальні заходи, постанови про зустрічне забезпечення у строк, зазначений у постанові, може бути підставою для відмови у забезпеченні позову або скасування вже прийнятої постанови про вжиття забезпечувальних заходів. Зустрічне забезпечення є додатковим фільтром для арбітрів у визначенні необхідності введення забезпечувальних заходів. Справа в тому, що через введення забезпечувальних заходів одна сторона може заблокувати іншій стороні ведення бізнесу

У цьому зв'язку було введено в нову редакцію Регламенту статтю, яка стосується збитків та витрат, які пов'язані із забезпечувальні заходами. Заходи забезпечення позову дійсно можуть нанести великі збитки стороні, аж доведення до банкрутства. Наприклад, якщо Арбітражний суд запросить сторону внести на депозитний рахунок Торгово-промислової палати значу частину оборотних активів підприємства задля того, щоб у подальшому за рахунок цих коштів було виконане рішення у справі, а через пару місяців у цього підприємства не буде акумулюватися прибуток за рахунок того, що воно не зможе пустити в оборот значну частину своїх активів. Ще через кілька місяців збитки у такого підприємства можуть стати катастрофічними, і це стане приводом для банкрутства. Таким чином, сторона, яка запросила введення забезпечувальних заходів,

змогла прибрати конкурентну компанію з ринку. Щоб таких ситуацій не відбувалось, в арбітражних регламентах вводять положення про збитки та витрати у контексті забезпечувальних заходів. Не став винятком і Арбітражний регламент МКАС при ТПП України. В основному збитки та витрати від забезпечувальних заходів покриваються зустрічним забезпеченням, що стримує сторін від недобросовісного ведення бізнесу.

Заключним положенням у розділі V є положення про те, що у разі, коли компетентний державний суд виносить постанову про забезпечувальні заходи, сторони повинні негайно повідомляти про це склад Арбітражного суду. На думку автора, положення про право сторін звертатися до компетентного державного суду слід було залишити. Хоча з тексту ст. 29 «Звернення сторони до державного суду за вжиттям забезпечувальних заходів»⁹ таке право сприймається як аксіома.

Більш деталізованими стали положення і щодо складу арбітражу. Так, з'явилися положення про те, що враховуючи складність спору, ціну позову та інші обставини, Президія МКАС або Голова МКАС можуть вирішити, що справа підлягає вирішенню одноособовим арбітром. Для української практики дуже важливо й те, що у Регламенті визначено, що в незалежності від кількості арбітрів, арбітр або арбітри іменуються складом Арбітражного суду. Це положення є важливим через те, що за Законом України «Про міжнародний комерційний арбітраж» забезпечувальні заходи можуть бути винесені лише складом арбітражу. Таким чином, у випадку, якщо сторони у примусовому порядку будуть виконувати ухвалу арбітражу про забезпечувальні заходи, не повинно виникнути питання, що ухвала, винесена одноособовим арбітром, не може бути виконана через те, що такі ухвали повинен виносити склад арбітрів.

Загалом, основним проблемним питанням, пов'язаним з ухвалами про забезпечувальні заходи, які виносяться в рамках міжнародного комерційного арбітражу, є саме питання примусового виконання таких ухвал. Тому як альтернативний шлях вирішення цієї проблеми було запропоновано швидко процедуру винесення спору.

Важливим нововведенням нового Регламенту МКАС при ТПП України є процедура прискореного арбітражного розгляду¹⁰. Слід зазначити, що в арбітражних регламентах провідних арбітражних установ така процедура використовується вже давно, а саме з 1998 р. (у регламентах ICC та LCIA), а почали застосовувати пришвидшену арбітражну процедуру ще раніше. Так, однією з перших справ, яка була вирішена відповідно до прискореної арбітражної процедури, стала справа ICC № 10211/AER від 1990 року¹¹. Однією зі сторін цього спору була команда-учасниця Формули-1 (далі – Ф-1), яка повинна була виступати на щорічних змаганнях в Австралії в березні. Тому для цієї команди було важливо, щоб з Європи автомобілі для змагань поставили перевізникам у середині січня. У середині 1990-х рр. розпочався спір між командою Ф-1 та їхнім спонсором – тютюновою компанією. Суть спору полягала в тому, що тютюнова компанія хотіла розфарбувати одну із машин команди Ф-1 під один бренд і колір цигарок, а інший автомобіль – під інший бренд і колір. Команда Ф-1 наполягала на тому, що їхні автомобілі повинні мати однакове забарвлення. На Різдво стало зрозуміло: якщо негайно не вирішити спір, то команда не зможе вчасно переправити свої автомобілі на змагання, тому було застосовано пришвидшену процедуру вирішення спору. По суті спір розглянули у період між Різдвом та Новим роком, а остаточне рішення сторони отримали в останній день січня.

Але все ж таки у 1990-х рр. пришвидшену процедуру вирішення спору використовували у якості винятку, коли сторони в своїй арбітражній угоді чітко прописали, що застосовуватиметься пришвидшена процедура вирішення арбітражного спору. В арбітражних регламентах пришвидшена процедура вирішення спору почала широко застосовуватись у регламентах провідних арбітражних установ з 2010-х рр. У 2017 р. ICC у своєму Регламенті впровадили більш ефективні правила вирішення спору. Тепер, якщо сторони в своїй арбітражній угоді не зазначили інше, за замовчуванням застосовуватиметься пришвидшена арбітражна процедура, якщо сума спору не перевищує 2 млн доларів США¹². Разом із тим Регламент ICC встановив, що рішення за прискореної процедури повинно бути винесено за шість місяців. У Регламенті МКАС при ТПП України такий же самий термін винесення рішення встановлено для загальної процедури.

У Регламенті МКАС встановлено достатньо жорсткі строки для проведення прискореного арбітражного розгляду:

- строк сплати арбітражного збору – 15 днів;
- строк відзиву на позовну заяву – 10 днів;
- строк для пред'явлення зустрічного позову – 10 днів з дати отримання позовної заяви;
- строк призначення арбітра/арбітрів – 10 днів;
- у разі призначення усного слухання повістки надсилаються не менш ніж за 15 днів;
- строк винесення арбітражного рішення – 20 днів з дня завершення слухання справи.

Таким чином, у межах МКАС при ТПП України вирішити спір у рамках пришвидшеної процедури можна у два рази швидше, ніж за загальною процедурою, якщо сторони не будуть затягувати з письмовими матеріалами.

На думку автора, недоліком регламентації прискореної процедури в рамках МКАС при ТПП України є те, що не прописуються чіткі вимоги для подання письмових матеріалів. Разом із тим існує сенс додати і обмеження щодо обсягу поданого матеріалу. Наприклад, можна ввести вимогу, щоб сторони подавали стислий тезисний виклад письмових матеріалів і обмежити такий виклад до п'яти сторінок. У тезисному викладі матеріалів слід робити відсилки на сторінку і абзац у повному варіанті письмових матеріалів, для того щоб арбітр мав змогу швидко отримати роз'яснення з певного пункту у разі, коли теза сторони сформульована не чітко або не однозначно. Крім того, на думку автора, є смисл у розробці окремих правил для процедури при-

швидшеного¹³ розгляду спору, варто також надати право сторонам обирати між цими двома процедурами, як це зроблено, наприклад, в Арбітражному інституті Торгової палати м. Стокгольм¹⁴.

Таким чином, слід звернути увагу на позитивні зрушення у новій редакції Регламенту МКАС при ТПП України, оскільки значно доповнено і розширено регулювання питань забезпечувальних заходів. Пришвиджена процедура розгляду спору є взагалі новою для української практики, тому цікаво буде спостерігати, як у подальшому вона буде застосована на практиці. Нині поки можна робити тільки порівняння з уже існуючими регламентаціями пришвидшеної процедури в регламентах інших арбітражних установ. Проаналізувавши такі Регламенти, як Арбітражний регламент Міжнародної торгової палати в редакції 2017 р. і Регламент пришвидшеної процедури Арбітражного інституту Торгової палати м. Стокгольм, стає зрозумілим, що регламентації, яка міститься в Регламенті МКАС при ТПП України, буде замало.

Стосовно питання забезпечувальних заходів, то з однієї статті було зроблено цілий розділ. Це є позитивним розширенням у регулюванні, але все ж таки було б доцільніше ввести інститут надзвичайного арбітра, на заміну повноваженням Голови МКАС при ТПП України.

¹ Костишина О.М. Новий Арбітражний регламент ICAC: ефективніше, швидше, економніше / Ольга Миколаївна Костишина // Юридична Газета Online. – 2017 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://yur-gazeta.com/publications/practice/mizhnarodniy-arbitrazh-ta-adr/noviy-arbitrazhniy-reglament-icac-efektivnishe-shvidshe-ekonomnishe.html>

² Макаренко Е.В. Внесение изменений в Регламент МКАС при ТПП Украины: положительные аспекты для участников арбитражного процесса / Евгения Владимировна Макаренко // Юрист & Закон. – 2017 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://uz.ligazakon.ua/magazine_article/EA010852

³ Регламент міжнародного комерційного арбітражного суду при Торгово-промисловій Палаті України // Міжнародний комерційний арбітражний суд при Торгово-промисловій Палаті України. – 2014 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://arb.ucci.org.ua/icac/ua/rules.html>

⁴ Регламент міжнародного комерційного арбітражного суду при Торгово-промисловій Палаті України // Міжнародний комерційний арбітражний суд при Торгово-промисловій Палаті України. – 2017 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://arb.ucci.org.ua/icac/docs/ICAC_Rules_New_ua.pdf – С. 26.

⁵ Міжнародний комерційний арбітраж змінює регламент // Банкрутство та ліквідація. – 2017 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://bankruptcy-ua.com/news/7864> ; Всеукраїнська Громадська Організація «Асоціація Правників України». Міжнародний комерційний арбітраж: нові правила гри. – 2017. – 23 жовтня : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://uba.ua/ukr/news/5261/>

⁶ Регламент Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации. 1994 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://docs.cntd.ru/document/9014187>

⁷ Правила арбитража МКАС при ТПП РФ (с 27.01.2017 г.). – 2017 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://mkas.tpprf.ru/ru/docu.php>

⁸ Про міжнародний комерційний арбітраж: Закон України (редакція від 15.12.2017) // Верховна Рада України. – 1994 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/4002-12>

⁹ Регламент міжнародного комерційного арбітражного суду при Торгово-промисловій Палаті України // Міжнародний комерційний арбітражний суд при Торгово-промисловій Палаті України. – 2017 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://arb.ucci.org.ua/icac/docs/ICAC_Rules_New_ua.pdf – С. 28.

¹⁰ Там само. – С. 39.

¹¹ Redfern A. Law and Practice of International Commercial Arbitration / Alan Redfern. – London: Sweet & Maxwell, 2004. – 667 с. – (Forth edition). – С. 287.

¹² ICC. Арбітражний регламент. Медіаційний регламент / Міжнародна торгова палата. – Париж, Франція: Міжнародна торгова палата, 2017. – 104 с.

¹³ Rules for Expedited Arbitrations of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce // Stockholm Chamber of Commerce. – 2017 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.sccinstitute.com/media/178161/expedited_arbitration_rules_17_eng_web.pdf

¹⁴ Арбитражный Регламент // Арбитражный институт Торговой палаты г. Стокгольма. – 2017 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://sccinstitute.com/media/189180/skiljedomsregler_2017_ru_web.pdf

Резюме

Дев'яткіна М.С. Забезпечувальні заходи та пришвидшена процедура розгляду спору в новій редакції Регламенту МКАС при ТПП України: аналіз та пропозиції з удосконалення.

Введення у дію нового Регламенту у 2018 р. стало для Міжнародного комерційного арбітражного суду при Торгово-промисловій палаті України однією з ключових подій, оскільки для кожної арбітражної установи Регламент – це основа діяльності, тому ефективність вирішення спору залежить саме від його положень. Найбільш суперечливим питанням у практиці арбітражу є забезпечувальні заходи, оскільки вони повинні виноситися у короткий строк і дуже часто до формування складу арбітражу. До 2018 р. Регламент МКАС містив усього одну статтю, яка закріплювала право складу арбітрів виносити ухвали про забезпечувальні заходи, зараз – це цілий розділ. У статті пропонуються зміни й уточнення до розділу про забезпечувальні заходи та до статті про пришвидшену процедуру.

Ключові слова: міжнародний комерційний арбітраж, арбітражне провадження, забезпечувальні заходи, пришвидшена процедура, надзвичайний арбітр.

Резюме

Дев'яткіна М.С. Обеспечительные меры и ускоренная процедура решения споров в новой редакции Регламента МКАС при ТПП Украины: анализ и предложения по усовершенствованию.

Введення в дію нового Регламенту в 2018 г. стало для Міжнародного комерційного арбітражного суду при Торгово-промисловій палаті України одним із ключових подій, оскільки для кожного арбітражного уряду Регламент – це основа діяльності. І ефективність рішення спору залежить саме від його положень. Найбільш спірним питанням в практиці арбітражу є забезпечувальні заходи, оскільки вони повинні застосовуватися в короткий термін і дуже часто ще до формування складу арбітражу. До 2018 г. Регламент МКАС містив лише одну статтю, яка закріплювала право складу арбітрів видавати постановлення про забезпечувальні заходи, тепер – це цілий розділ. В статті пропонуються зміни та уточнення в розділ про забезпечувальні заходи та в статтю про прискорену процедуру.

Ключові слова: міжнародний комерційний арбітраж, арбітражне виробництво, забезпечувальні заходи, прискорена процедура, винятковий арбітр.

Summary

Deviatkina M. Interim measures and expedited arbitration in the new version of the Rules of International Commercial Arbitration Court of Ukraine: analyses and improvement propositions.

The introduction of the new Regulation in 2018 became one of the key events for the International Commercial Arbitration Court of Ukraine, since the Rules is the basis of each arbitration institution, therefore the efficiency of resolving a dispute depends on its provisions. The most controversial issue in arbitration practice are interim measures, because arbitrators should grant such measures in a short term and quite often before the formation of the arbitration. By 2018, the ICAC Rules contained only one article, which established the right of the arbitrators to grant interim measures and now it is an entire section. The article proposes amendments and clarifications to the section on interim measures and to the article on the expedited procedure.

Key words: international commercial arbitration, arbitration procedure, interim measures, expedited procedure, emergency arbitrator.

УДК 341.17

В.Р. ДЕМЧИШИНА

Вікторія Романівна Демчишина, аспірант Інституту міжнародних відносин Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ПРАВОВІ ІНСТРУМЕНТИ РЕГУЛЮВАННЯ СПІВПРАЦІ УКРАЇНИ З ЄВРОПЕЙСЬКИМ СОЮЗОМ У СФЕРІ МІГРАЦІЇ

Починаючи з 11 червня 2017 р., дати отримання Україною безвізового режиму з Європейським Союзом, постало чимало питань, що стосуються міграційних відносин нашої держави з ЄС та його державами-членами. Незважаючи на те, що безвізовий режим не дає українцям права на постійне працевлаштування на території ЄС, а лише надає можливість вільно пересуватися територією Євросоюзу з туристичною або діловою метою, потенційно громадяни нашої країни мають змогу отримати дозвіл на працевлаштування в майбутньому.

На нашу думку, міграція українців на територію держав-членів ЄС є досить неоднорідною. Як правило, більшість українців виїжджає до європейських країн на тимчасові або сезонні роботи, про що свідчать останні результати дослідження, проведеного Соціологічною групою «Рейтинг». Зокрема, серед громадян України, які працювали у державах-членах ЄС протягом останніх 5 років, більшість (77 %) виїжджали на сезонні роботи, лише 15 % працювали на постійній основі, 7 % – мали інший тип робіт. За даними цього ж дослідження, серед основних причин українців виїхати до Євросоюзу є отримання кращих умов життя (53 %), бажання забезпечити краще майбутнє для дітей (41 %), відсутність достойної роботи в Україні (32 %) тощо¹.

За даними Міністерства закордонних справ України, майже 100 000 осіб залишає Україну щомісяця², за даними Міністерства соціальної політики України, більше 3,2 млн українців перебуває за кордоном³. В цілому, достеменною і точною інформацією щодо кількості мігрантів-українців, які перебувають і працюють у державах-членах ЄС, на сьогодні немає.

Звичайно, поки що зарано говорити про масштабну міграцію, спричинену спрощенням візового режиму. Масштаби міграції, на нашу думку, швидше залежать від того, які умови легалізації та умови праці українцям пропонують в інших країнах.

Відповідно, враховуючи актуальність проблематики, пов'язаної зі значними хвилями міграції українців до ЄС та предмет нашого наукового дослідження, проаналізуємо правові основи регулювання співпраці України з Європейським Союзом у цій сфері.

На сьогодні ключовим документом, що регулює відносини України та Європейського Союзу, є Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом і його державами-членами, з іншої сторони (далі – УА), підписана Україною 27 червня 2014 р. у м. Брюсселі та ратифікована Верховною Радою України та Європейським парламентом 16 вересня 2014 р. Угода про асоціацію набула чинності 1 вересня 2017 р.⁴

В Угоді про асоціацію (ст.16) «Співробітництво у сфері міграції, притулку та управління кордонами» визначено основні принципи та напрями міграційних відносин України з ЄС. Відповідно до статті сторони підтверджують важливість спільного управління міграційними потоками між їхніми територіями та надалі розвиватимуть всеохоплюючий діалог щодо всіх питань у сфері міграції, зокрема нелегальної міграції, легальної міграції, незаконного переправлення осіб через державний кордон та торгівлі людьми.

Окремо в документі наголошується на можливості включення проблемних питань у сфері міграції до національних стратегій економічного та соціального розвитку регіонів, звідки походять мігранти. Такий діалог базується на основоположних принципах солідарності, взаємної довіри, спільної відповідальності та партнерства.

Серед основних напрямів співробітництва між Україною та ЄС у міграційній сфері виокремлено: подолання причин виникнення міграції з реалізацією співробітництва у цій сфері з третіми країнами та в рамках міжнародних форумів; спільне запровадження ефективної та превентивної політики щодо боротьби з нелегальною міграцією, незаконним переправленням нелегальних мігрантів через державний кордон та торгівлею людьми; визначення методів боротьби з організованими злочинними групами, що здійснюють незаконне переправлення нелегальних мігрантів через державний кордон та торгівлею людьми, а також захист жертв таких злочинів. При цьому ключовим завданням є запровадження всеохоплюючого діалогу з питань притулку, зокрема, стосовно практичних аспектів реалізації Конвенції ООН про статус біженців 1951 р., Протоколу щодо статусу біженців 1967 р. та інших відповідних міжнародних документів, а також шляхом забезпечення поваги принципу «невислання». Обумовлено правила щодо доступу, забезпечення прав та статусу осіб, яким надано доступ, гідне поводження та інтеграцію іноземців, які проживають на законних підставах.

Також у ст. 16 УА увагу сторін зосереджено на ефективній імplementації принципу інтегрованого управління кордонами, посиленні рівня безпеки документів, розвитку ефективної політики повернення, обміну поглядами щодо нелегального працевлаштування мігрантів тощо.

Розділ III містить також положення про правовий статус працівників – громадян України в ЄС (ст. 17). Цим підкреслюється, що на працівників з України не поширюється повною мірою свобода руху осіб у межах Європейського Союзу. Питання допуску до праці для громадян України на ринку ЄС регулюється на основі двосторонніх міжнародних договорів з кожною державою – членом Союзу (ст. 18). Водночас УА передбачає, що ставлення до громадян України, які на законних підставах працюють на території Союзу, має виключати дискримінацію на основі національної належності стосовно умов праці, заробітної плати, чи звільнення порівняно з громадянами ЄС. Зі свого боку, Україна має надати такий самий статус працівникам з Євросоюзу. При цьому необхідно зазначити, що положення про умови праці стосуються тільки громадян України або громадян держав – членів Євросоюзу, які працюють на території іншої сторони Угоди на законних підставах. В УА зовсім не йдеться про свободу пересування працівників. Жодне з її положень не може тлумачитися таким чином, що воно нібито надає громадянам держав – членів ЄС чи України право в'їздити або перебувати на території іншої сторони з метою працевлаштування⁵.

Для визначення оцінки прогресу, повноти та обсягу виконання Україною зобов'язань, передбачених Угодою про асоціацію Урядовим офісом координації європейської та євроатлантичної інтеграції наприкінці 2017 р. було підготовлено Звіт⁶. Зокрема, у сфері міграції, надання притулку та управління кордонами було реалізовано низку заходів.

Так, Розпорядженням Кабінету Міністрів України від 12.07.2017 р. було затверджено Стратегію міграційної політики України до 2025 року; завершено створення національної системи біометричної верифікації та ідентифікації громадян України, іноземців та осіб без громадянства; введено в експлуатацію першу чергу реконструйованого пункту тимчасового розміщення біженців у м. Яготині Київської області та завершено реконструкцію у с. Розсудів Чернігівської області першого пускового комплексу пункту тимчасового перебування іноземців та осіб без громадянства, які незаконно перебувають в Україні. Також протягом 2017 р. видача біометричних документів за даними Державної міграційної служби значно зросла – близько 4 млн у порівнянні з 2016 р. (1, 5 млн).

Що стосується *acquis* ЄС у сфері імміграційної політики, то його вплив поширюється на Україну через низку вже ухвалених інститутами ЄС правових документів. Йдеться про Директиву 2003/109 щодо надання громадянам третіх країн, які законно проживають на території однієї з європейських держав, статусу тривалого проживання; Регламент Ради ЄС № 1030/2002 про єдиний формат дозволу від 13 червня 2002 р. щодо статусу тривалого проживання громадян третіх країн; Директиву Ради ЄС № 2004/81 від 29 квітня 2004 р.; щодо умов надання дозволів на проживання для громадян третіх країн, які працюють з відповідними органами боротьби з торгівлею людьми чи нелегальною імміграцією; Директиву Ради ЄС 2003/86 від 22 вересня 2003 р., що визначає умови використання права на возз'єднання сімей та створює умови для переїзду в Європейський Союз членів сімей легальних іммігрантів; Директиву Ради ЄС 2004/114 від 13 грудня 2004 р., яка визначає умови допуску чотирьох категорій громадян третіх країн: студентів, учнів, практикантів, працівників-добровольців до працевлаштування в державі – члені ЄС тощо.

Окрім Угоди про асоціацію, одним із інструментів співробітництва між Україною та ЄС, що сприяє розвитку інтеграційного напрямку співпраці між Україною та ЄС в імміграційній сфері, є Європейська політика сусідства (далі – ЄПС). ЄПС було розроблено Комісією ЄС в її Комюніке «Ширша Європа – сусідство: нові рамки відносин з нашими східними та південними сусідами» (Wider Europe) у 2003 р.

Ми вважаємо, що ЄПС є радше правовим інструментом двостороннього, аніж багатостороннього співробітництва Європейського Союзу з третіми країнами. Це пояснюється тим, що Європейський Союз встановлює з кожною державою-партнером привілейовані відносини, побудовані на взаємному прагненні до європейських спільних цінностей, принципів ринкової економіки та подальшого сталого розвитку. ЄПС виходить за рамки існуючих відносин, тим самим поглиблюючи політичні відносини та економічну інтеграцію. Рівень інтенсивності таких відносин залежить від того, наскільки країни-сусіди в змозі поділяти ці цінності.

Разом із тим, Європейська політика сусідства доповнюється регіональними та багатосторонніми ініціативами співпраці. Йдеться насамперед про ініціативу Східного партнерства, об'єднання країн Середземномор'я тощо. Вона зосереджена на чотирьох пріоритетних сферах. До них належать: 1) належне управління, демократія, верховенство права і права людини; 2) підтримка економічного розвитку; 3) безпека; і 4) міграція та мобільність⁷.

У 2014 р. на основі Регламенту № 232/2014⁸ було запроваджено Європейський інструмент сусідства (European Neighborhood Instrument (ENI)) – (далі – ЄІС) з бюджетом у розмірі 15,4 млрд євро на період 2014–2020 рр. Європейський інструмент сусідства, як складова Європейської політики сусідства, поширюється на 16 країн: Алжир, Єгипет, Ізраїль, Йорданію, Ліван, Лівію, Марокко, Палестину*, Сирію та Туніс (південні сусіди ЄС), Вірменію, Азербайджан, Білорусь, Грузію, Молдову та Україну (східні сусіди ЄС).

Європейський інструмент сусідства застосовується в таких сферах як права людини та правосуддя; громадянське суспільство; економічний розвиток; освіта та працевлаштування молоді; енергетичне співробітництво; управління природними ресурсами; мобільність осіб тощо.

Незважаючи на те, що ЄІС є правовим актом ЄС, що має суто рекомендаційний характер і не покладає на країни-партнери ЄС жодних зобов'язань, ми вважаємо, що запровадження європейського інструменту сусідства сприяє поглибленню політичних відносин між ЄС та окремими країнами та посилює економічну інтеграцію останніх.

Разом із Європейською політикою сусідства зовнішньополітичною ініціативою Європейського Союзу в контексті співпраці ЄС із третіми країнами в імміграційній сфері є ініціатива «Східного партнерства» – (далі – СхП). СхП поширюється на Україну та інші п'ять східноєвропейських сусідів ЄС, а саме – Азербайджан, Білорусь, Вірменію, Грузію і Молдову. Ініціатива «Східного партнерства» була задекларована на саміті в Празі 7 травня 2009 р. у спільній декларації представників інститутів ЄС, представників держав – членів ЄС та 6 країн – партнерів: Азербайджану, Білорусії, Вірменії, Грузії, Молдови та України.

Ініціатива охоплює як двосторонній, так багатосторонній формати відносин ЄС із країнами-партнерами. Двосторонній формат передбачає переговори між країною-партнером і ЄС щодо виконання завдань у сферах політичної асоціації та економічної інтеграції з ЄС в рамках угоди про асоціацію та створення ЗВТ, мобільності населення в контексті лібералізації візового режиму, секторального співробітництва у сферах енергетичної безпеки, аграрного розвитку, довкілля, соціальної політики тощо.

Багатосторонній формат функціонує у вигляді форумів для обговорення питань, що становлять спільний інтерес для країн-партнерів. У багатосторонньому співробітництві в рамках ініціативи «Східного партнерства» беруть участь інститути ЄС, зацікавлені держави – члени ЄС та вищезазначені шість країн – партнерів ЄС. Таке співробітництво здійснюється на основі чотирьох робочих платформ, підкріплених різноманітними експертними панелями, флагманськими ініціативами та проектами.

Одним із останніх самітів «Східного партнерства», який по-суті, підбив підсумки останніх років співпраці між ЄС та країнами-учасницями «Східного партнерства», став Саміт, що відбувся у м. Брюсселі 24 листопада 2017 р. За результатами політичного заходу було ухвалено підсумкову декларацію. Згідно з документом учасники саміту визнають європейські прагнення та європейський вибір країн-партнерів ЄС. Цікаво, що в документі учасники саміту посилаються на рішення держав та урядів ЄС від грудня 2016 р., де чітко передбачено, що укладені ЄС угоди про асоціацію з країнами-партнерами, не гарантують членства в Європейському Союзі⁹.

Зокрема, у п. 18 вищезгаданої нами декларації учасники саміту підкреслили заохочення до зближення зв'язків завдяки людським контактам, освіті, молоді, культурі та науці. Учасники Саміту позитивно оцінили надання безвізового режиму Молдові, Грузії та Україні. Сторони вкотре наголосили на зміцненні співпраці, подальшому прогресу у сфері пересування осіб, включно з ефективною реалізацією угод про спрощення візового режиму та укладених між сторонами угод про реадмісію¹⁰.

Одним із важливих та водночас практичних результатів проведення саміту стало офіційне затвердження робочого документу – «20 досягнень Східного партнерства до 2020 року: ключові пріоритети та суттєві результати»¹¹.

Основна мета зазначеного документу полягає у визначенні видимих та суттєвих результатів для громадян країн Східного партнерства завдяки співробітництву із ЄС у чотирьох пріоритетних сферах. До таких сфер належать економічний розвиток та ринкові можливості; посилення інституцій та належного управління; енергоефективність та захист навколишнього середовища, а також контакти між людьми і мобільність.

З огляду на предмет дисертаційного дослідження особливий інтерес для нас становить четвертий блок, що пов'язаний із мобільністю та контактами між людьми. Зокрема, у межах даної сфери було визначено, що візова лібералізація в безпечному та належним чином керованому середовищі сприяє руху осіб і диверсифі-

* Не означає визнання держави Палестина і не зачіпає окремих позицій держав-членів ЄС з даного питання.

кації міжрегіональної мережі професійних працівників. Детальну увагу було також зосереджено на прогресі України після отримання нею безвізового режиму 11 червня 2017 р. та задекларовано мету щодо здійснення постійного моніторингу щодо України у візових питаннях до 2020 року.

Надаючи правову оцінку даному документу, ми вважаємо, що вищезгаданий документ завдяки своїй структурі та рамковому характеру є практичним інструментом для подальшої, більш послідовної, ефективної та всеохоплюючої реалізації політики Східного партнерства. Незважаючи на існуючі зобов'язання між сторонами, документ є доволі гнучким інструментом, який буде регулярно переглядатися усіма зацікавленими сторонами з урахуванням подій та проведенням моніторингу стосовно досягнутих результатів.

Таким чином, основу договірної механізми співпраці України з Європейським Союзом у сферах міграції, притулку та управління кордонами, зокрема в частині протидії нелегальній міграції, реалізації концепції інтегрованого управління кордонами, ефективного забезпечення права на притулок, оперативних заходів та обміну інформацією щодо охорони кордону, формує Угода про асоціацію.

Імплементация Угоди про асоціацію між сторонами забезпечується низкою практичних та правових інструментів. До них належать: Європейська політика сусідства, Європейський інструмент сусідства, Східне партнерство, Порядок денний асоціації тощо. Незважаючи на рамковий та доволі гнучкий характер документів, вони слугують своєрідним дороговказом для ухвалення Україною майбутнього національного законодавства у передбачених сферах співпраці з ЄС. Зокрема, ухвалення стратегії міграційної політики України до 2025 р. враховує всі актуальні виклики, зокрема трудову міграцію, еміграцію і вимушене внутрішнє переселення, та серед іншого передбачає гармонізацію українського міграційного законодавства із правом Європейського Союзу.

¹ Міграційні настрої населення України. Соціологічна група «Рейтинг». – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://ratinggroup.ua/research/ukraine/migracionnye_nastroeniya_naseleniya_ukrainy.html

² Постійно за кордоном знаходиться 3 мільйона 200 тисяч українців. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://24tv.ua/za_kordonom_postiyno_pratsuyuyt_3 mln_200_tisyach_ukrayintiv_ministr_sotsialnoi_politiki_n984221

³ Безвіз сприяє трудовій міграції та зростанню платні. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://www.bbc.com/ukrainian/news-42500873>

⁴ Association Agreement between the European Union and its Member States, of the one part, and Ukraine, of the other part, of 27 June 2014 // Official Journal of the European Union. – 29.05.2014. – № L 161/3. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://eurlex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2014.161.01.0003.01.ENG

⁵ Мушақ Н.Б. Україна та Європейський Союз: формат двостороннього співробітництва у сфері пересування осіб. Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України. – 2014. – С. 74–80. – С. 75.

⁶ Звіт про виконання угоди про асоціацію між Україною та Європейським Союзом у 2017 році. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://eu-ua.org/sites/default/files/imce/layout_16_02_final.pdf

⁷ Joint Communication to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee of the Regions, Brussels, 18.11.2015. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://eeas.europa.eu/archives/docs/enp/documents/2015/151118_joint-communication_review-of-the-enp_en.pdf

⁸ Regulation (EU) No 232/2014 of the European Parliament and of the Council of 11 March 2014 establishing a European Neighbourhood Instrument, OJ L 77 of 15.3.2014. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://eeas.europa.eu/sites/eeas/files/european_neighbourhood_instrument_en.pdf

⁹ European Council meeting, 15 December 2016. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://www.consilium.europa.eu/media/31758/final-statement-st14821en17.pdf>

¹⁰ Joint Declaration of the Eastern Partnership Summit, Brussels, 24 November 2017. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://www.consilium.europa.eu/media/31758/final-statement-st14821en17.pdf>

¹¹ Joint Staff Working Document Eastern Partnership – 20 Deliverables for 2020 Focusing on key priorities and tangible results, Brussels, 9.6.2017. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://cdn3-eeas.fpfis.tech.ec.europa.eu/cdn/farfuture/dLJ9RdBalFgQqx34lgPlwagsNlUJB6cJzDeeiRR0RdQ/mtime:1497363650/sites/eeas/files/swd_2017_300_f1_joint_staff_working_paper_en_v5_p1_940530.pdf

Резюме

Демчишина В.Р. Правові інструменти регулювання співпраці України з Європейським Союзом у сфері міграції.

Стаття присвячена дослідженню правових інструментів регулювання співпраці України з Європейським Союзом у сфері міграції. Встановлено, що основу договірної механізми співпраці України з Європейським Союзом у сферах міграції, притулку та управління кордонами, зокрема, у частині протидії нелегальній міграції, реалізації концепції інтегрованого управління кордонами, ефективного забезпечення права на притулок, оперативних заходів та обміну інформацією щодо охорони кордону, формує Угода про асоціацію.

Ключові слова: Угода про асоціацію, треті країни, правові інструменти співпраці, напрями співпраці, формат відносин Україна – ЄС.

Резюме

Демчишина В.Р. Правовые инструменты регулирования сотрудничества Украины с Европейским Союзом в сфере миграции.

Статья посвящена исследованию правовых инструментов регулирования сотрудничества Украины с Европейским Союзом в сфере миграции. Установлено, что основу договорного механизма сотрудничества Украины с Европейским Союзом в

сферах міграції, убежища и управління границями, в частности, в части протидействия нелегальной міграції, реалізації концепції інтегрованого управління границями, ефективного забезпечення права на убежище, оперативних заходів и обміну інформацією по охороні границі, формуєть Соглашение об асоціації.

Ключевые слова: Соглашение об асоціації, третьи страны, правовые инструменты сотрудничества, направления сотрудничества, формат отношений Украина – ЕС.

Summary

Demchyshyna V. Legal Instruments of the Regulation of Cooperation between Ukraine and the European Union in Migration Area.

The article is devoted to the study of legal instruments of regulation of cooperation between Ukraine and the European Union in the field of migration. The article defines that the Association Agreement between Ukraine and the European Union forms the basis of the contractual mechanism of cooperation between Ukraine and the European Union in the area of migration, asylum and border management, in particular, in countering illegal migration, implementation of the concept of integrated border management, effective provision of the right to asylum, operational measures and exchange of information on border guarding.

Key words: Association Agreement, Third Countries, Legal Instruments of Cooperation, Directions of Cooperation, Format of EU–Ukraine relations.

УДК 341.384

В.І. АКУЛЕНКО

Віктор Іванович Акуленко, доктор юридичних наук, професор, провідний науковий співробітник Інституту держави і права імені В.М. Корецького НАН України, лауреат премії імені академіка В.П. Василенка

ДЕЩО ПРО НОРМАТИВНЕ РЕГУЛЮВАННЯ «РЕСТИТУЦІЇ» КУЛЬТУРНИХ ЦІННОСТЕЙ З УКРАЇНИ

Закон не дишло, але в культурно-реституційний простір вийшло

Серед культурної і наукової громадськості донині не припиняються дискусії щодо правомірності односторонніх передач Україною «Архіву Баха» Німеччині, колекції Кенігса Нідерландам та інших культурних цінностей іноземним державам. Адже вони були державною власністю України, як культурні цінності, переміщені внаслідок Другої світової війни, як компенсація за зруйновані й пограбовані нацистами українські музеї, архіви, бібліотеки, історичні пам'ятки тощо.

Постає питання, чому в постановах, розпорядженнях та інших актах Кабінету Міністрів України про передачу (дарування) культурних цінностей іноземним державам, а також про виключення цих культурних цінностей з Національного архівного фонду і Музейного фонду України, обмежуються тільки загальним згадуванням, що ці акти прийняті відповідно до Закону України «Про вивезення, ввезення та повернення культурних цінностей»¹. У цьому Законі немає правових норм, які б регулювали здійснення таких односторонніх реституційних акцій культурних цінностей, які перебували в державній власності. Задумували й проводили їх очільники держави з суто політичних мотивів.

Зате в наукових публікаціях, у яких автори-неюристи довільно тлумачать Закон України «Про вивезення, ввезення та повернення культурних цінностей», законність подібних передач культурних цінностей не підлягає сумніву. Зокрема, звернемось до обширної статті історика, кандидата історичних наук С. Кота «Україна між Заходом і Сходом: проблеми повернення і реституції культурних цінностей»². Одразу зазначимо, що предметом нашої дискусії є цей аспект публікації, а також деякі міжнародно-правові питання, пов'язані із застосуванням національного законодавства в цій сфері. Автор, зокрема, зазначає: «На думку ряду фахівців-правників, повернення Німеччині нотного “архіву Баха” не відповідало українському законодавству. Проте, на наше глибоке переконання, з правового погляду (підкреслено – В.А.) акт повернення Німеччині «архіву Баха» цілком згідний з міжнародно-правовими нормами, що регламентують співробітництво у справі повернення й реституції культурних цінностей, у тому числі втрачених під час Другої світової війни та у зв'язку з її наслідками. Відповідає він також окремим положенням українського законодавства, зокрема ст. ст. 1 і 5 Закону України «Про вивезення, ввезення та повернення культурних цінностей»... Отже, в цілому цей акт передачі був належно регламентований і унормований юридично. Позитивно його можна оцінити і з морального боку – як акт справедливості щодо законного власника нотної колекції, втраченої в роки війни...»³.

У публікації С. Кота «Українсько-німецькі відносини щодо повернення та реституції культурних цінностей (1991–2012 рр.)» фаховій аргументації правників відведено все те ж одне речення безіменної згадки: «Як порушення міжнародно-правових норм та норм українського законодавства розцінили цей акт передачі культурних цінностей деякі українські фахівці з права»⁴.

Інший автор О. Опанасенко у статті «Проблема повернення культурних цінностей (Україна-Німеччина)» також зазначає: «На переконання ряду правників (підкреслено – В.А.) повернення Німеччині нотного «архіву Баха» суперечило українському законодавству»⁵. Хто ж входить у цей перелік і в чому фахові заперечення науковців-юристів щодо цих реституційних акцій?

На думку С. Кота, з правового погляду (підкреслено – В.А.) акт повернення Німеччині «архіву Баха» цілком відповідає міжнародно-правовим нормам, котрі регламентують співробітництво у справі повернення й реституції культурних цінностей, зокрема і втрачених під час Другої світової війни та за її наслідками. Від-

повідас ця акція також окремим положенням українського законодавства, зокрема ст. ст. 1 і 5 Закону України «Про вивезення, ввезення та повернення культурних цінностей»⁶.

О. Опанасенко в статті «Реституції в контексті Європейських домовленостей»⁷ повернулася до питання реституції культурних цінностей, яке «є наразі актуальним та популярним серед сучасних вчених-істориків» і яке автором «у дисертаційному дослідженні було розглянуто та проаналізовано... у відносинах між незалежною Україною та об'єднаною Німеччиною».

Що ж нового привнесено тепер у цей реституційний контекст? По-перше, маємо неузгодженість у назві статті, оскільки термін «домовленості» політичний, а «реституція» – юридичний. Зі змісту статті не зрозуміло, наскільки обґрунтованими є використання у назві цієї публікації терміна «домовленості» замість словосполучення «міжнародні договори». Адже «домовленість» – це певні умови, досягнуті попередньою розмовою, переговорами, а за міжнародним договором держави беруть на себе взаємні зобов'язання, у тому числі в реституційній сфері.

Крім того, авторка помилково вживає термін «реституція» у множині, коли у правознавстві він завжди застосовується тільки в однині. Що ж до визначення терміна «реституція», то воно в неї з побіжним посиланням на Вікіпедію з'ясується як «відновлення стану майна, який існував на момент вчинення дії, що завдала шкоди». І тут же якийсь плутане і недоладне авторське теоретизування: «Отже, про реституції згадують, безумовно, в умовах післявоєнного часу та можливо в умовах мирного часу, коли мають місце захоплення чужої території. Тоді за умов міжнародного права, якщо втрачені цінності неможливо повернути в натурі, то відшкодовується їх вартість у грошах»⁸.

Якщо звернутися до висновків її автореферату дисертації на здобуття наукового ступеня кандидата історичних наук, то взагалі заплутаємося в реституційних тенетах: «5. Проведений аналіз показав, що між двома державами виникла і розвивається нова форма культурної співпраці – реституції... Важливою особливістю реституції між Україною і Німеччиною є перехід з площини конфлікту у площину культурного діалогу»⁹.

Коли б О. Опанасенко звернулася хоча б до «Юридичної енциклопедії», то з'ясувала б, що реституцією є: 1) у цивільному праві – відновлення майнового стану, що існував до правочину, недійсного за законом або визнаного таким у судовому порядку; 2) у міжнародному праві – вид матеріально-правової відповідальності держави, яка вчинила акт агресії або інше протиправне діяння; 3) реституція культурних цінностей, яка виокремлюється серед інших видів реституції в міжнародному праві ще з XIX ст., спочатку як звичай, а потім у міжнародних документах, і є особливою формою повернення майна історичного, наукового, художнього та іншого культурного значення, неправомірно вилученого і вивезеного під час збройного конфлікту державою з окупованої нею території іншої держави, або компенсацією рівноцінних при його втраті¹⁰.

«Реституції – як одна з форм культурного співробітництва, започаткована на початку 1990 рр., останнім часом являє собою один із жаків, що активно просувається Росією в український простір для відлякування від шляху до Євроінтеграції»¹¹. «Втім, уже в 1996 р. Російський парламент прийняв закон, згідно якому все трофейне мистецтво переходило у власність Росії, – продовжує О. Опанасенко, – цей закон викликав великий резонанс у міжнародному суспільстві», так як «суперечив правовим нормам інтернаціонального постулату»¹² (підкреслено – В.А.).

Не зайве було б дізнатися, що авторка розуміє під цими термінами. Адже будь-який міжнародний постулат має певні умови виконання (що є його змістом), а вони можуть бути різні, як різним може бути також їх тлумачення.

У статті О. Опанасенко про «реституції» на сторінках 69 і 70 зустрів формулювання з моєї монографії¹³, а саме: «Реституційний процес... – це шлях компромісів, паритетності зобов'язань, збалансованості національних інтересів, які базуються не тільки на добрій політичній волі, а й на справедливості і праві» (С. 275), або «Нашій країні ще бракує досвіду, професійного підходу щодо повернення втрачених шедеврів із-за кордону» (С. 281), пересвідчився, що читають і використовують мої думки як свої, не роблячи при цьому відповідні посилання.

Означу також інші погрішності в бібліографічних посиланнях. Так, наведеної О. Опанасенко цитати зі Статуту ЮНЕСКО взагалі немає в статті доктора права, завідувачки відділу міжнародних стандартів сектору культури ЮНЕСКО Л. Протт «Закони ЮНЕСКО щодо захисту і збереження культурної спадщини народів світу» зі збірника «Повернення культурного надбання України: проблеми, завдання, перспективи». – К., 1997. – Вип. 10. – С. 18–33. До того ж посилання на конвенції ЮНЕСКО та інші міжнародні договори прийнято робити на відповідну джерельну базу – офіційні збірники документів, а не брати з праць інших авторів тощо.

У полоні суб'єктивного тлумачення закону

В одному з експертних висновків щодо з'ясування правових колізій у міжнародних документах та національному законодавстві про повернення та реституцію культурних цінностей на претензії Німеччини та інших держав зазначається: «У контексті практичної реалізації міжнародної співпраці щодо розшуку та повернення втрачених культурних цінностей також виникає запитання, яким чином дії по поверненню певних культурних цінностей мають узгоджуватися з положенням ст. 14 «Культурні цінності, що не підлягають вивезенню з України» даного закону, якого визначено: «Вивезенню з України не підлягають культурні цінності, занесені до Державного реєстру Національного культурного надбання; культурні цінності включені до Національного архівного фонду; культурні цінності, включені до Музейного фонду України». При цьому під терміном «вивезення» закон розуміє наступне: «вивезення культурних цінностей – фактичне переміщення

юридичними чи фізичними особами з будь-якою метою через митний кордон України культурних цінностей з території України без зобов'язання їх зворотного ввезення в Україну» (ст. 1). Ця норма закону не суперечить іншим його статтям, у яких передбачені можливості повернення незаконно ввезених в Україну культурних цінностей або культурних цінностей, походження яких пов'язане з історією та культурою інших держав. У разі ухвалення відповідними державними органами рішень щодо передачі таких культурних цінностей, вони в установленому законодавством порядку мають бути виключені з відповідних реєстрів або державних фондів України»¹⁴.

Ось так просто і «законно» вирішується складна міждержавна проблема, коли не розуміють чи не хочуть розуміти, що згідно з чинним законодавством правовий статус культурних цінностей, які перебувають у державній власності, і культурних цінностей, які перебувають у приватній власності фізичних і юридичних осіб, різний. Забувають, що культурні цінності, переміщені на територію України внаслідок Другої світової війни, є частковою компенсацією за заподіяні окупантами збитки. Ось про ці дві основоположні позиції і буде йтися далі.

По-перше, слід нагадати, що тлумачення норм права – не простий інтелектуальний процес. Він потребує юридичних знань для з'ясування і роз'яснення (інтерпретації) волі законодавця, матеріалізованої в нормі права для правильного її застосування й реалізації. Предметом тлумачення є норма права, її текст, а також пов'язані з нею правові й неправові джерела.

Процес з'ясування норми права здійснюється, головним чином, з допомогою таких способів тлумачення: 1) логічний спосіб – сукупність логічних прийомів і правил; 2) мовний спосіб – сукупність мовних правил, а також спеціальних мовних правил, розроблених правовою наукою; 3) системний спосіб – сукупність прийомів і правил, розроблених юридичною наукою на підставі вчення про системність права; 4) історичний спосіб – сукупність прийомів та правил (порівняльні висновки, аналіз історичних обставин, причин ухвалення норм права та її завдань і мети) для з'ясування генези норми права, її зв'язків із неправовими джерелами.

Достовірність з'ясування норми права досягається суб'єктом її тлумачення тільки в процесі застосування усієї сукупності способів тлумачення, що адекватні дійсному змісту норми права та відповідають критеріям істинності і правильності результату тлумачення¹⁵. Інакше тлумачення Закону, у тому числі Закону України «Про вивезення, ввезення та повернення культурних цінностей», навіть, коли його знають напам'ять як «Отче наш», буде суб'єктивним і тенденційним. Як вправно не підтасовувати його статті під свою старанно лобійовану ідею, але статті закону – не гральні карти... Недарма ще Возний Тетерваковський із п'єси «Наталка Полтавка» І. Котляревського шкодував, що навіть: «Когда би я імів – теє-то як його – столько языков, сколько артикулов в Статуті ілі сколько зап'ятих в Магдебурському праві, то і сих не довліло би на восхваленіє ліпоти твоєї!»¹⁶.

Офіційне тлумачення Конституції та Законів України надається тільки Конституційним Судом України. Неофіційне роз'яснення змісту норм права за рівнем компетентності і обґрунтованості поділяється на: доктринальне тлумачення, яке дають суб'єкти науки держави і права; професійне тлумачення, яке дають юристи-практики та побутове (буденне) тлумачення, яке дають неюристи, будь-які суб'єкти тлумачення, за винятком вищезазначених категорій.

Оскільки до Закону України «Про вивезення, ввезення та повернення культурних цінностей» немає офіційного коментаря, як «деякі фахівці з права» (за словами опонентів), пропонуємо разом із адвокатом, кандидатом юридичних наук, науковим співробітником Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України В. Максимовим власне доктринально-професійне тлумачення правових норм, які стали в цій праці предметом наукової дискусії. Мій колега В. Максимов перший в Україні захистив дисертацію з міжнародного права у цій сфері на тему: «Правова охорона культурних цінностей у конвенціях ЮНЕСКО»¹⁷, офіційним опонентом якої був доктор історичних наук, професор П.Т. Тронько, академік НАН України, Голова Комісії з питань відтворення видатних пам'яток історії та культури при Президентові України.

Закон України «Про вивезення, ввезення та повернення культурних цінностей» визначає, що в цьому Законі термін «повернення культурних цінностей» – це «сукупність дій, пов'язаних із ввезенням на територію України чи вивезенням із території України на території інших держав культурних цінностей відповідно до позовів і звернень України, інших держав, їх уповноважених органів, рішень судів України або іноземних держав» (абзац двадцять четвертий ст. 1). Із цього визначення випливає, що правовою підставою для повернення культурних цінностей можуть бути визнання позову (тоді, коли позов вже подано і прийнято до розгляду судом, але рішення суду ще не винесене), задоволення звернення, виконання судового рішення.

Отже, жоден із трьох названих випадків не передбачає цивільно-правового або іншого договору як безпосередньої підстави виникнення зобов'язання із повернення. Можна, звичайно, заперечити цій тезі: за результатом розгляду звернення про повернення цілком можна укласти договір про повернення, так само і після подання до суду позову про повернення справу можна закінчити мировою угодою, яка буде затверджена рішенням суду. Проте названі випадки все ж таки слід розглядати саме як окремі випадки, суть же визначення загального поняття «повернення культурних цінностей» полягає, на нашу думку, в тому, що саме для виникнення правової підстави такої дії (повернення) ніяких договорів не потрібно – така підстава існує і при її реалізації укладання договору є шляхом можливим, а не обов'язковим.

Стаття 5 цього Закону іменується «Повернення культурних цінностей з території України». З урахуванням згаданого вище визначення поняття «повернення культурних цінностей» можна було б припустити, що ця стаття містить правові норми, які регулюють ті або інші особливості в суспільних відносинах повер-

нення культурних цінностей саме із України. Наприклад, передбачають правила подання звернень, визначають позивачів і відповідачів у відповідних справах, регулюють питання підсудності, встановлюють ті або інші обмеження щодо юрисдикції тощо. Насправді норма ст. 5 повністю дисонує із розглядуваним поняттям із ст. 1, оскільки вона визначає вичерпні підстави повернення культурних цінностей з України, і всі ці підстави випливають із договорів (тобто, є зобов'язаннями, які взяті на себе сторонами відповідного договору). Доречно процитувати норму ст. 5 цього Закону повністю: «Культурні цінності, що на законних підставах перебувають у власності фізичних чи юридичних осіб України, але походження яких пов'язане з історією та культурою інших держав, можуть бути повернуті до цих держав шляхом укладення договору купівлі-продажу з власником культурних цінностей, обміну на взаємовигідних засадах або отримання в дарунок».

Спробуємо окреслити коло суб'єктів, яких стосується визначення поняття «повернення культурних цінностей» із ст. 1 і коло суб'єктів, на яких діє норма ст. 5, а також з'ясувати коло суспільних відносин, на регулювання яких спрямовані дві названі норми. У нормі абзацу двадцять четвертого ст. 1 йдеться про позови і звернення «... України, інших держав, їх уповноважених органів», про рішення судів України або іноземних держав тощо. Поза сумнівом, що держави, їх уповноважені органи, суди держав тощо є суб'єктами публічно-правових відносин, відповідно, регулятивний вплив цієї норми спрямовано на регулювання відносин у сфері публічного права.

Для висновків щодо норми ст. 5 слід звернутися до її тлумачення у взаємному зв'язку із нормами Цивільного кодексу України. Частина перша його ст. 318 встановлює, що суб'єктами права власності є Український народ та інші учасники цивільних відносин, визначені ст. 2 цього Кодексу. У свою чергу, частина перша ст. 2 визначає, що учасниками цивільних відносин є фізичні особи та юридичні особи, а частина друга ст. 2 відносить до учасників цивільних відносин також державу Україна, Автономну Республіку Крим, територіальні громади, іноземні держави та інші суб'єкти публічного права. Здається, що законодавець у ст. 2 Цивільного кодексу України в першу частину помістив суб'єктів приватного права (що має розумітись само собою), а в другу – суб'єктів публічного права (на що зроблено ще й окрему вказівку). Це підтверджується також іншими статтями, які містять найбільш загальні, визначальні норми щодо права приватної і щодо права державної власності. Так, норма частини першої ст. 325 Цивільного Кодексу України визнає, що суб'єктами права приватної власності є фізичні та юридичні особи, а частина перша ст. 326 – що у державній власності є майно, у тому числі грошові кошти, яке належить державі Україна. Навіть такий стислий, побіжний погляд на норми Цивільного кодексу України дає змогу твердити, що за відсутності окремих вказівок чи уточнень, при вживанні словосполучення «фізичні та юридичні особи» (у всіх відмінках), йдеться про осіб приватного права (фізичні особи у цивільно-правових відносинах такими є за визначенням, а юридичні – якщо про інше прямо не вказано у відповідному формулюванні нормативного акта), а не про державу. Так само переконливим вбачається твердження, що при вживанні законодавцем формулювання «власність фізичних чи юридичних осіб» (чи подібного) йдеться про власність приватну, а не про власність державну. Формулювання «у власності фізичних чи юридичних осіб України», поза сумнівом, вказує на національний закон таких фізичних чи юридичних осіб (тобто, загалом на громадян України і юридичних осіб приватного права, створених згідно із законодавством України), а не на те, що згадана власність є державною.

Таким чином, вважаємо, що за відсутності будь-яких вказівок на Україну, інші держави, територіальні громади тощо як суб'єктів публічного права та за наявності вказівки на «фізичних чи юридичних осіб України» без будь-яких додаткових уточнень про вид їх права власності, у ст. 5 Закону України «Про вивезення, ввезення та повернення культурних цінностей» міститься норма, яка регулює відносини у сфері приватного права й ця норма не може регулювати відносини публічно-правового характеру, як внутрішні, так і міжнародно-правові.

Також зауважимо, що абзац сімнадцятий ст. 1 цього Закону визначає «вивезення культурних цінностей» як фактичне переміщення юридичними чи фізичними особами з будь-якою метою через митний кордон України культурних цінностей з території України без зобов'язання їх зворотного ввезення в Україну. Дане визначення стосується безпосередньо тільки вивезення тих культурних цінностей, які знаходяться у приватній власності суб'єктів приватного права – юридичних чи фізичних осіб. Такій позиції кореспондує і норма ст. 14 названого Закону, яка без будь-яких підстав для неоднозначного розуміння визначає, що названі в ній культурні цінності (що якраз і належать до державної власності) вивезенню з України не підлягають. Так, згідно з названою нормою ст. 14 вивезенню з України не підлягають культурні цінності, занесені до Державного реєстру національного культурного надбання; культурні цінності, включені до Національного архівного фонду; культурні цінності, включені до Музейного фонду України.

У контекст цього системного тлумачення додамо, що згідно зі ст. 22 Закону України «Про музей і музейну справу»¹⁸ вивезення за межі України музейних предметів, колекцій і зібрань, що належать або підлягають занесенню до державної частини Музейного фонду України, забороняється, крім випадків тимчасового їх перебування за кордоном для експонування на виставках, реставрацій або проведення наукової експертизи на підставі свідоцтва на право тимчасового вивезення відповідно до Закону України «Про вивезення, ввезення та повернення культурних цінностей» та погодження з центральним органом виконавчої влади у сфері культури і туризму.

У Законі України «Про Національний архівний фонд та архівні установи»¹⁹ також забороняється вивезення з території України архівних документів, крім випадків тимчасового їх експонування, наукової експертизи або реставрацій за кордоном (частина перша ст. 41).

Право власності на документи Національного архівного фонду може бути передано лише згідно з міжнародними договорами, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України, і законами України (частина перша ст. 10).

Отже, не плутаймо праведне з грішним, тумачачи названі норми законодавства, навіть «на наше глибоке переконання». Це все від необізнаності в юриспруденції або лобювання від лукавого.

Компенсаційну реституцію самотужки не скасувати

С. Кот у своїх працях не тільки ставить під сумнів правовий статус культурних цінностей, переміщених на територію України внаслідок Другої світової війни, як часткової компенсації за заповідіяні нацистськими окупантами збитки, а взагалі заперечує в міжнародному праві наявність такого виду відповідальності, як компенсаційна реституція.

«Поняття так званої «компенсаторної реституції» ніколи не фігурувало в документах воєнної та повоєнної доби, – наполягає він, – воно виникло в Російській Федерації вже в 90-х рр. ХХ ст. в процесі вироблення офіційної позиції російської влади та підготовки актів російського законодавства щодо долі культурних цінностей, переміщених на територію Росії внаслідок Другої світової війни»²⁰. У такому висновку маємо не що інше, як бажане видавати за дійсність через свою необізнаність у міжнародному праві.

У цьому аспекті вживаються такі терміни, як «субституція», «компенсаційна (компенсаторна) реституція» або «*restitution in kind*» (рівноцінна реституція) та інші. Як зазначає М. Богуславський (Російська Федерація): «По суті, незалежно від термінології, в усіх випадках йдеться про одне і теж саме, а саме про відшкодування збитків, завданих культурній спадщині, коли повернути сам предмет немає можливості»²¹.

«Коли безпосередня реституція неможлива, – пише В. Ковальські (Польща), – тоді застосовується так звана компенсаційна реституція як засіб відшкодування збитків особливого характеру (наприклад, унікальних пам'яток, витворів мистецтва тощо) шляхом надання відповідних еквівалентів»²².

Аналогічної позиції дотримуються також українські правознавці В. Денисов, Д. Коваль, В. Максимов та інші²³.

Встановленню договірних норм у цій сфері передувало формування міжнародних узвичаєнь та, здебільшого, на їх основі звичаєвих норм міжнародного права. Так, після Віденського конгресу 1814–1815 рр. порушувалося питання про повернення Єгипту та Італії історичних пам'яток, які були пограбовані або пошкоджені під час Наполеонівських воєн.

Після Першої світової війни компенсаційна реституція була передбачена в низці Мирних договорів Версальської системи (1919–1921 рр.), в яких окремо оперували категорією майна історико-культурного значення. Так, у Версальському мирному договорі союзних держав з Німеччиною (1919 р.) встановлювалося загальне правило, що коли реституція не може бути здійснена, громадяни держав-союзниць мають право на компенсацію чи еквівалент (п. 7 ст. 297)²⁴. Подібне положення знаходимо в інших мирних договорах союзників із сателітами Німеччини: у ст. 249 Сент-Жерменського договору з Австрією, в ст. 177 Нейського договору з Болгарією та в ст. 232 Тріанонського договору з Угорщиною²⁵.

Це положення було конкретизовано і застосовано у Версальському мирному договорі щодо зобов'язань Німеччини перед Бельгією «повернути Лувенському університетові... рукописи, інкунабули, друковані книги, мапи та предмети колекцій, які відповідатимуть за численністю й цінністю схожим предметам, знищеним при спаленні Німеччиною в бібліотеці Лувена» (ст. 247).

Як зазначав уродженець Львова, професор-правознавець С. Нахлік, ці договори не обмежувалися ліквідацією наслідків тільки Першої світової війни. Вимоги про повернення культурних цінностей стосувалися претензій також до більш віддалених періодів.

По-друге, передбачалася компенсаційна реституція, яка полягала в поверненні (заміні) аналогічними культурними цінностями у випадку, коли їх оригінали втрачені.

По-третє, у деяких випадках передбачалося повернення певних об'єктів до місця, з яким вони були традиційно пов'язані²⁶.

Отже, Версальською системою міжнародних договорів було закладено прецедент, який став основою для формування і становлення компенсаційної реституції як виду відповідальності в міжнародному праві.

Дещо інше правове регулювання компенсаційної реституції культурних цінностей маємо в Ризькому мирному договорі 1921 р. між Україною та Росією, з однієї сторони, і Польщею, з іншої. За ст. 11 цього договору під реституцію підпадали і повертались Польщі архіви, твори мистецтва, різні воєнні трофеї, бібліотечні та архівні зібрання тощо, які були вивезені з її території від 1 січня 1772 р. по 9 листопада 1918 року. Йшлося також про компенсаційну реституцію, яка певною мірою була відмінною від Версальської, оскільки була можлива у випадку входження цінності до історико-мистецької колекції.

Сторони Ризького договору погодились у тому, що систематизовані та науково опрацьовані колекції, які є основою скарбниць світового культурного значення, не повинні підлягати розпорошенню. Тобто у випадку, коли вилучення певного предмета із такого зібрання може порушити його цілісність, «крім випадків його тісного зв'язку з історією або культурою Польщі», він «за згодою обох сторін... повинен залишитись на місці за еквівалент у вигляді предмета рівноцінного наукового або художнього значення» (п. 7 ст. 11)²⁷.

Питання реституції культурних цінностей, пограбованих нацистами під час Другої світової війни, повинні у всіх випадках розглядатися в світлі Декларації від 5 січня 1943 р., яку підписали уряди СРСР, США, Великої Британії і п'ятнадцять інших держав – членів антигітлерівської коаліції. У Декларації вони

попереджали «усіх тих, кому належить відати», що члени антигітлерівської коаліції «мають намір зробити все можливе для ліквідації методів позбавлення власності, що практикувалися урядами, з якими вони знаходяться в стані війни, стосовно країн і народів, які зазнали без усякої причини, нападу і розграбування». Далі держави, які підписали Декларацію, попереджали агресора, що «повністю резервують за собою право оголошувати недійсними будь-яку передачу чи будь-який правочин стосовно власності прав та інтересів будь-якого характеру»²⁸.

Тому реституція культурних цінностей із території переможеної Німеччини, яка несла особливу юридичну відповідальність як держава, що розв'язала агресивну війну, має безпрецедентну специфіку і особливості. Реституцію, замість Німеччини, здійснювали союзні держави Антигітлерівської коаліції (СРСР, США, Великобританія і Франція), які ліквідували нацистські органи влади і організували на території Німеччини власну верховну владу (Контрольну Раду в Берліні), а для зон окупації союзних держав – Головні командування військових адміністрацій у Німеччині.

Юридична, моральна і культурна обґрунтованість рівноцінного відшкодування збитків Німеччиною, як агресором, у 1945 р. не викликала ні в кого заперечень. За рішенням окупаційного влади Німеччину було зобов'язано відновити знищені й пограбовані культурні цінності своїм історико-культурним надбанням.

21 січня 1946 р. Контрольна Рада прийняла документ «Визначення поняття «реституція», в якому викладалися загальні принципи повосенної реституції, а 17 квітня 1946 р. – документ «Чотиристороння процедура реституції», в якому розкривалися вже методи і механізми реалізації реституції.

Ці документи визначили: «Право на реституцію мають тільки ті держави, територія яких була окупована повністю або частково збройними силами Німеччини або силами її союзників. Якщо реституція предмета не може бути проведена, то право стягуючої сторони на реституцію задовольняється шляхом компенсації із німецького майна рівноцінними речами. Всі питання, які пов'язані з реституцією, Контрольна Рада буде розв'язувати з урядом країни, у якої було викрадене майно. Щодо майна унікального характеру, реституція якого неможлива, будуть встановлені спеціальні інструкції»²⁹.

У червні 1946 р. такі інструкції були схвалені Координаційним Комітетом і передбачали, що вимога про заміну могла бути пред'явлена тільки на ті предмети унікального характеру – художні твори, предмети прикладного мистецтва, історичні реліквії, рідкісні рукописи і книги, предмети, які являли собою науково-історичну цінність. При цьому визначалося, що «заміна буде проводитись з усякого майна..., що належало Німеччині, будь то німецьким офіційним агентствам, громадським або приватним юридичним особам...»³⁰.

Якщо ставити під такий сумнів ці норми міжнародних документів щодо компенсаційної реституції, який має місце у мого опонента, цитуємо: «...Рано чи пізно, а німецькі культурні цінності, у своїй переважній більшості, повернуться на батьківщину. Але при цьому реально постає питання: «яке моральне обличчя перед світом матиме Україна як держава, що фактично переховувала чужі культурні цінності, повністю вилучивши їх з власного й світового культурного обігу?»³¹. Дотримуватись такої позиції – це все одно, що заперечувати підсумки Другої світової війни за вироком Нюрнберзького трибуналу 1945–1946 рр., яким звинувачено нацизм у злочинах щодо культурної спадщини європейських народів, що було надалі підтверджено Генеральною Асамблеєю ООН.

Компенсаційний реституційний обов'язок щодо культурних цінностей прямо чи опосередковано покладався також на сателітів гітлерівської Німеччини за Паризькими мирними договорами (1947 р.). Згідно зі ст. 75 договору з Італією, ст. 24 договору з Угорщиною, ст. 24 договору з Болгарією, ст. 23 договору з Румунією передбачалося, якщо в окремих випадках цим країнам немає як провести реституцію предметів, що становлять історичну або археологічну цінність і є частиною культурного надбання Об'єднаної Нації, з якої ці предмети було вивезено їх арміями, владою або громадянами силою чи з примусу, ці країни зобов'язувалися передати предмети такого гатунку і приблизно рівноцінні вивезеним, оскільки такі предмети можуть отримати в цих країнах³².

Як підсумок, у ХХ ст. можна визначити три етапи становлення компенсаційної реституції як виду міжнародно-правової відповідальності: Версальський, Ризький та Паризький. Кожен із них має свою специфіку і модифікацію, оскільки компенсаційна реституція встановлювалася як міжнародно-правове зобов'язання у міжнародних договорах у різні історичні періоди за різних воєнних обставин тощо. І відносини компенсаційної реституції залишаються в сучасному міжнародному праві актуальними.

За сучасним міжнародно-правовим регулюванням розмір реституції має відповідну визначеність. У Резолюції Генеральної Асамблеї ООН 56/83 від 12 грудня 2001 р.³³ зазначається, що тема відповідальності держави за міжнародно-протиправні діяння має величезне значення у відносинах між державами. ГА ООН прийняла до відома розроблені Комісією міжнародного права Статті про відповідальність держав за міжнародно-протиправні діяння і пропонувала державам взяти їх до уваги, не порушуючи при цьому питання про їх майбутнє прийняття або іншого належного заходу. У них встановлено, що держава, яка несе відповідальність за міжнародно-протиправний акт, зобов'язана здійснити реституцію, тобто відновити становище, яке існувало до вчинення протиправного діяння. Повне відшкодування збитків, заподіяних міжнародно-протиправними діяннями, як визначено в статтях, здійснюється у формі реституції, компенсації та сатисфакції або окремо, або у їх поєднанні (ст. 34 Додатку до Резолюції ГА ООН 56/83 від 12 грудня 2001 р.).

- ¹ Відомості Верховної Ради України. – 1999. – № 48. – Ст. 405.
- ² Кот С. Україна між Заходом і Сходом: проблеми повернення й реституції культурних цінностей / С. Кот // Пам'ятки України: історія та культура. Науковий часопис. – 2006. – № 4. – С. 96–119.
- ³ Там само. – С. 104.
- ⁴ Кот С. Українсько-німецькі відносини щодо повернення та реституції культурних цінностей (1991–2012 рр.) / С. Кот // Міжвідомчий збірник наукових праць. – К., 2012. – Вип. 21. – С. 170.
- ⁵ Опанасенко О. Проблема повернення культурних цінностей (Україна-Німеччина) / О. Опанасенко // Наукові записки ІІІ і ЕНД ім. Ф. Кураса НАН України. Вип. 42. – С. 221–231.
- ⁶ Там само. – С. 226.
- ⁷ Опанасенко О.І. Реституції в контексті Європейських домовленостей / О.І. Опанасенко // Гілея: науковий вісник. – К., 2015. – Вип. 94. – С. 66–71.
- ⁸ Там само. – С. 67.
- ⁹ Опанасенко О.І. Українсько-німецьке культурне співробітництво 1991–2008 рр. : автореф. дис. ... канд. істор. наук / О.І. Опанасенко. – К., 2010. – С. 19.
- ¹⁰ Реституція // Юридична енциклопедія: в 6 т. – К.: Вид-во «Українська енциклопедія ім. М.П. Бажана». – Т. 5. – С. 297.
- ¹¹ Опанасенко О.І. Реституції в контексті Європейських домовленостей / О.І. Опанасенко // Гілея: науковий вісник. – К., 2015. – Вип. 94. – С. 70.
- ¹² Там само. – С. 68.
- ¹³ Акуленко В.І. Міжнародне право охорони культурних цінностей та його імплементація у внутрішньому праві України / В.І. Акуленко. – К.: Юстініан, 2013. – 608 с.
- ¹⁴ Матеріали Міністерства культури України «Щодо наради з приводу проблемних питань стосовно реституції культурних цінностей». – 2017. – С. 7–8.
- ¹⁵ Тлумачення норм права // Юридична енциклопедія. – К., 2004. – Т. 6. – С. 80–82.
- ¹⁶ Котляревський І.П. Повне зібрання творів / І.П. Котляревський. – К.: Наукова думка, 1969. – С. 249.
- ¹⁷ Максимов В.В. Правова охорона культурних цінностей у Конвенціях ЮНЕСКО: автореф. дис. ... канд. юрид. наук / В.В. Максимов. – К., 1997. – 16 с.
- ¹⁸ Відомості Верховної Ради України. – 1995. – № 25. – Ст. 191.
- ¹⁹ Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 15. – Ст. 86.
- ²⁰ Кот С. Про деякі актуальні питання повернення та реституції культурних цінностей в контексті норм міжнародного права та законодавства України / С. Кот // Сайт «lostart.org.ua»: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://lostart.org.ua/research/834.html>
- ²¹ Богуславський М.М. Культурные ценности в международном обороте / М.М. Богуславский // Правовые аспекты. – М., 2012. – С. 234.
- ²² Kowalski W. Restytucja dzieł sztuki, studium z dziedziny prawa międzynarodowego. – Katowice. – 1993. – S. 43.
- ²³ Див., наприклад: Акуленко В.І. Міжнародне право охорони культурних цінностей та його імплементація у внутрішньому праві України / В.І. Акуленко. – К.: Юстініан, 2013. – 608 с.; Денисов В. Право українського народу на культурні цінності / В. Денисов // Український часопис прав людини. – 1995. – № 1. – С. 55–58; Коваль Д. В ім'я мистецтва: міжнародно-правовий контекстуальний аналіз захисту культурних цінностей у зв'язку зі збройним конфліктом / Д. Коваль. – Одеса, 2016. – 418 с.; Максимов В. До питання про правові підстави повернення культурних цінностей / В. Максимов // Повернення культурного надбання України: проблеми, завдання, перспективи. – К.: Танат, 1996. – Вип. 10. – Матеріали науково-практичного симпозиуму «Правові аспекти реституції культурних цінностей: теорія і практика (грудень 1996)». – С. 160–163.
- ²⁴ Цит. за: Ключников Ю.В. Версальський мирний договір / Ю.В. Ключников, А.В. Сабанин. – М., 1925. – С. 92.
- ²⁵ Цит. за: Ключников Ю.В. Сент-Жерменський мирний договір / Ю.В. Ключников, А.В. Сабанин. – М., 1925. – С. 61; Ключников Ю.В. Трианон / Ю.В. Ключников, А.В. Сабанин. – М., 1926. – С. 55; Там само. – С. 41–42.
- ²⁶ Nachlik S. La protection internationale de biens culturels en cas conflit arme / S. Nachlik // Resuel des cours de l'Academe de droit international. – 1967. – P. 100–101.
- ²⁷ Цит. за: Правова охорона культурних цінностей. Україна в міжнародно-правових відносинах / за ред. Ю.С. Шемшученка та В.І. Акуленка. – К., 1997. – Кн. 2. – С. 544.
- ²⁸ Там само. – С. 484.
- ²⁹ Акуленко В.І. Міжнародне право культурних цінностей та його імплементація у внутрішньому праві України / В.І. Акуленко. – С. 273.
- ³⁰ Там само.
- ³¹ Кот С. Україна між Заходом і Сходом: проблеми повернення й реституції культурних цінностей / С. Кот // Пам'ятки України: історія та культура. Науковий часопис. – 2006. – № 4. – С. 106.
- ³² Цит. за: Правова охорона культурних цінностей. Україна в міжнародно-правових відносинах / за ред. Ю.С. Шемшученка та В.І. Акуленка. – К., 1997. – Кн. 2. – С. 495, 496, 498, 499.
- ³³ Резолюція ГА ООН 56/83 від 12 грудня 2001 р. // Сайт «undocs.org»: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://undocs.org/ru/A/RES/56/83>

Резюме

Акуленко В.І. Дещо про нормативне регулювання «реституції» культурних цінностей з України.

У статті аналізується доволі не і помилкове тлумачення істориками Закону України «Про вивезення, ввезення та повернення культурних цінностей». Як наслідок, виправдовується передача з політичних мотивів переміщених культурних цінностей на території України, які є компенсацією за зруйновані й пограбовані нацистами у Другій світовій війні українські музеї, бібліотеки, архіви, загалом історико-архітектурні пам'ятки.

Ключові слова: реституція, реституція культурних цінностей, компенсаційна реституція, архів Баха, колекція Кенігса, Друга світова війна, переміщені культурні цінності.

Резюме

Акуленко В.И. Кое-что о нормативное регулирование «реституции» культурных ценностей из Украины.

В статье анализируется произвольное и ошибочное толкование историками Закона Украины «О вывозе, ввозе и возвращении культурных ценностей». Как следствие, оправдывается передача по политическим мотивам перемещенных культурных ценностей на территорию Украины, которые являются компенсацией за разрушенные и разграбленные нацистами во Второй мировой войне украинские музеи, библиотеки, архивы, в общем историко-архитектурные памятники.

Ключевые слова: реституция, реституция культурных ценностей, компенсационная реституция, архив Баха, коллекция Кенигса, Вторая мировая война, перемещенные культурные ценности.

Summary

Akulenko V. Something about the normative regulation of the “restitution” of cultural values from Ukraine.

The article analyzes the arbitrary and wrong interpretation by historians of the Law of Ukraine “On the export, import and return of cultural values”. As a result, the transfer for political reasons of displaced cultural values to the territory of Ukraine, which are compensation for Ukrainian museums, libraries, archives, on the whole historic and architectural monuments, destroyed and sacked by the Nazis during the Second World War, is justified.

Key words: restitution, restitution of cultural values, compensatory restitution, Bach Archive, Koenigs Collection, World War II, displaced cultural values.

УДК 343.9:343.35:35.08

Н.А. КОЛОМІЄЦЬ

Надія Андріївна Коломієць, студентка магістра-тури Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ СТВОРЕННЯ ТА ФУНКЦІОНУВАННЯ СПЕЦІАЛІЗОВАНОГО АНТИКОРУПЦІЙНОГО СУДУ В УКРАЇНІ КРІЗЬ ПРИЗМУ СВІТОВОГО ДОСВІДУ

За даними соціологічних досліджень, зокрема «Барометра Світової Корупції» (Global Corruption Barometer) від Transparency International та Gallup International Association, найкорумпованішою сферою українці вважають судову владу (66 відсотків). Подібні результати продемонстрували підсумки дослідження, проведеного Українським центром економічних і політичних досліджень імені Олександра Разумкова: судову владу українці вважають найбільш корумпованою сферою, а 47 відсотків опитуваних вважають, що у судовій владі корупцією охоплено все. За даними Світового Індексу Правосуддя (World Justice Project – Rule of Law Index) Україна у сфері «відсутність корупції» в судовій системі зайняла 94 місце з 99 проаналізованих країн.

Згідно із судовим індексом, який визначається Європейською бізнес-асоціацією, судова влада дискредитувала себе також в очах бізнес-середовища: за всіма складовими індексу оцінка судочинства в Україні є негативною.

Першим кроком у реформуванні судової влади стало прийняття 8 квітня 2014 р. Закону України «Про відновлення довіри до судової влади в Україні», що сприяв створенню правових передумов для самоочищення судової влади за безпосередньої участі громадськості.

Реформи останніх років в Україні не оминули жодну із гілок влади. Не стали винятком і судові органи. Через низький рівень довіри суспільства до судів загальної юрисдикції, створення Спеціалізованої антикорупційної прокуратури та Національного антикорупційного бюро набрав чинності Закон України «Про вищий антикорупційний суд».

Суспільство покладає неабиякі надії на те, що судовий орган, який має запрацювати, допоможе посилити боротьбу з корупцією. Але чи буде це так? Чи допоможе спеціалізований суд вирішити питання з притягненням до кримінальної відповідальності топ-корупціонерів країни – велике питання.

Досліджувані питання тією або іншою мірою стали предметом наукових пошуків і дискусій для таких учених, як: О.Ю. Бусол, Б.М. Головкін, О.М. Костенко, О.М. Литвинов, Д.С. Машлякевич, О.В. Нестеренко, М.І. Хавронюк, В.І. Шакун, О.Ю. Шостко та ін.

Законом України «Про Вищий антикорупційний суд» у 2018 р. вперше в Україні визначено засади організації та діяльності Вищого антикорупційного суду, спеціальні вимоги до суддів цього суду та гарантії їх діяльності.

Вищий антикорупційний суд є постійно діючим вищим спеціалізованим судом у системі судоустрою України. Завданням Вищого антикорупційного суду є здійснення правосуддя відповідно до визначених законом засад та процедур судочинства з метою захисту особи, суспільства та держави від корупційних і пов'язаних із ними злочинів та судового контролю за досудовим розслідуванням цих злочинів, дотриманням прав, свобод та інтересів осіб у кримінальному провадженні.

Вищий антикорупційний суд: здійснює правосуддя як суд першої та апеляційної інстанцій у кримінальних провадженнях щодо злочинів, віднесених до його юрисдикції (підсудності) процесуальним законом, а також шляхом здійснення у випадках та порядку, визначених процесуальним законом, судового контролю за дотриманням прав, свобод та інтересів осіб у таких кримінальних провадженнях; аналізує судову статистику, вивчає та узагальнює судову практику у кримінальних провадженнях, віднесених до його підсудності, інформує про результати узагальнення судової практики Верховний Суд та надає йому пропозиції до виснов-

ків щодо проектів законодавчих актів, які стосуються організації та діяльності Вищого антикорупційного суду, спеціальних вимог до суддів цього суду та гарантій їх діяльності, а також оприлюднює їх на своєму офіційному веб-сайті. Територіальна юрисдикція (підсудність) Вищого антикорупційного суду поширюється на всю територію України.

У Законі України «Про Вищий антикорупційний суд» зазначено, що Вищий антикорупційний суд формується протягом 12 місяців з дня набрання чинності цим Законом. Тобто, до моменту початку функціонування суду залишилося півроку, а не вирішеними залишаються ще низка важливих питань.

Найперше, на що звертають увагу юристи, це законність функціонування спеціалізованого антикорупційного суду паралельно з судами першої інстанції. Перевагою такої ситуації є те, що зменшується навантаження на суддів судів загальної юрисдикції, є можливість підвищити професійну спеціалізацію суддів, організувати більш жорсткий їх відбір до спеціалізованого суду тощо.

Проте проблемним залишиться питання щодо апеляційного перегляду рішень Вищого антикорупційного суду. Адже він буде здійснюватися такими ж суддями (мається на увазі їх знання та практичні навички у розгляді справ, пов'язаних з корупцією) Апеляційної палати Вищого антикорупційного суду. Чи виправданим буде таке поєднання в одному суді двох інстанцій (а саме першої та апеляційної), покаже час¹.

Разом із тим антикорупційні суди розглядають по суті ті ж справи, що й суди загальної юрисдикції. Справа у тому, що завданням спеціалізованого антикорупційного суду є розгляд справ, пов'язаних з кримінальними правопорушеннями, які підслідні Національному антикорупційному бюро. Відповідно до чинного Кримінально процесуального кодексу України та Закону України «Про Національне антикорупційне бюро України» до підслідності детективів НАБУ належать лише справи щодо окремих категорій суб'єктів, якщо ж такий злочин вчинено чиновниками нижчого рангу – ця справа не підслідна НАБУ, а отже, буде підсудна до звичайних судів.

Кримінальний процесуальний кодекс доповнений ст. 33-1, яка визначає підсудність Вищого антикорупційного суду, у якій зазначено, що Вищому антикорупційному суду підсудні кримінальні провадження стосовно корупційних злочинів, передбачених у примітці ст. 45 Кримінального кодексу України, ст. ст. 206-2, 209, 211, 366-1 ККУ, якщо наявна хоча б одна з умов, передбачених п. 1–3 частини п'ятої ст. 216 Кримінального процесуального кодексу України.

Системний аналіз норми, а також синтаксична побудова речення частини 1 статті 33-1 КПК дозволяє дійти висновку, що положення щодо суб'єктного складу корупційного злочину, справи за якими, визначені приміткою до статті 45 ККУ та підслідні ВАС, слід враховувати у взаємозв'язку².

Також слід зауважити, що оскільки ч. 5 ст. 216 Кримінального процесуального кодексу України встановлює правила підслідності не лише за складом злочину особливої частини КК України, а й за суб'єктами кримінального правопорушення, при цьому частина складів злочинів, передбачених приміткою до ст. 45 КК України, не підслідні НАБУ (наприклад, ст. ст. 308, 312, 320 та інші злочини), тобто ці злочини визнані законодавцем корупційними, але підслідні іншим ніж НАБУ органам досудового розслідування. І як наслідок, не розглядатимуться Вищим антикорупційним судом.

Спірним залишається питання й про те, що підслідність та підсудність корупційних злочинів залежить від застосування критерію, визначеного пунктом другим ч. 5 ст. 216 КПК України, щодо розміру предмета злочину або завданої злочином шкоди (розмір предмета злочину або завданої ним шкоди в п'ятсот і більше разів перевищує розмір прожиткового мінімуму для працездатних осіб, встановленої законом на час вчинення злочину). Таким чином антикорупційний суд «втрачатиме» ще низку корупційних справ.

Крім того, правознавці, зокрема С. Алексєєв звертають увагу на те, що створюючи суд виключно під НАБУ та САП ми створимо суб'єктну підслідність і такий суд буде пов'язаний з суб'єктом розслідування, що природно створить тісні зв'язки між звинуваченням (НАБУ та САП) та судом. Вже з самого початку ВАС буде налаштований на звинувачення і порушиться змагальність судового процесу, за яким і звинувачення, і захист повинні мати рівні права. Подібна односторонність суду може призвести до порушення конституційного права на захист та нових гучних позовів до ЄСПЛ проти України³.

Тож є велика вірогідність того, що ст. ст. 33-1 та 216 КПК України створюватимуть велику кількість правових колізій щодо визначення підслідності. І над вирішенням цієї проблеми законодавцеві час працювати вже зараз, адже Вищий антикорупційний суд запрацює вже зовсім скоро.

Наступне, на що треба звернути увагу – територіальність розгляду клопотань слідчими суддями Вищого антикорупційного суду. Справа у тому, що юрисдикція суду поширюватиметься на всю територію України, в той час як територіальні управління Національного антикорупційного бюро, що виконують функцію досудового розслідування у регіонах, створені вже у трьох областях. Обмежені строки подання та розгляду таких клопотань і віддаленість територіальних управлінь Національного антикорупційного бюро можуть неабияк ускладнити процедуру розслідування корупційних злочинів.

Та якщо для усунення всіх вищезгаданих прогалин у законодавстві та перешкод у створенні і подальшому функціонуванні антикорупційного суду достатньо попрацювати законодавцеві, то вирішення найгострішої проблеми – ефективності таких судів взагалі важко покласти конкретно на якийсь орган. Адже подібні до Вищого антикорупційного суду установи функціонують у деяких державах вже досить давно, але не завжди приносять бажані результати.

Найбільш розвинені країни взагалі відмовилися від ідеї створення спеціалізованих антикорупційних судів. Наприклад, у США абсолютно всі суди вважаються антикорупційними, що по своїй суті є логічним.

Таку ж думку підтримують і вітчизняні науковці. Зокрема, А. Осадча зазначає, що суспільство висловлює свою думку з приводу відсутності доцільності створення антикорупційного суду, оскільки кількісні показники справ, що будуть підсудні антикорупційному суду, наразі свідчать про відсутність необхідності його створення. Одна з основних думок, що звучить на тему створення Вищого антикорупційного суду, стосується того, що суспільство бажає, щоб усі суди в країні були некорумпованими, працювали швидко, ефективно та об'єктивно⁴.

Що ж до інших країн, то сьогодні у світі існує близько 20 держав, у яких діють подібні структури. На даний час спеціалізовані антикорупційні суди створені і функціонують у Філіппінах (1979 р.), Пакистані (1999 р.), Індонезії і Непалі (2002 р.), Кенії (2003 р.), Бангладеші (2004 р.), Бурунді (2006 р.), Хорватії і Уганді (2008 р.), Словаччині (2009 р.), Афганістані і Палестині (2010 р.), Камеруні і Малайзії (2011 р.), Болгарії і Сенегалі (2012 р.), Ботсвані (2013 р.), Мексиці (2015 р.), Танзанії і Таїланді (2016 р.). Як бачимо, такі суди створюються переважно у корумпованих країнах Азії та Африки (Філіппіни, Кенія, Бангладеш, Малайзія, Непал, Індонезія, Камерун, Афганістан, Уганда та ін.) і майже не зустрічаються у європейських країнах (виключеннями є Хорватія, Словаччина та Болгарія)⁵.

Найбільш поширеною мотивацією створення спеціалізованих антикорупційних судів є бажання підвищити ефективність судової системи при вирішенні справ про корупцію. Невідкладність боротьби з корупцією означає, що значні затримки в розгляді справ про корупцію є дуже проблемними, особливо через те, що такі затримки загрожують підірвати впевненість громадськості у відданості уряду боротися з корупцією та його спроможності робити це ефективно.

Наступною мотивацією створення спеціалізованих антикорупційних судів є забезпечення того, щоб справи про корупцію розглядалися безстороннім і незалежним судом, вільним від корупції та неналежного впливу політиків або інших впливових діячів, наскільки це можливо.

Однією із переваг створення спеціалізованого антикорупційного суду є також бажання створити судовий орган із більшою компетентністю. Багато справ про корупцію, особливо тих, в яких залучені складні фінансові операції або ретельно продумані схеми, можуть бути складнішими, ніж пересічні справи, які знаходяться на розгляді багатьох суддів звичайних судів.

У світі існує чотири моделі антикорупційних судів: одноосібний суддя (судді призначаються або уповноважуються бути суддями з розгляду справ про корупцію у загальних місцевих судах; зазвичай процес оскарження рішень залишається той самий – Бангладеш, Кенія); суд першої інстанції (спеціалізований антикорупційний суд має первісну юрисдикцію над справами про корупцію, а апеляційні скарги розглядаються у верховному суді – Бурунді, Камерун, Хорватія, Непал, Пакистан, Сенегал, Словаччина); суд змішаного типу (антикорупційний суд може функціонувати як суд першої інстанції при розгляді деяких (більш важливих) справ про корупцію і як апеляційний суд при розгляді інших справ, які розглядаються в першій інстанції загальними місцевими судами. Апеляційні скарги на рішення антикорупційного суду надходять до верховного суду – Ботсвана, Філіппіни, Уганда); універсальний паралельний суд (система антикорупційних судів включає як суди першої інстанції, так і апеляційні суди – Афганістан, Болгарія, Індонезія, Малайзія)⁶.

Однак за роки існування антикорупційних судів, ситуація, якщо брати до уваги «Всесвітній рейтинг корупції», який щорічно складається Transparency International, у окремих країнах радикально не змінилася. Це все по суті доводить, що темпи зростання чи зменшення корупції прямо не залежать від того, яким саме судом розглядатиметься корупційна справа, а перебувають у прямому зв'язку між економічною ситуацією у державі та суспільною свідомістю.

Слід додати також і те, що антикорупційних судів у «чистому» вигляді не існує в жодній європейській державі. Як у Хорватії та Словаччині, так і в Болгарії на них покладається розгляд ще деяких категорій справ. Зокрема, щодо організованої злочинності, торгівлі людьми, тероризму тощо.

Відомим є і той факт, що антикорупційні суди часто мають більш символічне значення, аніж практичне. Часто подібні органи створюються для того, аби показати суспільству розрив з минулою судовою системою та своєрідний відхід від «старого режиму». В Європі для них будують навіть нові будівлі, аби новостворений судівський корпус ніяк не асоціювався з минулими часами. З цієї ж причини практикують набір суддів до антикорупційних судів зовсім інакшою процедурою, ніж до судів загальної юрисдикції. Розповсюдженим є досвід набору суддів *ad hoc* з числа науковців, які, виконавши судові повноваження, повертаються до попередньої роботи. З огляду на те, що в Україні, якщо не буде внесено змін до законодавства, Вищий антикорупційний суд розглядатиме досить невелику кількість справ, можливо було б перейняти таку практику. Це певною мірою допомогло б зменшити навантаження на бюджет країни і дало б змогу залучити до розгляду справ висококваліфікованих спеціалістів.

Нерідко спеціалізовані судові установи зустрічаються також з тими ж проблемами, що й суди загальної юрисдикції. Для прикладу антикорупційний суд Палестини називають судом «конвеєрного правосуддя», бо навіть складні й великі за обсягом корупційні справи судді вимушені розглядати у десятиденний термін. У філіппінському суді іноді, навпаки, справи, що мають бути розглянуті упродовж трьох місяців, розглядались десятиліттями. Також всесвітньо відомою є історія про те, як у Філіппінах Верховний суд відсторонив суддю антикорупційного суду від здійснення правосуддя через те, що останній виявився причетним до корупційного злочину. Хотілося б, щоб в Україні подібний досвід не повторився.

Тож з огляду на світовий досвід ситуація, що склалася навколо Антикорупційних судів, є неоднозначною. Зневіра у ефективності судів загальної юрисдикції змусила велику кількість країн, зокрема й Україну,

створити антикорупційні суди. Але підсумовуючи слід підкреслити, що антикорупційними за своєю сутністю мають бути абсолютно всі суди у державі, а судді – чесними та добропорядними.

На сьогодні майже неможливо однозначно бути за чи проти створення Вищого антикорупційного суду. Так чи інакше, закон про нього вже ухвалено, а результати його роботи ми зможемо побачити лише згодом.

Проте створення та функціонування спеціалізованого антикорупційного суду, особливо у поєднанні з існуючими нині прогалинами й неточностями у законодавстві, може значно порушити баланс існуючої нині судової системи.

Головним залишається питання про те, чи не буде цей орган боротися з корупцією лише декларативно і «на папері». Чи не стане він об'єктивно не затребуваним органом? Чи не повторить Україна негативний досвід інших країн? І щоб відповідь на це питання була негативною, вищий законодавчий орган нашої держави має докласти максимум зусиль, аби створити всі умови задля того, аби Вищий антикорупційний суд міг ефективно виконувати всі покладені на нього завдання.

Зростання антикорупційного потенціалу суспільства, формування психологічної установки у населення щодо несприйняття корупції як способу вирішення проблеми, роз'яснення найбільш важливих антикорупційних заходів, спрямованих на подолання пасивності суспільства щодо протидії корупції, залучення широких верств населення до активної участі в антикорупційній діяльності і проведення інформаційних кампаній є нагальним завданням на сучасному етапі розвитку українського суспільства⁷.

¹ Гурська А. Вищий антикорупційний суд: від «А» до «Я» / А. Гурська // Юридична газета. – 2018. – № 29/30 (10 липня). – С. 24–25.

² Рафальська І. Деякі аспекти Закону України «Про Вищий антикорупційний суд». Роздуми вголос / І. Рафальська // Юридичний вісник України. – 2018. – № 24 (15–21 червня). – С. 5.

³ Алексеев С. Міжнародні стандарти правосуддя та Антикорупційний суд / С. Алексеев // Юридичний вісник України. – 2018. – № 10/11 (9–22 березня). – С. 8.

⁴ Осадча А. Вищий антикорупційний суд: варто чи ні? / А. Осадча // Юридична газета. – 2017. – № 40 (3 жовтня). – С. 20–21.

⁵ Метью К. Стівенсон, Софі А. Шютте. Спеціалізовані антикорупційні суди. Порівняльна картографія. – Вип. У4. – Лютий 2017, № 5: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://www.u4.no/publications/specialised-anti-corruption-courts-a-comparative-mapping-ukranian.pdf>

⁶ Матеріали експертного обговорення «Спеціалізований антикорупційний суд: найкращі світові практики та перспективи створення в Україні» // Програма «Нове правосуддя», ОБСЄ. – 2017. – 31 с.

⁷ Сметаніна Н.В. Небезпечні наслідки корупції для особи, держави та суспільства / Н.В. Сметаніна // Право і суспільство. – 2017. – № 4. – Ч. 2. – С. 162–165.

Резюме

Коломіць Н.А. Проблемні питання створення та функціонування спеціалізованого антикорупційного суду в Україні крізь призму світового досвіду.

У статті досліджено проблемні питання створення Вищого антикорупційного суду в Україні та шляхи їх виправлення. Висвітлено актуальність проблеми функціонування антикорупційних судових установ у світі, передумови їх створення та наслідки роботи.

Ключові слова: антикорупційний суд, корупція, підсудність справ, територіальність розгляду, спеціалізація.

Резюме

Коломіц Н.А. Проблемные вопросы создания и функционирования специализированного антикоррупционного суда в Украине через призму мирового опыта.

В статье исследованы проблемные вопросы создания Высшего антикоррупционного суда в Украине и пути их исправления. Освещены актуальность проблемы функционирования антикоррупционных судебных учреждений в мире, предпосылки их создания и последствия работы.

Ключевые слова: антикоррупционный суд, коррупция, подсудность дел, территориальность рассмотрения, специализация.

Summary

Kolomiets N. Problematic issues of the creation and functioning of a specialized anti-corruption court in Ukraine through the prism of world experience.

The article deals with the problematic issues of the creation of the Higher Anti-Corruption Court in Ukraine and the ways of their correction. The actuality of the problem of the functioning of anti-corruption judicial institutions in the world, the preconditions for their creation and the consequences of work are highlighted.

Key words: anticorruption court, corruption, jurisdiction, territoriality of consideration, specialization.

О.В. МААЛУЛІ

*Олександра Володимирівна Маалулі, студентка
магістратури Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

ДОБРОЧЕСНІСТЬ ЯК ОДНА ІЗ ВИМОГ СУЧАСНОГО АНТИКОРУПЦІЙНОГО ЗАКОНОДАВСТВА

Здається, за останні роки поняття «доброчесність» набуло найбільш актуального значення для українського суспільства. І не дарма, бо потерпаючи в корупційних схемах, які в свою чергу підривають авторитет держави та значно погіршують її економічне становище, нарешті звернулись до витоків і основних вимог морально-етичного аспекту особистості.

Поняттям доброчесність пронизане все сучасне антикорупційне законодавство. Так, Указом Президента України від 11 вересня 2006 р. № 742 було затверджено Концепцію подолання корупції в Україні «На шляху до доброчесності»¹, яка в подальшому втратила чинність у зв'язку з Указом Президента України «Про національну антикорупційну стратегію на 2011–2015 рр.»². Необхідно зазначити, що тлумачення самого поняття «доброчесність» і досі не закріплено в жодному з сучасних антикорупційних законів, що можна вважати прогалиною сучасного антикорупційного законодавства³.

Само по собі поняття «доброчесність» є оціночним, тому в кожній сфері за різних часів її значенню надавалось особливе забарвлення. А також враховуючи, що це поняття було сформоване за рамками юриспруденції, для його тлумачення пропонуємо звернутися до етимології слова «доброчесність» та філософських вимірів і уявлень.

Передусім необхідно зазначити, що слово «доброчесність» складається з двох окремих слів – «добро» та «чесність», які, з одного боку, мають своє окреме значення та несуть окреме змістовне навантаження, а, з другого, є взаємопов'язаними та взаємообумовленими. А оскільки вони є й повинні бути базовими принципами діяльності кожного українського чиновника, тому й знайшли своє відображення, поєднуючись в одному понятті «доброчесність». І дійсно, доброчесність постає ідеалом людського життя, спрямованого до добра, справедливості, честі й гідності.

Уявлення про те, у чому полягає суть доброчесності та як її досягти, були не лише частиною філософської проблематики, а й завжди відображали розуміння представників певної культури про те, як людина має влаштовувати своє життя згідно з принципами добра та справедливості тощо⁴. Наприклад, Апостол Павло за часи становлення християнства закликав всіх жити доброчесно, про що й писав в книзі Римлянам 13:13: «Як день, – поведімося доброчесно: не в ненажерстві та пияцтві, не в перелюбі та розпусті, не в сварці та заздросках, але зодягніться у Господа Ісуса Христа, і не дбайте про тіло задля похотей»⁵.

Доброчесність (церковнослов'янське: ціломудрія, моральна й тілесна чистота та невинність, цнота, латинською: *castitas*; англійською: *chastity, integrity*) – моральна якість та чеснота, проявляється у тілесній чистоті у всіх її проявах, яка досягається в процесі виховання та отримання освіти, а тому може бути сформована протягом життя. Отже, якщо людина сформована доброчесною, то вона здатна протистояти різним негативним явищам і спокусам, зокрема й таким, як конфлікт інтересів, корупційні прояви тощо⁶.

Доброчесність як одна з основних категорій теорії моральності була в центрі філософських роздумів ще від самого виникнення філософії як науки. На думку Аристотеля, від природи людині дано в руки «зброю» – розсудливість і чеснотливість, але нею можна користуватись і протилежним чином. При цьому останню мислитель позиціонував як здатність керувати державою⁷.

Сократ надавав чесноті та справедливості значення найціннішого у світі, так само як праву й законам. Розмірковуючи над суперечністю між реальними моральними стосунками тогочасного афінського суспільства та моральною свідомістю, Сократ замислювався, чому всі визнають абсолютну цінність доброчесності, проте не дотримуються її. Він дійшов висновку, що громадяни Афін не знають доброчесності⁸.

Джеремі Бентам зазначав, що доброчесність – це протилежність корисливості; пожертва власними інтересами спільній користі⁹.

На думку Джорджа Мура, критерій етичного значення поняття «доброчесність» той самий, що й поняття «обов'язок»¹⁰.

У свою чергу Густав Радбрух називав доброчесність позитивною моральною властивістю, високою моральністю конкретної людини¹¹.

Звертаючись до Великого тлумачного словника сучасної української мови, бачимо, що поняття доброчесності розглядається як властивість за значенням «доброчесний», висока моральна чистота, чесність. Доброчесний – який живе чесно, дотримується всіх правил моралі¹².

Відповідно до визначення в сучасному словнику з етики доброчесність – це позитивна моральна якість, зумовлена свідомістю і волею людини, яка є узагальненою стійкою характеристикою людини, її способу життя, вчинків; якість, що характеризує готовність і здатність особистості свідомо й неухильно орієнтуватися у своїй діяльності та поведінці на принципи добра і справедливості¹³.

Доброчесність державної влади може в найбільш загальному вигляді означати високоморальну характеристику її представників, діяльність яких спрямовується на досягнення добра як для кожної окремої людини, так і для суспільства в цілому. Тому доброчесність – це важлива категорія, яка включає всі сторони моральності та, по суті, є трансформацією добра в професійну етичну сферу. Поєднання моральності й добра дає можливість окреслити площину доброчесності особи, яка здійснює функції держави, зокрема: компетентність, вимогливість до себе, безкорисливість, чесність, твердість, сумлінність¹⁴.

До речі, розуміючи небезпеку корупції та її проявів, закріплюються законодавчі акти й на міжнародному рівні, в яких поняття «доброчесна поведінка» проходить червоною ниткою. Спираючись на міжнародне законодавство, закладається основа для боротьби, протидії та запобіганню корупції в Україні. А саме ключовими міжнародними стандартами, які регулюють питання доброчесності, є:

- Конвенція ООН проти корупції;
- Кримінальна конвенція Ради Європи про боротьбу з корупцією;
- Цивільна конвенція Ради Європи про боротьбу з корупцією;
- Принципи ОЕСР управління етикою на державній службі;
- Керівні принципи ОЕСР щодо вирішення конфліктів інтересів на державній службі;
- Модельний кодекс поведінки державних службовців країн Ради Європи (Рекомендації Комітету Міністрів Ради Європи, 2000 р.).

В історії ж українського народу вирішальною подією стала Революція Гідності (листопад 2013 р. – лютий 2014 р.), яка надихнула на проведення низки реформ, однією з яких і стала реформа протидії корупції. Вже у жовтні 2014 р. затверджується Антикорупційна стратегія («Засади державної антикорупційної політики в Україні на 2014–2017 рр.»). Безпосередньо вже у ній передбачено створення реєстру недобросовісних учасників державних закупівель задля усунення ризиків корупції та впровадження прозорої системи проведення державних закупівель.

Антикорупційною стратегією також планується створення проектів «пакти доброчесності» в інфраструктурних проєктах або інших проєктах, що передбачають значні бюджетні витрати, шляхом формування тристороннього (уряд – бізнес – громадськість) механізму контролю за плануванням та реалізацією таких проєктів, цільового й ефективного витрачання відповідних коштів.

Того ж 2014 р. приймається Закон України «Про запобігання корупції». У законодавстві вже чітко розмежовано поняття потенційного та реального конфлікту інтересів, визначено детальні механізми запобігання та врегулювання конфлікту інтересів, інші обмеження щодо запобігання корупції, специфіку врегулювання конфлікту інтересів у діяльності окремих категорій осіб, ефективну систему декларування не лише доходів, а й видатків, що стало пріоритетним кроком на шляху до імплементації міжнародних стандартів доброчесної поведінки¹⁵.

У ст. 5 Модельного кодексу поведінки державних службовців країн Ради Європи (Рекомендації Комітету Міністрів Ради Європи, 2000 р.) зазначено, що державний службовець повинен бути чесним, безстороннім, ефективним, виконувати свої повноваження, виходячи з чесності, беручи до уваги публічні інтереси. Державний службовець зобов'язаний завжди поводитись таким чином, щоб була забезпечена віра громадськості у чесність, безсторонність і ефективність публічної влади (ст. 9).

Для подальшої імплементації міжнародних стандартів щодо доброчесності Верховна Рада України прийняла Закон України «Про державну службу». Відповідно до положень вказаного Закону доброчесність є одним із основних принципів здійснення державної служби. Так, зокрема, доброчесність – спрямованість дій державного службовця на захист публічних інтересів і відмова державного службовця від переважання приватного інтересу під час здійснення наданих йому повноважень. Відповідно до Правил етичної поведінки державних службовців, затверджених постановою Кабінету Міністрів України від 11 лютого 2016 р. № 65 (далі – Правила), доброчесність передбачала:

- 1) спрямованість дій на захист публічних інтересів, забезпечення пріоритету загального блага громадян над особистими, приватними або корпоративними інтересами;
- 2) неприпустимість використання державного майна в особистих цілях;
- 3) недопущення наявності конфлікту між публічними та особистими інтересами;
- 4) нерозголошення та невикористання інформації, що стала відома у зв'язку з виконанням державним службовцем своїх обов'язків, у тому числі після припинення державної служби, крім випадків, установлених законом;
- 5) недопущення надання будь-яких переваг і виявлення прихильності до окремих фізичних та юридичних осіб, політичних партій, громадських і релігійних організацій.

Подальше впровадження стандартів доброчесності як ключового інструменту боротьби з корупцією знайшло своє відображення в Методичних рекомендаціях з питань запобігання та врегулювання конфлікту інтересів, затверджених рішенням Національного агентства з питань запобігання корупції від 14 липня 2016 р. № 2¹⁶.

«Безумовно, впровадження стандартів добросочності потребує комплексного вчинення дій з боку всіх осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, іншими прирівняними до них особами, які мають бути спрямовані на:

- створення при радах постійних комісій з питань запобігання та врегулювання конфлікту інтересів;
- закладення в антикорупційні програми державних органів та юридичних осіб вимог щодо дотримання стандартів добросочності;
- проведення інформаційної кампанії щодо популяризації стандартів добросочності;
- зміцнення механізмів співпраці та обміну інформацією між спеціально уповноваженими суб'єктами у сфері протидії корупції;
- контроль конфлікту інтересів у діяльності новопризначених посадових осіб;
- передачу в управління підприємств і корпоративних прав у разі призначення на посаду, яка передбачає виконання функцій держави або місцевого самоврядування»¹⁷.

Вимога добросочності закріплена також у ст. 69 Закону України «Про судоустрій та статус суддів», а саме: на посаду судді може бути призначений громадянин України, не молодший тридцяти та не старший шістдесяти п'яти років, який має вищу юридичну освіту і стаж професійної діяльності у сфері права не менше п'яти років, є компетентним, добросочним та володіє державною мовою¹⁸.

Одним із варіантів оцінки добросочності суддів є методологія перевірки, якою послуговується громадський рух «Чесно», а саме наявність декількох критеріїв, яким повинен відповідати кандидат на посаду судді:

- 1) непричетність до корупції або кримінальних правопорушень;
- 2) відповідність стилю життя задекларованим доходам та прозорість статків;
- 3) непричетність до порушення прав людини;
- 4) дотримання норм етики¹⁹.

У 2015 р. у м. Прага на базі інституту CEELI було визначено добросочність як «внутрішню рису людини, коли вона діє відповідно до певних принципів та цінностей, не йдучи на компроміси ні на роботі, ні в приватному житті. Це означає чесне, сумлінне, правильне і самовіддане виконання трудових обов'язків. Насправді, чесність проявляється у виконанні суддівських обов'язків з об'єктивністю, на основі повної рівності, дотримання законодавчих умов, все для забезпечення законності. У судочинстві добросочність означає набагато більше, ніж сумлінність. Це обов'язок. Добросочність аналізується з двох різних точок зору: верховенство закону, де добросочність розцінюється як професіоналізм громадянського представника (внутрішня добросочність); і демократія, де добросочність стосується відповідальності, що правосуддя і його інститути мають перед громадськістю, щоб отримати суспільну довіру (добросочність із зовнішньої точки зору). Проте очевидно, що врешті-решт обидві точки зору вказують на одне й те саме – індивідуальну добросочність громадянського представника. Коли цінності деградують, все перетворюється на те, що ми називаємо корупцією»²⁰.

Вважаємо за необхідне також звернути увагу на наявність Національної системи добросочності (далі – НСД), бо саме вона охоплює основні сфери діяльності держави, що відповідають за боротьбу з корупцією. Зокрема, такі сфери охоплюють не лише різноманітні державні органи (парламент, уряд, публічний сектор, органи судової влади тощо), а й політичні партії, громадянське суспільство, засоби масової інформації (далі – ЗМІ) та бізнес. Якщо всі перелічені сфери функціонують належним чином, вони створюють здорову, ефективну та надійну національну систему добросочності, що належно долатиме корупцію в межах більш широкої боротьби проти зловживання владою, посадових злочинів і незаконного привласнення в усіх його формах. Навпаки, якщо в цих сферах відсутні відповідні правила і підзвітність, вірогідніше за все, корупція буде процвітати і суттєво негативно впливати на суспільну мету справедливого зростання, сталого розвитку та соціальної згуртованості. Тому зміцнення НСД сприяє ефективнішому управлінню в країні і, в кінцевому результаті, робить суспільство загалом більш справедливим. Концепція НСД була напрацьована та впроваджувалась Transparency International як елемент загального підходу до протидії корупції. Хоча загалом не існує єдиного стандарту до побудови ефективної антикорупційної системи, у міжнародній спільноті поступово формується консенсус щодо ключових елементів, які найбільш ефективно запобігають корупції та сприяють добросочності. Дослідження НСД передбачає оцінку правової основи та практики функціонування інститутів і секторів, що стосуються протидії корупції. Такі сфери оцінюються у системному зв'язку із соціальними, економічними, політичними та культурними основами системи добросочності. Дослідження НСД базується на системному підході до запобігання корупції: у ньому розглядається весь спектр відповідних інституцій і секторів, а також взаємозв'язки між ними. Отже, передбачається, що недостатній рівень добросочності в межах однієї інституції може породжувати серйозні проблеми у функціонуванні всієї системи добросочності загалом. А тому головним завданням дослідження НСД є оцінка функціонування відповідних інституцій і секторів у їх сукупності, виявлення особливостей їх взаємодії. Transparency International вважає, що застосування такого системного підходу до аналізу системи добросочності є необхідною передумовою виявлення корупційних ризиків напрацювання ефективної стратегії протидії таким ризикам. Аналітична діяльність поєднуються з консультаціями з органами влади, громадянським суспільством, бізнесом та іншими суб'єктами, залученнями до протидії корупції, що має на меті створити імпульс, політичну волю та громадянський тиск для ініціювання реформ²¹.

Загалом можна дійти висновку, що в сучасному міжнародному та національному законодавстві у сфері боротьби, протидії та запобіганні корупції ніби презюмується добродесна поведінка представників державної влади, діяльність яких спрямовується на досягнення добробуту та блага суспільства. А тому, відкидаючи цей головний критерій (вимогу), або як-то кажуть, характерну рису особистості, не може йтися про дію антикорупційного законодавства в його практичному значенні.

Аналізуючи сучасне антикорупційне законодавство, можна побачити, що законодавець, створюючи основу для запобігання корупції, нібито розраховує на те, що кожна особа вже має в собі всі необхідні якості, у тому числі й головну вимогу – добродесність, для досягнення основної мети, закладеної в нормативно-правових актах. Тільки добродесний представник державної влади здатен протистояти різним негативним явищам і спокусам, зокрема й таким, як конфлікту інтересів, корупції та її проявам тощо.

¹ Про Концепцію корупції в Україні «На шляху до добродесності»: Указ Президента України від 11 вересня 2006 р. № 742 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/742/2006>

² Про Національну антикорупційну стратегію на 2011–2015 рр.: Указ Президента України від 21 жовтня 2011 р. № 1001/2011 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1001/2011>

³ Сорокіна Н.Г. Добродесність як необхідний морально-етичний складник діяльності публічного службовця / Н.Г. Сорокіна : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.jurnaluljuridic.in.ua/archive/2017/5/8.pdf>

⁴ Там само.

⁵ Біблія : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://www.bibleonline.ru/bible/ukr/52/13/>

⁶ Гошовська В. Суспільно-демократичні цінності – основа формування еліти в державному управлінні: навч. метод. матеріали / В. Гошовська, І. Сурай; уклад. Ю. Стрілецька. – К.: Національна академія державного управління при Президенті України, 2013. – 56 с. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://academy.gov.ua/NMKD/library_nadu/Navch_Posybniky/83e5df51-71d1-4384-8229-5f4987c2030e.pdf

⁷ Глущенко С. Що розуміти під професійною етикою та добродесністю в контексті кваліфікаційного оцінювання суддів? / С. Глущенко : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://zib.com.ua/ua/125930-scho_rozumiti_pid_profesiynoyu_etikoju_ta_dobrochesnistyu_v_.html

⁸ Лис В. Про Сократа, Данила Галицького, Фернандо Магеллана, Ісаака Ньютона, Шарлотту, Емілі, Енн Бронте / В. Лис. – К.: Грані-Т, 2008. – 134 с.

⁹ Глущенко С. Вказана праця.

¹⁰ Там само.

¹¹ Там само.

¹² Бусел В.Т. Великий тлумачний словник сучасної української мови (з дод., допов. та CD) / уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел. – К.; Ірпінь: ВТФ «Перун», 2009. – С. 1383.

¹³ Тофтул М.Г. Сучасний словник з етики : Словник / М.Г. Тофтул. – Житомир: Вид-во ЖДУ ім. І. Франка, 2014. – 416 с.

¹⁴ Глущенко С. Вказана праця.

¹⁵ Лекційні матеріали до тренінгового навчального курсу для працівників державних органів та посадових осіб місцевого самоврядування «Правові засади та практичні аспекти запобігання корупції»: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://nazk.gov.ua/sites/default/files/docs/nazk_files/навчальні%20матеріали/Лекція.pdf

¹⁶ Там само.

¹⁷ Там само.

¹⁸ Про судоустрій і статус суддів : Закон України від 02.06.2016 р. // Відомості Верховної Ради (ВВР). – 2016. – № 31. – Ст. 545 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1402-19>

¹⁹ Кулібаба А. Поняття добродесності як ключовий критерій у процесі добору на посаду суддів // А. Кулібаба // Підприємництво, господарство і право. – 2018. – № 2 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://pgp-journal.kiev.ua/archive/2018/2/39.pdf>

²⁰ Там само.

²¹ Transparency International Україна. Національна система добродесності / Україна. – 2015 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://ti-ukraine.org/wp-content/uploads/2016/11/nis_assessment_ukr_0.pdf

Резюме

Маалулі О.В. Добродесність як одна із вимог сучасного антикорупційного законодавства.

У статті розкрито зміст поняття добродесності, а також загальне значення цього морально-етичного аспекту особистості для українського суспільства. Показано основні критерії та практику визначення добродесної поведінки представників державної влади в Україні. Проаналізовано значення добродесності в українському антикорупційному законодавстві.

Ключові слова: добродесність, етика, корупція, сучасне антикорупційне законодавство.

Резюме

Маалулі А.В. Добродесность как одно из требований современного антикоррупционного законодательства.

В статье раскрыто содержание понятия добродесности, а также общее значение этого морально-этического аспекта личности для украинского общества. Показаны основные критерии и практика определения добродесного поведения представителей государственной власти в Украине. Проанализировано значение добродесности в украинском антикоррупционном законодательстве.

Ключевые слова: добродесность, этика, коррупция, современное антикоррупционное законодательство.

Summary

Maaluli O. Integrity as one of the requirements of present-day anti-corruption legislation.

The article determines the content of the integrity concept, as well as the general significance of this moral and ethical aspect of the personality for the Ukrainian society. It was cleared up the main criteria and practice of determining the integrity behaviour of state public agents in Ukraine. The author analysed significance of integrity in Ukrainian anti-corruption legislation.

Key words: integrity, ethics, corruption, present-day anti-corruption legislation.

УДК 347.77

О.О. МАКАРЕНКО

Олександра Олександрівна Макаренко, студентка магістратури Київського університету права НАН України

ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА ПОРУШЕННЯ У СФЕРІ ПРАВ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

Забезпечення реалізації та захисту прав учасників (суб'єктів) відносин інтелектуальної власності на сьогоднішній день належить до пріоритетних завдань правового регулювання в Україні. Цьому сприяє ряд факторів, які полягають у реформуванні судової системи, зміни законодавства та повноцінної судової практики, завдяки якій формуються узагальнені єдині підходи до вирішення таких спорів.

Питанням юридичної відповідальності за порушення авторських і суміжних прав присвячені деякі наукові праці, що розкривають окремі її аспекти. Так, у галузі цивільно-правового захисту та охорони авторського права і суміжних прав проблеми відповідальності досліджували такі вчені, як: О.А. Підпригора, С.Д. Святоцький, І.В. Венедіктова, О.В. Розгон та ін.

Важливий науковий внесок у дослідження кримінальних злочинів у галузі авторського права та суміжних прав внесли: М.І. Бажанов, Л.П. Брич, В.О. Навроцький, В.В. Сташис, Ю.М. Сухов, В. Тацій та ін.

Загальнотеоретичні проблеми адміністративної відповідальності глибоко досліджувалися у працях таких вчених-адміністративістів, як: Д.Н. Бахрах, І.А. Галаган, А.С. Дугенець, Б.М. Лазарев, С.С. Студенікін, О.М. Якуба, і багатьох інших.

Відповідно до ст. 41 Конституції України кожен має право володіти, користуватися та розпоряджатися своєю власністю, результатами своєї інтелектуальної, творчої діяльності¹.

Відносини щодо створення і використання об'єктів права інтелектуальної власності регулюються Цивільним кодексом України, Законами України «Про авторське право і суміжні права», «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг», «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі», «Про охорону прав на промислові зразки», «Про охорону прав на топографії інтегральних мікросхем», «Про розповсюдження примірників аудіовізуальних творів, фонограм, відеограм, комп'ютерних програм, баз даних», та ін.

За порушення прав інтелектуальної власності відповідно до діючого законодавства передбачено настання адміністративної, кримінальної та цивільно-правової відповідальності.

Найбільш розповсюдженою процедурою вирішення спорів щодо прав автора на твір є цивільно-правова відповідальність. Головною ознакою цивільного правопорушення є те, що внаслідок суспільно шкідливого, протиправного діяння спричиняється шкода майновим і особистим немайновим відносинам суб'єктів права. Мета такої відповідальності – відшкодування заподіяної шкоди, а особливостями цивільно-правової відповідальності є майновий, компенсаційний характер та відшкодування моральної шкоди².

Способи захисту суб'єктивних цивільних прав та інтересів наведено у ст. 432 Цивільного кодексу України, яка проголошує, що кожна особа має право звернутися до суду за захистом свого права інтелектуальної власності відповідно до ст. 16 цього ж Кодексу³.

Показовим прикладом захисту авторського права на частину твору є справа № 161/12051/14-ц, відповідно до якої позивач звернулася до Луцького міськрайонного суду Волинської області з позовом про стягнення з відповідача компенсації за порушення авторського права на оригінальну назву літературного твору «Капітошка» та його персонажа.

Стало відомо, що позивач у 1979 р. створила літературний твір «Капітошка» (російською мовою)/«Капітошка» (українською мовою). У 1980 р. літературно-художній образ «Капітошка» було вперше оприлюднено в анімаційному фільмі, з однойменною назвою, а у 1989 р. було оприлюднено твір «Повертайся, Капітошко» українською та російською мовами. Вказані анімаційні фільми були створені на кіностудії «КІЇВНАУКФІЛЬМ», де автором сценарію у титрах зазначених анімаційних фільмів вказано Позивача. Даний факт є загальновідомим та не потребує додаткового доказування, оскільки позивач зареєструвала авторське право на літературний твір «Капітошка» та літературний твір «ПЕРСОНАЖ КАПІТОШКА».

Відповідачем було відтворено оригінальну назву літературного твору «Капітошка» та його персонажа на упаковках сосисок під назвою «Капітошка» торгової марки «М'ясний дар» та здійснено публічний показ шляхом рекламування даного товару в мережі Інтернет. Факт використання твору у глобальній мережі Інтернет за відповідним посиланням підтверджувався висновком експертного комп'ютерно-технічного дослідження № 3523 Львівського НДІСЕ від 18 жовтня 2013 року.

Відповідач позов не визнав. У своїх запереченнях він зазначив, що «публічно здійснив повторний ужиток уже публічно відомого слова для назви своєї продукції, назва якої не потребує реєстрації авторського права».

Рішенням Луцького міськрайонного суду Волинської області від 05 травня 2015 р. позов задоволено повністю та призначено стягнути з відповідача на користь позивача компенсацію за порушення виключного майнового авторського права у розмірі 120 000 грн. Остаточою спір було вирішено шляхом укладення мирової угоди між сторонами. Ухвалою Луцького міськрайонного суду Волинської області від 10 серпня 2015 р. (справа № 161/11405/15-ц) мирову угоду було визнано судом⁴.

Що ж стосується адміністративної відповідальності, то відповідно до ст. 51-2 Кодексу України про адміністративні правопорушення незаконне використання права інтелектуальної власності, зокрема авторських і суміжних прав (на літературний чи художній твір, його виконання, фонограму, передачу організації мовлення, комп'ютерну програму, базу даних), привласнення авторства на один із перелічених об'єктів або інше умисне порушення прав на об'єкт, який охороняє закон, тягне за собою накладення штрафу в розмірі від 10 до 200 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян з конфіскацією незаконно виготовленої продукції, обладнання та матеріалів, які призначені для її виготовлення⁵.

Настання кримінальної відповідальності за дії, що розглядаються, можливо лише за позовом потерпілого. Позов подається до суду, і в ньому зазначається, коли, ким і де вчинено протиправну дію, у чому конкретно вона виявилася і чим підтверджується прохання потерпілого про притягнення порушника до карної відповідальності⁶. Мінімумом можливим покаранням є штраф у розмірі 200 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, а максимальним – позбавлення волі на шість років.

На прикладі можливо проаналізувати судову практику, де у квітні 2015 р. Приморський районний суд м. Одеси розглянув обвинувальний акт у кримінальному провадженні обвинуваченого у скоєнні кримінального правопорушення, передбаченого ч. 2 ст. 176 Кримінального кодексу України (Порушення авторського права та суміжних прав).

Встановлено, що із 2011 р. по 2014 р. обвинувачений за місцем своєї реєстрації та проживання реалізовував через мережу Інтернет аудіовізуальні твори, які є власністю правовласників та яким належать майнові права на ці твори.

Згідно з висновком комп'ютерно-технічної експертизи № 6726/23 від 10 лютого 2015 р. встановлено, що аудіовізуальні твори, знаходились на жорстких магнітних дисках персонального комп'ютера обвинуваченого.

Таким чином, обвинувачений, не маючи дозволу від власників авторського права і суміжних прав на розповсюдження аудіовізуальних творів компаній, тобто не маючи відповідного дозволу правовласників (ліцензії), шляхом надання можливості вільного перегляду та копіювання, незаконно розповсюджував аудіовізуальні твори, авторські права на які належать встановленим судом правовласникам, чим заподіяв їм матеріальні збитки на суму 711 283 гривні, яка більш ніж у двісті разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян, що є великим за розміром.

Вироком Приморського районного суду м. Одеси від 16 квітня 2015 р. встановлено, що своїми умисними діями, які проявились у незаконному розповсюдженні аудіовізуальних творів, що завдало матеріальної шкоди у великому розмірі, обвинуваченого визнано винним у вчиненні кримінального правопорушення за ч. 2 ст. 176 КК України та призначено йому покарання у вигляді п'яти років позбавлення волі з конфіскацією та знищенням всіх примірників творів, матеріальних носіїв комп'ютерних програм, баз даних та знарядь і матеріалів, які спеціально використовувались для їх виготовлення. Даний вирок суду не оскаржувався⁷.

Підбиваючи підсумки розгляду спорів стосовно захисту прав інтелектуальної власності у судовому порядку, можна констатувати, що в Україні сформована необхідна законодавча база, яка б забезпечувала реалізацію та гарантування додержання прав на результати творчої діяльності. Водночас складність розглядів спорів у сфері інтелектуальної власності, їх тривалість, відсутність подекуди єдиних судових підходів до вирішення цієї категорії спорів негативно впливають на рівень правової захищеності суб'єктів інтелектуальної власності.

¹ Конституція України від 28 червня 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>

² Цивільний кодекс України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/43515>

³ Там само.

⁴ Єдиний державний реєстр судових рішень : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/44379509>

⁵ Кодекс України про адміністративні правопорушення : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/80731-10>

⁶ Антонов В.М. Интеллектуальная собственность и компьютерное авторское право / В.М. Антонов. – 2-е вид., стереотип. – К. : КНТ, 2006. – 520 с.

⁷ Єдиний державний реєстр судових рішень : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/43621280>

Резюме

Макаренко О.О. Відповідальність за порушення у сфері прав інтелектуальної власності.

Судова система в Україні та її суміжні правові системи існують для захисту прав, свобод та законних інтересів людини і громадянина, юридичних осіб, інтересів держави шляхом своєчасного, ефективного і справедливого вирішення правових спорів на засадах верховенства права. Забезпечення реалізації та захисту прав інтелектуальної власності для багатьох країн світу посідає пріоритетне місце. Україна також визначила даний напрям правового регулювання важливим, про що свідчить велика кількість судових реформ та змін законодавства, що в подальшому формують практику, яка забезпечує узагальнену систему підходів до вирішення даної категорії спорів.

Ключові слова: право, позивач, інтелектуальна власність, відповідальність, правопорушення, стягнення.

Резюме

Макаренко А.А. Ответственность за нарушения в сфере прав интеллектуальной собственности.

Судебная система в Украине и ее смежные правовые системы существуют для защиты прав, свобод и законных интересов человека и гражданина, юридических лиц, интересов государства путем своевременного, эффективного и справедливого решения правовых споров на основе верховенства права. Обеспечение реализации и защиты прав интеллектуальной собственности для многих стран мира занимает приоритетное место. Украина также определила данное направление правового регулирования важным, о чем свидетельствует большое количество судебных реформ и изменений законодательства, что в дальнейшем формируют практику, которая обеспечивает обобщенную систему подходов к решению данной категории споров.

Ключевые слова: право, истец, интеллектуальная собственность, ответственность, правонарушение, взыскание.

Summary

Makarenko O. Responsibility for violation in the field of intellectual property rights.

The judicial system in Ukraine and its related legal systems exist to protect the rights, freedoms and legitimate interests of individuals and citizens, legal entities, and the interests of the country by timely, efficient and equitable settlement of legal disputes on the basis of the rule of law. The implementation and protection of intellectual property rights is a priority for many countries in the world. Large number of Ukrainian judicial reforms and changes in legislations shape practices which form a generalized system of approaches to address this category of disputes. These reforms and changes serve as an evidence that Ukraine also has identified the implementation and protection of intellectual property rights as being an important part of legislation.

Key words: law, plaintiff, intellectual property, responsibility, offenses, collection.

УДК 341.217

М.В. МАЛІНОВСЬКА

*Маргарита Вікторівна Маліновська, студентка
магістратури Київського університету права
НАН України*

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ТОРГОВЕЛЬНИХ ВІДНОСИН ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ З ТРЕТІМИ КРАЇНАМИ

Нині Європейський Союз (далі – ЄС) є головним торговельним партнером, зокрема, для України. Укладення торговельних угод ЄС з третіми країнами надає нові можливості для економічного зростання та розвитку, надання пільгового режиму торгівлі, створення нових інструментів економічного зростання, залучення інвестицій; мобілізація фахівців сприяє лібералізації двосторонніх відносин та інтеграції в глобальні торговельні потоки.

Проведене дослідження надає змогу проаналізувати правові засади та форми укладення торговельних угод між ЄС та третіми країнами, що мають вагомое теоретичне значення для виокремлення найбільш якісного формату торговельних відносин та сучасних тенденцій подальшої економічної інтеграції, а також практичне значення з метою визначення потенційного економічного ефекту реалізації зазначених угод.

Дослідженням питання правового регулювання торговельних відносин ЄС з третіми країнами займалися українські науковці права ЄС, зокрема, В. Муравйов, О. Вишняков, М. Галаган, В. Лисик та інші. Серед зарубіжних науковців, які досліджували питання інтеграційних процесів та правових засад регулювання торговельних відносин, є П. Ван Елсуверге, В. Кернз, П. Зільгенер, Г. Рікардо, С. Боршнієр, П. Вангоут, М. Кремона, С. Пірс та інші.

Метою дослідження є виокремлення окремих форм торговельних угод, укладених між ЄС та третіми країнами, що, в свою чергу, надають змогу проаналізувати ступінь економічної інтеграції третіх країн та вибору найбільш сприятливого і якісного формату економічних відносин.

Професор В. Муравйов зазначає, що під спільною торговельною політикою варто розуміти сукупність норм, які регулюють торгівлю країн-членів ЄС з третіми країнами¹.

Правовою основою регулювання спільної торговельної політики ЄС (далі –СТП) є установчі договори ЄС, договори про зміну та приєднання, принципи торгового права, міжнародні торговельні угоди, акти інститутів ЄС, судові рішення².

Основоположні засади СТП закріплені у ст. ст. 206–207 Договору про функціонування ЄС (далі – ДФЄС)³, у яких визначено цілі СТП, зокрема гармонійний розвиток світової торгівлі, поступове скасування обмежень міжнародної торгівлі й прямих іноземних інвестицій, а також зниження митних та інших бар'єрів. Стаття 207 ДФЄС підтверджує⁴, що «спільна торговельна політика ґрунтується на уніфікованих принципах, зокрема стосовно змін тарифних ставок, укладання тарифних та торговельних угод, пов'язаних із торгівлею товарами та послугами, а також торговельних аспектів інтелектуальної власності, прямих іноземних інвестицій, досягнення уніфікованості заходів лібералізації, експортної політики та заходів для захисту торгівлі, таких як ті, яких вживають у випадку демпінгу або субсидування».

На нашу думку, регіональні та двосторонні торговельні угоди є основною рушійною силою економічного зростання та здійснення ефективної зовнішньої торгівлі в рамках Європейського Союзу.

Стаття 216 ДФЄС містить положення щодо укладання угоди з однією або більше третіми країнами або міжнародними організаціями, якщо це передбачено Договорами або якщо укладання угоди є необхідним для досягнення в рамках політик Союзу однієї із цілей, зазначених у договорах, або якщо це передбачено юридично обов'язковим актом Союзу, або якщо це може вплинути на спільні правила або змінити їхню сферу застосування. Угоди, укладені Союзом, носять обов'язковий характер для установ Союзу та держав-членів⁵.

Європейською Радою та Радою ЄС укладені ЄС торговельні угоди з третіми країнами розподілено наступним чином⁶:

1. Угоди про економічне партнерство – спрямовані на підтримку розвитку торговельних партнерів із країн Африки, Карибського басейну та Тихого океану (далі – АКТ) (наприклад, Яундські конвенції, Ломейські конвенції, Котонуська угода або Угода Котону).

2. Угоди про зону вільної торгівлі – забезпечують взаємне відкриття ринку з розвинутими країнами та країнами з економікою, що розвивається, шляхом надання пільгового доступу до ринків (наприклад, Угода про зону вільної торгівлі між ЄС та її державами-членами та Колумбією і Перу).

3. Угоди про асоціацію – сприяють політичній асоціації та економічній інтеграції (наприклад, Угода про асоціацію між ЄС та Україною, Угода про асоціацію між ЄС та Грузією, Угода про асоціацію між ЄС та Молдовою, Угода про асоціацію між ЄС та Туреччиною).

Пропонуємо розглянути укладені угоди про економічне партнерство з країнами АКТ, зокрема процес регулювання відносин між ЄС та країнами АКТ започаткували Яундські конвенції 1963⁷ і 1969 років⁸.

Яундські конвенції урівнювали всіх членів Європейського економічного співтовариства (далі – ЄЕС), надаючи їм однакові привілеї в усіх сферах співробітництва з країнами, що розвиваються, охоплених домовленостями, конкретизацію загального процесу скасування обмежень у взаємній торгівлі країн-учасниць, а також зняття бар'єрів, що перешкоджають руху капіталу і робочої сили.

У 1975 р. на заміну Яундським конвенціям було підписано першу Ломейську конвенцію (далі – Ломе I) з можливою подальшою пролонгацією⁹. Преамбула Ломе I проголошує створення нової моделі відносин між розвиненими країнами та державами, які розвиваються, сумісною з прагненнями міжнародної спільноти на шляху до більш справедливого та більш збалансованого економічного порядку. Крім того, Ломе I була спрямована на включення ряду колишніх британських колоній у програму співробітництва після приєднання Великої Британії до Європейського співтовариства.

У свою чергу, друга та третя Ломейські конвенції, 1979 р.¹⁰ та 1984¹¹ р. (далі – Ломе II та Ломе III) значно розширили коло співпраці, зокрема питання міграції робочої сили, захисту інвестицій, енергетичної політики, комерційного співробітництва та вдосконалення систем стабілізації експортної виручки були включені до зазначених угод.

Четверту Ломейську конвенцію (далі – Ломе VI) було підписано у 1990 р. з метою зміцнення національної економіки новостворених держав АКТ¹². Ломе VI є торговельною угодою та угодою про допомогу, яка передбачає не лише торгові преференції, а й надання допомоги, що включає фінансову і технічну допомогу на довгострокові національні та регіональні програми розвитку. Основними цілями Ломе IV є розвиток, диверсифікація і розширення торгівлі держав АКТ та підвищення їх конкурентоспроможності на внутрішньому, регіональному і міжнародному ринках.

Котонуська угода 2000 р. (далі – Угода Котону) є наступною угодою про економічне партнерство, що регулює відносини між ЄС та з країнами АКТ¹³. Угода окреслює одні з найбільш всеосяжних рамок співпраці між ЄС та третіми країнами. Крім того, Угода укладена терміном на 20 років та об'єднує понад 100 країн (держави-члени ЄС та 79 країн АКТ) і охоплює понад 1,5 млрд людей. Метою Угоди Котону є зменшення бідності, сприяння сталому розвитку та інтеграції країн АКТ у глобальну економіку через торгівлю.

Наразі Комісією ЄС ведеться робота над створенням нової угоди про економічне партнерство між ЄС та країнами АКТ, що має стати потужним інструментом для зміцнення відносин ЄС з країнами АКТ не тіль-

ки як з групою країн, а й з кожним «регіоном» окремо. Майбутня запропонована структура угоди має складатися із загальної фундаментальної угоди, що містить загальні цілі, цінності та принципи, спільні для ЄС та країн АКТ та трьох зміцнених регіональних партнерств у формі конкретних протоколів (ЄС – Африка, ЄС – Карибський басейн, ЄС – Тихоокеанський регіон)¹⁴.

Наступним видом торговельних угод, укладених ЄС з третіми країнами, є угоди про зону вільної торгівлі (далі – угоди про ЗВТ). Угоди про ЗВТ, окрім звичайної глави, яка передбачає пільгове регулювання тарифів, часто включають положення про спрощення торгівлі та прийняття відповідних правил у таких сферах, як інвестиції, інтелектуальна власність, державні закупівлі, технічні стандарти, санітарні та фітосанітарні норми¹⁵.

У робочому документі Комісії ЄС щодо імплементації угод про вільну торгівлю ЄС зазначається, що угода про ЗВТ охоплює два основних компоненти: поетапне, взаємне відкриття ринку (скасування або зменшення тарифів та ліквідація нетарифних бар'єрів у торгівлі) та далекоглядне й динамічне наближення національного законодавства до законодавства ЄС, особливо в торговельних районах, які повинні стимулювати конкуренцію, створюють нові передбачувані умови для ділової співпраці, розвитку торгівлі та залучення іноземних інвестицій¹⁶.

Поглиблена та всеохоплююча зона вільної торгівлі (далі – ПВЗВТ) є складовою частиною Угоди про асоціацію між Україною та ЄС, що набрала чинності 1 січня 2016 року¹⁷. Основною перевагою відповідної угоди є спрощення процедури доступу до ринків Європейського Союзу, пов'язаної з синхронізацією технічних стандартів та процесу сертифікації.

У звіті про виконання Угоди про асоціацію між Україною та ЄС у 2017 р. зазначено, що у результаті дії ПВЗВТ між Україною та ЄС у 2017 р. продовжилася тенденція до зміцнення позицій ЄС як стратегічного торговельного партнера України. За результатами 11 місяців 2017 р. питома вага ЄС у зовнішньоторговельному обороті товарів України досягла 41,3 % (частка ЄС у загальному експорті товарів України – 40,3 %, в імпорті товарів – 42,1 %) ¹⁸.

Комітетом із закордонних справ Європейського парламенту (далі – Комітет із закордонних справ) у проєкті доповіді щодо виконання Угоди про асоціацію ЄС-Україна відмічено економічну стабілізацію в Україні і прогрес, досягнутий в реалізації ПВЗВТ¹⁹. Крім того, Комітет із закордонних справ закликає Комісію ЄС надавати підтримку Україні у визначенні областей, які могли б сприяти подальшій диверсифікації економіки, та у визначенні їх пріоритетності в процесі реалізації ПВЗВТ.

Розглядаючи Угоди про асоціацію як окремого виду торговельних угод, укладених між ЄС та третіми країнами, варто зазначити, що ЄС використовує угоди про асоціацію для створення «привілейованих зв'язків» з третіми країнами, що можуть передбачати створення зони вільної торгівлі між ними або ширшої економічної та політичної співпраці з областями, що представляють взаємний інтерес, наприклад, з питань оборони та безпеки, міграції, захисту навколишнього середовища й енергетики, науки та освіти²⁰.

Спочатку угода про асоціацію була створена для підготовки країн до вступу в ЄС. Прикладом є Угода про асоціацію між Королівством Греції та ЄС, 1961 року. Проте з того часу ЄС використовував ці угоди на багатьох ширших засадах: від покращення торгівлі з третіми країнами, такими як Марокко, до розвитку більш глибоких, довготривалих політичних відносин з країнами, таких як Україна²¹.

Відповідно виникає необхідність розглянути окремо Угоду про асоціацію між Україною та ЄС, що стала прикладом для наступних угод з Молдовою та Грузією. Шлях України до підписання Угоди про асоціацію між Україною та ЄС є достатньо довгим, однак перші кроки на шляху до української євроінтеграції було започатковано через підписання Угоди про партнерство та співробітництво між Україною та ЄС (далі – УПС) 1994 р.²², що започаткувала співробітництво з широкого кола політичних, торговельно-економічних та гуманітарних питань.

Укладення УПС дало змогу встановити регулярний двосторонній діалог між Україною та ЄС на політичному та секторальних рівнях, впровадити впорядкований режим торгівлі між обома сторонами на основі принципів ГАТТ/СОТ, визначити пріоритети адаптації законодавства України до *acquis* (норм та стандартів) Європейського Співтовариства.

Новим форматом відносин між ЄС та Україною є Угода про асоціацію (далі – УА), яка набрала чинності 1 вересня 2017 р. та встановила ряд зобов'язань і домовленостей між Договірними сторонами. Протягом 2007–2012 рр. відбулися: 21 раунд переговорів щодо підготовки проєкту УА та 18 раундів переговорів щодо розділу ПВЗВТ.

У звіті про виконання УА в 2018 р. Україна просунулася далі в процесі реформ, який тісно пов'язаний з реалізацією Угоди про асоціацію між Україною та ЄС²³. Протягом звітнього періоду Україна продовжувала створювати міжвідомчі механізми для сприяння здійсненню УА, в тому числі ПВЗВТ, і продемонструвала додаткові зусилля по раціоналізації євроінтеграційного процесу. Зокрема, на тлі політичної асоціації та економічної інтеграції з ЄС Україна просунулася в ряді важливих політичних і економічних реформ у 2017–2018 рр. в цілому ряді секторів, наприклад, у галузі охорони здоров'я, пенсій, децентралізації, державного управління, державних закупівель та навколишнього середовища.

Зважаючи на викладене вище, існує позитивна динаміка стосовно просування України на шляху до євроінтеграційних реформ, проте враховуючи всеохоплюючий характер зазначеної Угоди, що зумовлений необхідністю адаптації до *acquis* ЄС у більшості сфер діяльності, виконання положень угоди потребує тривалого часу стосовно імплементації.

Отже, укладення торговельних угод між ЄС з третіми країнами є важливим кроком економічної інтеграції країн, що розвиваються, шляхом надання ряду преференцій. ЄС є важливим стратегічним партнером, проте варто враховувати, що різні форми торговельних угод, як правило, охоплюють різноманітний спектр видів діяльності – від економічного співробітництва до регулювання інтелектуальної власності.

¹ Європейське право: право Європейського союзу: підручник: у трьох кн. / за заг. ред. В.І. Муравйова. – К.: Ін Юре, 2015. – Кн. третя: Право зовнішніх зносин Європейського Союзу / В.І. Муравйов, М.М. Микієвич, І.Г. Білас та ін. – К.: Ін Юре, 2015 – С. 78.

² Там само.

³ Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT>

⁴ Там само.

⁵ Там само.

⁶ The official web-site of the European Council and Council of the European Union. EU trade policy: EU trade agreements : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://www.consilium.europa.eu/en/policies/trade-policy/trade-agreements/>

⁷ The Yaoundé Convention, 1963 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://www.cvce.eu/en/obj/the_yaounde_convention_20_july_1963-en-52d35693-845a-49ae-b6f9-ddbc48276546.html

⁸ The Yaoundé Convention, 1969 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A21969A0729%2801%29>

⁹ The First ACP-EEC Convention of Lomé : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/c973175b-9e22-4909-b109-b0ebf1c26328>

¹⁰ The Second ACP-EEC Convention of Lomé : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/f06ebd58-a3d7-4b11-966d-02548c8cb918/language-en>

¹¹ The Third ACP-EEC Convention of Lomé : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201922/volume-1922-I-32846-English.pdf>

¹² The Fourth ACP-EEC Convention of Lomé : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://ec.europa.eu/europeaid/sites/devco/files/revised-lome4convention-1998_en.pdf

¹³ The Cotonou Agreement : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.europarl.europa.eu/intcoop/acp/03_01/pdf/mn3012634_en.pdf

¹⁴ The official website of the European Commission. Fact Sheet: Political negotiations on a new ACP-EU Partnership to start today in New York : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-18-5903_en.htm

¹⁵ The official website of the European Commission. Free trade agreements: Rules of origin under free-trade agreements : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://trade.ec.europa.eu/tradehelp/free-trade-agreements>

¹⁶ European Commission Staff Working Document. Individual reports and info sheets on implementation of EU Free Trade Agreements accompanying the document Report from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on Implementation of Free Trade Agreements 1 January 2017 – 31 December 2017 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/october/tradoc_157473.PDF

¹⁷ Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011

¹⁸ Звіт про виконання Угоди про асоціацію між Україною та Європейським Союзом у 2017 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://eu-ua.org/sites/default/files/imce/layout_16_02_final.pdf

¹⁹ Draft report on the implementation of the EU Association Agreement with Ukraine (2017/2283(INI)) of the Committee on Foreign Affairs : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/plmrep/COMMITTEES/AFET/PR/2018/08-29/1154749EN.pdf

²⁰ The Institute for Government. Association agreements : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://www.institutefor government.org.uk/printpdf/4832>

²¹ Там само.

²² Угода про партнерство і співробітництво між Україною і Європейськими Співтовариствами та їх державами-членами : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/998_012

²³ European Commission Staff Working Document. Association Implementation Report on Ukraine : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://cdn3-eeas.fpfis.tech.ec.europa.eu/cdn/farfuture/aZnrBQ70ZJtiXaRXV69qTtPi-d-gbCzZxpriQUUpU6EY/mtime:1541749617/sites/eeas/files/2018_association_implementation_report_on_ukraine.pdf

Резюме

Малиновська М.В. Правове регулювання торговельних відносин Європейського Союзу з третіми країнами.

У даній статті проаналізовано особливості правового регулювання торговельних угод між ЄС та третіми країнами, надаючи класифікацію основних форм та можливості подальшої економічної інтеграції третіх країн.

Ключові слова: Європейський Союз, треті країни, угода про економічне партнерство, угода про зону вільної торгівлі, угода про асоціацію.

Резюме

Малиновская М.В. Правовое регулирование торговых отношений Европейского Союза с третьими странами.

В данной статье проанализированы особенности правового регулирования торговых соглашений между ЕС и третьими странами, дается классификация основных форм и возможности дальнейшей экономической интеграции третьих стран.

Ключевые слова: Европейский Союз, третьи страны, соглашение об экономическом партнерстве, соглашение о зоне свободной торговли, соглашение об ассоциации.

Summary

Malinovska M. Legal regulation of trade relations of the European Union with third countries.

The peculiarities of legal regulation of trade agreements between the EU and third countries are analyzed in this article, the classification of the main forms and possibilities of further economic integration of third countries.

Key words: European Union, third countries, agreement on economic partnership, free trade area agreement, association agreement.

УДК 347.77

О.О. ЛЕГКА

Ольга Олександрівна Легка, студентка магістратури Київського університету права НАН України

ОХОРОНА ПРАВ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ: АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ

Задля забезпечення надійного захисту інтелектуальної власності в Україні одним із пріоритетних завдань держави є проблема вдосконалення кримінально-правового захисту права інтелектуальної власності.

Останнім часом дану проблематику досліджували такі вчені, як: Ю.Л. Бошицький, А.В. Лузан, Г.З. Огнев'юк, І.В. Сисоєнко та інші.

Мета статті полягає у визначенні проблем, що виникають під час кримінально-правової охорони прав інтелектуальної власності та шляхів їх подолання.

Стрімкий розвиток творчої діяльності людини в Україні та, як результат, поява великої кількості об'єктів інтелектуальної власності призводять до необхідності створення належних умов охорони таких об'єктів та формування правової свідомості суспільства.

В одній зі своїх праць Ю.Л. Бошицький зазначає, що для того, щоб винахідництво в Україні стало запорукою її економічного розвитку, держава має стимулювати та заохочувати винахідницьку активність за допомогою введення пільг, кредитування та інших програм, що будуть сприяти такій діяльності, і, як наслідок, з'явиться можливість для експортної діяльності власниками своєї винахідницької продукції та можливість отримувати зарубіжні інвестиції для розвитку такої діяльності¹.

Нині законодавство не встигає адаптуватися до сучасних потреб творців щодо захисту їх інтелектуальних прав. Як наслідок, це призводить до припинення винахідницької діяльності задля того, щоб права не були порушені. Від ефективного вирішення таких проблем залежить, чи буде збережено та примножено інтелектуальний потенціал та культурну спадщину в нашій державі. Крім того, виконання такого завдання зумовлено прагненням підвищити авторитет України на міжнародній арені.

Злочини у сфері інтелектуальної власності мають високий рівень латентності. А застосування сучасних технологій дозволяє правопорушникам отримувати прибутки внаслідок вчинення протиправних дій. Тому варто наголосити на гострій потребі вдосконалення нормативно-правового поля, зокрема в кримінально-правовій сфері.

Відповідно до кримінально-правових засобів, якими охороняється право інтелектуальної власності, буде залежати рівень захищеності матеріальних та нематеріальних прав громадян нашої держави у цій сфері.

Аналіз історико-правових аспектів охорони прав інтелектуальної власності дасть змогу більш детально дослідити всі ефективні шляхи та способи захисту прав інтелектуальної власності.

У перші роки своєї незалежності в Україні проводилася робота з удосконалення деяких норм Кримінального кодексу УРСР 1960 р., які передбачали відповідальність за посягання на певні об'єкти інтелектуальної власності. Проте, у кодексі не відбулося систематизації норм кримінально-правового захисту інтелектуальної власності та злочинів у цій сфері, хоча всі політичні, економічні перетворення в державі вимагали таких дій².

5 квітня 2001 р. було прийнято новий Кримінальний кодекс України, проте він не вирішив усіх проблем. Зокрема:

– у Кримінальному кодексі України не розглядалися злочини проти інтелектуальної власності як самостійний вид злочинів, крім того, вони були віднесені до різних розділів;

– Кримінальний кодекс України не містив складів злочину, де об'єктом би були «наукове відкриття» та «порода тварин», що робить неможливим захист прав на цей вид об'єктів за нормами кримінально-правового характеру;

– наявні розбіжності в термінології між Кримінальним кодексом України та Цивільним кодексом України.

– тісно пов'язані норми ст. ст.176 та 203-1 Кримінального кодексу України містяться в різних розділах кодексу, що ускладнює їх застосування. Такий предмет злочину, як банківська і комерційна таємниця, маючи

різний правовий режим, об'єднані в одній статті.

У 2007 р. народний депутат С. Гусаров вніс законопроект «Про внесення змін до Кримінального кодексу України та Кодексу України про адміністративні правопорушення» щодо упорядкування відповідальності за злочини проти інтелектуальної власності, який був спрямований на систематизацію кримінально-правової охорони відносин інтелектуальної власності як окремої групи суспільних відносин.

Основною новелою цього законопроекту було створення окремого розділу, який би об'єднував злочини у сфері інтелектуальної власності. Проте, внаслідок існування багаторічного звичаю віднесення зазначених складів злочинів до різних розділів Кримінального закону з'явилися різні точки зору щодо правил їх кваліфікації. Так, у юридичній літературі прийнято розглядати різні склади злочинів проти інтелектуальної власності, як складову видів злочинів, до яких вони поміщені.

Проаналізувавши досвід розвинутих країн, можна зробити висновок, що добре налагоджена система суспільних відносин у сфері інтелектуальної власності є невід'ємною складовою досягнення високого економічного і соціального рівня життя суспільства.

Ю.Л. Бошицький зазначає, що при університетах слід створювати центри наукових досліджень з проблем права інтелектуальної власності та посилити роботу над підготовкою монографій та підручників із права інтелектуальної власності.

Створення сприятливого економічного середовища нині теж є досить актуальним. Як рішення проблеми, пропонується активно впроваджувати результати інтелектуальної власності у всі сфери суспільного життя. Це сприятиме тому, що об'єкти інтелектуальної власності набуватимуть все більшого економічного значення, активізується експорт української продукції на світові ринки та приверне увагу не лише як до об'єктів нематеріальних благ, а й як до таких, що мають ціннісний зміст, високу майнову вартість³.

Інтеграція України в європейський простір передбачає встановлення рівноправних взаємовигідних відносин з іншими державами світу, які будуть відповідати певним критеріям. У країнах Європейського Союзу активно відбувається посилення кримінально-правового захисту прав інтелектуальної власності, а тому законодавство України має також належним чином забезпечити охорону та захист таких прав.

Українське законодавство про охорону прав інтелектуальної власності імплементувало в себе міжнародний досвід такої охорони, що відображено в міжнародних конвенціях та договорах. Також Україна є членом Світової організації торгівлі, яка має своїм основним документом Угоду про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності (Угода ТРІПС). Остання регулює проблеми кримінально-правової охорони прав інтелектуальної власності.

Проаналізувавши чинне законодавство України щодо охорони прав інтелектуальної власності, можна дійти висновку, що нормами Кримінального кодексу України, які встановлюють кримінальну відповідальність за вчинення злочинів, що посягають на права інтелектуальної власності, не виробляються адекватні заходи регулювання таких відносин. Проблема є несвоєчасність встановлення правових норм для регулювання актуальних суспільних відносин у сфері прав інтелектуальної власності. А також відсутність систематизації законодавства, що створює умови для плутаної судової практики, а діяльність правоохоронних органів має достатньо пасивний характер⁴.

Відповідно до кримінального законодавства України відповідальність за порушення прав інтелектуальної власності настає внаслідок завдання правовласнику матеріальної шкоди у значному, великому або особливо великому розмірі.

За міжнародними стандартами кримінальна відповідальність може наставати як мінімум у випадках навмисного використання об'єктів інтелектуальної власності на комерційній основі. У країнах, що розвиваються, кримінальне покарання використовується частіше, ніж у розвинених країнах, адже системи та процедури кримінального правосуддя в розвинених країнах повністю сформовані та дієві, а також тому, що кримінальне покарання є найсуворішим видом покарання.

Так, за законодавством Сполучених Штатів Америки за піратство та контрафакцію встановлено суворе покарання, зокрема за несанкціоноване відтворення творів у цифровому форматі настає кримінальна відповідальність без необхідності доведення отримання правопорушником вигоди комерційного характеру. Невисокими є граничні суми, які дозволяють порушити кримінальну справу за піратство⁵.

Метою застосування кримінальної відповідальності може бути не лише покарання, а й запобігання правопорушенням. Так, одна чи кілька справ можуть бути відібрані як резонансні, для створення стримувального впливу на значну кількість правопорушників.

Висновки. Наявність у чинному Кримінальному кодексі України норм, які спрямовані на запобігання злочинам проти інтелектуальної власності, створює потребу у вирішенні низки теоретичних і практичних проблем, пов'язаних із з'ясуванням їх місця в системі Особливої частини Кримінального кодексу України, як самостійної групи злочинних посягань для усунення наявних протиріч підвищення ефективності кримінально-правових гарантій конституційного права на охорону прав інтелектуальної власності, чітко розмежування злочини, правильно кваліфікувати диференціювати покарання за їх вчинення.

Для вирішення проблем, перш за все, необхідно створити належні умови для розвитку нормативно-правової бази щодо захисту прав на об'єкти інтелектуальної власності. Зокрема, переглянути норми кримінального-законодавства на малозначність покарань щодо даних видів злочинів.

Погоджуємося з думкою Ю.Л. Бошицького, що спеціальність «Інтелектуальна власність» має розвиватися на належному рівні, відповідно до культурних, соціальних, економічних потреб суспільства, що має

вагомий потенціал для створення об'єктів права інтелектуальної власності. Це дасть змогу отримати висококваліфікованих спеціалістів, що сприятимуть правильному, своєчасному та добросовісному вирішенню питань, пов'язаних із правом інтелектуальної власності. Зокрема, це надасть можливість отримати кваліфікованих суддів, експертів, спеціалістів, які матимуть можливість спрямувати свій потенціал у різних сферах даних відносин, у тому числі при здійсненні кримінально-правової охорони прав інтелектуальної власності. Для досягнення таких цілей необхідно створити належну наукову, нормативно-правову базу, яка дасть змогу на належному рівні вивчити проблеми та шляхи їх вирішення, заповнити прогалини у національному законодавстві.

У зв'язку з тим, що в судовій практиці, крім кадрового забезпечення, є ще й технічні проблеми, вважаємо за доцільне запропонувати імплемувати міжнародний досвід шляхом залучення міжнародних спеціалістів для отримання необхідних навичок під час дослідження спірних питань щодо охорони прав інтелектуальної власності, зокрема, щоб судовий розгляд справ не затягувався через тривалий процес проведення експертиз. Також вважаємо доцільним міжнародний обмін студентами та спеціалістами, що дасть змогу наочно та повноцінно здобути навички для врегулювання цих відносин.

¹ Законодавство України: проблеми та перспективи розвитку: збірник матеріалів XV Всеукраїнської науково-практичної конференції/ Київський ун-т права НАН України; [редкол. Шемшученко Ю.С., Бошицький Ю.Л., Чернецька В.О. та інш.]. – К.: Видавництво Ліра-К, 2014. – 339 с. – С. 5.

² Гілевич С. Історичні аспекти формування системи захисту права інтелектуальної власності // Митна справа. – 2012. – № 4. – Ч. 2. – Кн. 1. – С. 318–324.

³ Сучасні виклики і актуальні проблеми права інтелектуальної власності в Україні та Європі: збірник матеріалів Міжнародної науково-практичної конференції (6 жовтня 2014 р.); редкол.: Ю.Л. Бошицький, Гарій Френсіс, Міхал Швантнер, Ю.С. Шемшученко, О.В. Чернецька та ін. – К.: Видавництво Ліра-К, 2014. – 312 с. – С. 154.

⁴ Інтелектуальна власність в Україні: проблеми теорії і практики. Зб. наук. статей / За ред. Ю.С. Шемшученка, Ю.Л. Бошицького. – К.: Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2002. – 424 с. – С. 210.

⁵ Харченко В. Кримінально-правова охорона авторського права та суміжних прав : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Національна юридична академія України ім. Ярослава Мудрого. – Х., 1996. – 24 с.

Резюме

Легка О.О. Охорона прав інтелектуальної власності: актуальні проблеми.

У роботі проведено науково-теоретичний аналіз проблемних аспектів кримінально-правової охорони прав інтелектуальної власності. Внесено пропозиції для підвищення кваліфікації спеціалістів у даній галузі та адаптації законодавства до сучасних реалій.

Ключові слова: право інтелектуальної власності, проблеми, охорона права інтелектуальної власності.

Резюме

Легкая О.А. Охрана прав интеллектуальной собственности: актуальные проблемы.

В работе проведено научно-теоретический анализ проблемных аспектов уголовно-правовой охраны прав интеллектуальной собственности. Внесены предложения для повышения квалификации специалистов в данной сфере и адаптации законодательства к современным реалиям.

Ключевые слова: право интеллектуальной собственности, проблемы, охрана права интеллектуальной собственности.

Summary

Lehka O. Protection of intellectual property rights: topical issues.

The paper presents a scientific and theoretical analysis of the problematic aspects of criminal law protection of intellectual property rights. Proposals were made to improve the skills of specialists in this field of relations. And adaptation of legislation to the current realities.

Key words: intellectual property rights, problems, protection of intellectual property rights.

М.В. ТРЕТЬЯКОВА*Марія Володимирівна Третьякова, студентка
магістратури Київського університету права
НАН України***ПРОТИДІЯ НЕПРИХОВАНІЙ АГРЕСІЇ РОСІЙСЬКІЙ ФЕДЕРАЦІЇ:
ПОЛІТИКО-ДИПЛОМАТИЧНИЙ ІНСТРУМЕНТАРІЙ УКРАЇНИ
НА ТЛІ ГЛОБАЛЬНИХ І РЕГІОНАЛЬНИХ ВИКЛИКІВ ТА ЗАГРОЗ**

Продовження агресії Росії щодо України стало черговим яскравим прикладом стратегії Кремля з перетворення Чорного та Азовського морів на «внутрішні озера» РФ, встановлення в регіоні повного військового панування через посилення Чорноморського флоту в Севастополі та Новоросійську, легалізації Криму як складової частини Російської Федерації шляхом поєднання його з материком. Події 25 листопада 2018 р. стали ще одним індикатором імперських амбіцій Росії: недопущення посилення військової присутності України в Азовському морі. Саме в таких умовах сьогодення, в умовах триваючого процесу внутрішнього і системного реформування здійснює свою діяльність Міністерство закордонних справ України, протиставляючи спробам Кремля зруйнувати Україну результати своєї роботи: «об'єднаний фронт» західних демократій на підтримку Української держави.

25 листопада 2018 р. берегова охорона Прикордонної служби ФСБ Російської Федерації відмовила двом катерам та буксиру ВМС України у вільному проході Керченською протокою для слідування до порту Маріуполь. Після цього російська сторона атакувала українські кораблі, внаслідок чого 24 українських військовослужбовців були затримані, 6 з них отримали поранення різного ступеня важкості. Зазначений крок російської сторони став ще одним прикладом агресивних дій цієї держави щодо України на Азовському та Чорному морях, які проводяться Кремлем у рамках довгострокової програми з дестабілізації ситуації в Україні.

Напруження в Азовському морі поступово посилювалося з травня цього року – моменту введення в експлуатацію мосту, який поєднав півострів з територією РФ, з часу, коли ПС ФСБ розпочала проведення неправомірних доглядів риболовних суден України, затримань та перевірок інших українських суден, які проходили Керченську протоку, аргументуючи свої дії «суверенним правом РФ на внутрішні води». Зазначені дії мають вкрай негативний вплив на соціально-економічну ситуацію Приазов'я, дестабілізуючи таким чином зазначений регіон та ситуацію в країні в цілому.

Такі дії РФ відповідають довгостроковій стратегії Кремля, спрямованій на послаблення віддалених від Києва регіонів, а також деморалізації військових підрозділів, правоохоронних органів та органів безпеки, насамперед, у період виборчого процесу, коли злагодженість дій зазначених структур відіграватиме визначну роль.

Україна у цій ситуації має обмежений інструментарій протидії. Введення воєнного стану в десяти регіонах України на найближчі 30 діб, яке було підтримано українським Парламентом, навряд чи стримає подальші російські провокації. Утім, цей крок має надати Києву більше механізмів при плануванні військових операцій та заходів протидії. З іншого боку, цей крок є набагато ефективнішим, аніж денонсація угоди про співробітництво в Азовському морі та Керченській протоці, що потенційно поширюватиме на регіон дію Конвенції ООН з морського права та ще більш ускладнить процес реінтеграції Криму.

Події 25 листопада 2018 р. стали нагадуванням Заходу, що війна в Україні триває, і перспектива її завершення найближчим часом не виглядає реальною. Захід відмовився серйозно обговорювати проблематику Криму. Останні місяці показали, що й Азовське море не є пріоритетним питанням для міжнародної спільноти. Можливо, останній акт агресії РФ допоможе західним політикам більш детально оцінити ризики та можливі помилки на цьому напрямі, роблячи акцент на їх превенції, а не посиленні.

Розвиток ситуації протягом останніх чотирьох років продемонстрували відсутність прагнення США та НАТО брати безпосередню участь у військовому конфлікті між Україною та Росією, і Москва чудово це розуміє. Кремль розраховував, що продовження залякування України в регіоні Азовського моря в черговий раз викликає традиційну для Заходу реакцію: засудження російської поведінки без суттєвих негативних для РФ наслідків. Кремль також не очікує на жодне посилення присутності НАТО в регіоні.

Проблема, яка постала перед західними країнами в українському питанні, має два основні виміри: вплив на Україну є пріоритетним для РФ у порівнянні з відносинами із Заходом, при тому, що Росія має достатньо додаткових важелів для завдання подальшої шкоди Україні, створення нових конфліктних точок та придушення її економіки¹.

Кремль звик, що РФ може, хоча і з труднощами, функціонувати в умовах санкцій, та привчив до цього населення своєї країни. Росія розглядає Захід як противника, який своєю поведінкою підриває позиції РФ та перспективи її нормальної взаємодії з ЄС та США.

Можна констатувати остаточне руйнування моделі європейської безпеки, запроваджені після Другої світової війни. Агресія РФ проти Грузії та України продемонструвала, що Кремль готовий до функціонування поза межами цієї системи, а країни НАТО досі вважають, що мають реагувати на локальні кризові ситуації, не сприймаючи загальну картину – масовану атаку на вже майже непрацюючу систему європейської безпеки.

Модель поведінки РФ в цих умовах можна охарактеризувати у двох основних тезах: Росія продовжуватиме демонструвати своє нібито право на тотальний вплив на сусідів; керівництво РФ і надалі докладатиме максимум зусиль для того, щоб не допустити консолідації НАТО для надання адекватної колективної відповіді на такі дії.

Водночас, російська сторона робить достатню кількість тактичних помилок, у т.ч. після нещодавньої атаки на українські військові кораблі, що може принести як Заходу, так і Україні відчутні дивіденди. Наприклад, дії Кремля призвели до відтермінування важливої для В. Путіна зустрічі з Д. Трампом, ЄС навряд чи розглядатиме питання скасування санкцій проти РФ, а позиції чинної української влади, яка виступає за тісну інтеграцію із Заходом, зміцнішали напередодні початку офіційної виборчої кампанії в Україні.

Неприхована агресія РФ, яка мала місце 25 листопада, на жаль, не отримує суттєвої відповіді з боку Заходу. Швидше за все, численні перевірки цивільних кораблів поблизу Керченської протоки триватимуть і надалі, що спричинятиме додаткові збитки для двох важливих українських портів на Азовському морі, через які проходить майже чверть українського експорту. Основною проблемою, яка постає в цьому контексті, залишаються відцентрування суспільно-політичних та економічних процесів всередині ЄС, а також непростота ситуація в США, що спостерігається з моменту останніх президентських виборів².

В цілому, країни ЄС продовжують виражати підтримку позицій України в протистоянні російській агресії та відновленні її територіальної цілісності. Водночас, у Австрії, Німеччині, Греції, Італії, та низці інших держав регіону, певні політичні сили продовжують виступати за пом'якшення або поступове зняття санкцій проти РФ. Негативною тенденцією залишається критика України лідерами ЄС щодо повільних темпів впровадження реформ та недостатньої ефективності заходів у боротьбі з корупцією³. Великобританія буде вимушена вирішувати як питання щодо умов Брекзиту, так і питання щодо власної територіальної цілісності (Північна Ірландія, Уельс, Шотландія)⁴.

Відновлення територіальної цілісності України та цілісності демократичних інститутів на всій її території, реінтеграція тимчасово окупованих територій після їх звільнення є стратегічним завданням політики національної безпеки. Виходячи з пріоритету мирних засобів, Україна буде використовувати всі можливі засоби захисту своєї територіальної цілісності, які не суперечать міжнародному праву. В умовах загострення ситуації у відносинах між Україною та РФ основний тягар у діалозі із Заходом, який подекуди займає вкрай нерішучу позицію по відношенню до обмежувальних та санкційних заходів з протидії Росії, взяла на себе дипломатична служба України.

Відповідно до Положення про Міністерство закордонних справ України, затвердженого Постановою КМУ № 281 від 30.03.2016, МЗС є головним органом у системі центральних органів виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізує державну політику у сфері зовнішніх зносин⁵. Метою діяльності МЗС є забезпечення проведення зовнішньополітичного курсу України, спрямованого на розвиток політичних, економічних, гуманітарних, правових, наукових та інших зв'язків з іноземними державами, міжнародними організаціями, забезпечення дипломатичними засобами захисту та зміцнення незалежності, державного суверенітету, безпеки, територіальної цілісності та непорушності кордонів України, її національних інтересів, участь у забезпеченні у межах повноважень реалізації державної зовнішньоекономічної політики, політики інтеграції економіки України у світову економічну систему, сприяння входженню України до світового інформаційного простору, піднесенню її міжнародного авторитету, формуванню позитивного іміджу держави, участь у формуванні та реалізації державної політики, спрямованої на інтеграцію України в європейський політичний, економічний, правовий простір з метою набуття членства в ЄС, а також на поглиблення співпраці з НАТО з метою набуття членства в цій організації⁶.

Питання протидії збройної агресії РФ проти України та відновлення територіальної цілісності України є одним з ключових пріоритетів зовнішньої політики України та посідає одне з провідних місць у порядку денному кожного візиту, зустрічі та переговорів, постійно обговорюється на майданчиках міжнародних організацій і «на полях» заходів міжнародного характеру.

Завдяки системній роботі протягом 2014–2018 рр. вдалося забезпечити незмінну позицію іноземних партнерів та міжнародних організацій щодо підтримки територіальної цілісності та суверенітету України, дотримання ними політики невизнання спроби незаконної анексії АР Крим та м. Севастополь (АРК), засудження триваючих порушень окупаційною владою основоположних прав людини, а також запровадження спеціальних економічних та інших обмежувальних заходів.

Завдяки системній цілеспрямованій роботі МЗС та постійних представництв України при міжнародних організаціях (МО) українське питання, у т.ч. в контексті протидії агресії Росії проти України та незаконної окупації Автономної Республіки Крим та м. Севастополя (АРК) залишалось одним із пріоритетних на порядку денному ключових органів МО.

Україною були застосовані усі можливі механізми МО для зміцнення міжнародної коаліції на підтримку суверенітету та територіальної цілісності України у межах міжнародно визнаних кордонів. Цій меті було підпорядковано низку заяв делегації України в Раді безпеки ООН (РБ ООН) та Генеральній асамблеї ООН (ГА ООН). Питання протидії агресії РФ проти України обговорювалася під час 40-а засідань Постійної Ради

ОБСЄ, засідань Комітету міністрів Ради Європи (КМРЄ) та в різних форматах протягом кожної з чотирьох частин сесії Парламентської Асамблеї Ради Європи (ПАРЄ), щорічної сесії Парламентської Асамблеї ОБСЄ (ПА ОБСЄ), а також засідань в рамках ООН – РБ ООН, ГА ООН та Ради ООН з прав людини (РПЛ). МО схвалено низку рішень на підтримку територіальної цілісності та суверенітету України, які засуджують агресію РФ проти України та незаконну окупацію АРК, порушення РФ своїх міжнародних зобов'язань, невиконання Росією Мінських домовленостей, протиправних дій РФ, пов'язаних з незаконним арештом та судовим переслідуванням українських громадян, а також закликають РФ негайно вжити всіх заходів для звільнення незаконно утримуваних українців⁷.

Меті протидії російській агресії та закріплення за Росією статусу держави-окупанта та агресора було підпорядковане членство України в РБ ООН у 2016–2017 рр. Задля чого максимально використано механізми цього органу для політико-дипломатичного тиску на країну-агресора, розкриття ролі РФ як першопричини конфлікту на Донбасі та держави-спонсора тероризму, а також розвінчання загальної реваншистської та конфронтаційної суті сучасної міжнародної політики РФ.

Членство України в РБ ООН 2016–2017 рр. пройшло на тлі активізації низки доленосних для світової спільності процесів – загострення безпрецедентних викликів цілям і принципам Статуту ООН, стрімких та непередбачуваних геополітичних трансформацій, переформатування архітектури міжнародної безпеки, повернення атмосфери «холодної війни» та двополосного протистояння, ареною яких виступала саме РБ. Термін членства 2016–2017 рр. також став першою з чотирьох каденцій України в РБ ООН, що проходила в умовах триваючої зовнішньої агресії проти нашої держави. Делегацією України було докладено усіх зусиль для максимального використання трибуни РБ як важливого політико-дипломатичного знаряддя боротьби проти загарбника, а також інструменту протидії російському реваншизму та експансіонізму в глобальному масштабі. З цією метою була використана кожна процедурна можливість, включно зі скликанням екстрених засідань і консультацій – як для реагування на ескалації, так і в превентивних цілях.

За головування та ініціативи України в лютому 2017 р. РБ вперше за тривалий період провела відкриті дебати на тему конфліктів в Європі, з акцентом на російській інтервенції в Донбасі та незаконній анексії АР Крим. Саме Україною в РБ було започатковано дискусію щодо нового феномену гібридних воєн. Важіль членства в РБ ООН допоміг Україні, серед іншого, здобути низку вкрай потрібних додаткових голосів за першу та оновлену резолюції ГА ООН щодо ситуації з правами людини в АРК, якими Росія визнана ООН окупантом.

За підсумками членства України в РБ ООН можна констатувати, що на сьогоднішній день склалося чітке сприйняття України нашими західними партнерами в РБ ООН, а також регіональними союзниками як надійного соратника у вирішенні ключових питань міжнародного порядку денного. Затверджено реноме України як глобального та динамічного гравця завдяки активній позиції та участі нашої делегації в розгляді всіх без винятку питань порядку денного РБ ООН. Цим було зведено нанівець головну пропагандистську тезу Росії про Україну як «країну одного питання» в РБ, за допомогою якої вони прагнули дискредитувати наше членство в РБ.

Саме завдяки членству в РБ ООН Україна взяла безпосередню участь в процесі обрання нового Генсекретаря ООН. Правильно визначена позиція нашої держави щодо підтримки кандидатури А. Гутерріша у ході всіх раундів голосування в РБ мала позитивний ефект на прихильне ставлення нового очільника ООН до України, свідченням чого став візит Генсекретаря до Києва вже на початку його каденції в липні 2017 року⁸.

19 грудня 2017 р. ГА ООН схвалено ініційовану Україною резолюцію 72/190 «Ситуація з правами людини в Автономній Республіці Крим та місті Севастополь (Україна)», яка є логічним продовженням однойменної резолюції 71/205 2016 року. Документ підтверджує чітку й незмінну позицію ГА ООН щодо статусу АРК як частини території України, засуджує тимчасову окупацію Кримського півострова Російською Федерацією та не визнає спроби його анексії державою-окупантом.

МЗС на регулярній основі вживало заходів з координації дій міністерств та відомств України, які залучалися до роботи у рамках військово-політичного виміру ОБСЄ. Питання триваючої агресії Росії проти України, незаконної окупації АРК та порушення РФ принципів і зобов'язань ОБСЄ, а також викрадення та незаконного утримання РФ українських громадян розглядалися на щотижневій основі в рамках Постійної Ради ОБСЄ (ПР ОБСЄ).

Забезпечено активну та ініціативну участь України в діяльності всіх форумів військово-політичного виміру ОБСЄ, що, у свою чергу, дозволило цілеспрямовано довести до міжнародної спільноти об'єктивну інформацію про заходи, які здійснювалися Україною для захисту своїх національних інтересів в умовах незаконної тимчасової окупації і спроби анексії Росією АРК та триваючої російської агресії на сході України. Постійні спроби делегації РФ переконати учасників військово-політичних форматів у непричетності Росії до конфлікту на Донбасі, відсутності російських регулярних збройних сил, найманців та військової техніки на сході України, а також легітимізувати АРК у складі РФ не знайшли підтримки серед держав-учасниць ОБСЄ, водночас, викликали однозначне засудження дій Росії та заклики до неї негайно припинити агресію проти України та здійснити деокупацію захоплених територій.

Інститути ОБСЄ – Бюро з демократичних інститутів та прав людини, Верховний комісар у справах національних меншин та Представник з питань свободи ЗМІ – залучалися до моніторингу стану прав людини в незаконно окупованому Криму та окремих районах Донбасу, а також ситуації щодо незаконно утримуваних в РФ громадян України.

На постійній основі в рамках Комітету міністрів РЄ (КМРЄ) здійснювалася робота для збереження питання щодо підтримки суверенітету й територіальної цілісності України у зв'язку із російською агресією проти України. Зокрема, під час засідань КМРЄ виголошувалися відповідні заяви/виступи, проводилися консультації з делегаціями інших держав-членів РЄ з метою їх залучення до підтримки України та ініціювання ними відповідних заяв/виступів.

За координації МЗС завершено підготовку Плану дій РЄ для України на період 2018-2021 рр., у розробці проекту якого брали участь всі зацікавлені органи державної влади України. Особливий акцент під час його підготовки було зроблено на залученні потенціалу РЄ для подолання наслідків тимчасової окупації АРК та військової агресії Росії на Донбасі. Україна розглядає майбутній План дій як один з елементів роботи РЄ з імплементації рішень КМРЄ щодо ситуації в Україні, у т.ч. й рішення щодо ситуації в окупованому Криму⁹.

КМРЄ ухвалив рішення щодо ситуації в АРК, в якому підтвердив відданість територіальній цілісності України й невизнання анексії Криму; закликав до повної імплементації Резолюції ГА ООН 71/205 від 19 грудня 2016 р. «Ситуація з правами людини в АРК і м. Севастополь (Україна)¹⁰; закликав Росію вжити усіх необхідних заходів з метою забезпечення прав людини в Криму та негайно зупинити будь-які порушення цих прав, включаючи право на свободу слова та свободу зібрань; привітав зусилля Генерального секретаря РЄ щодо полегшення діалогу між омбудсменами України і РФ в контексті переведення групи ув'язнених із Криму в Україну.

У ході 201-ї та 202-ї сесій Виконавчої ради ЮНЕСКО було ухвалено рішення «Моніторинг ситуації в Автономній Республіці Крим (Україна)», згідно з якими Генеральний директор Організації представив чергову доповідь зі згаданого питання на наступній сесії Виконавчої ради у квітні 2018 р. На виконання вищезазначених рішень відбулися консультації між Україною та Секретаріатом ЮНЕСКО (2016–2017 рр.), зокрема два цільових візити до України заступника Гендиректора ЮНЕСКО Е. Фальга, за результатами яких погоджено мандат та модальності прямого моніторингу ЮНЕСКО ситуації у Криму в сферах компетенції Організації – освіта, наука, культура, у т.ч. стан збереження об'єктів всесвітньої культурної спадщини, свобода ЗМІ та захист журналістів.

Висновок

На тлі неприхованої агресії РФ проти України та турбулентного періоду всередині ЄС, послабленого внутрішніми та зовнішніми чинниками, вітчизняним зовнішньополітичним відомством з 2014 р. було забезпечено високу зовнішньополітичну активність на міжнародній арені, спрямовану на протидію сучасним безпековим викликам і загрозам, відновлення політико-дипломатичним шляхом суверенітету і територіальної цілісності держави в межах міжнародно визнаних кордонів, розвиток політичних, економічних, гуманітарних та інших зв'язків з іноземними державами і міжнародними організаціями, формування позитивного іміджу України як надійного і передбачуваного партнера.

Завдяки задіянню оновленого політико-дипломатичного інструментарію та імплементації дипломатичного досвіду провідних країн світу МЗС України за останні чотири роки було забезпечено збереження та розширення партнерами України спеціальних економічних і секторальних санкцій та інших обмежувальних заходів щодо держави-агресора. Прикметним стало рішення керівництва США, де на законодавчому рівні було запроваджено санкції проти РФ шляхом ухвалення Закону «Про протидію супротивникам Америки через санкції». Налагоджено конструктивну співпрацю з адміністрацією Д. Трампа, зокрема в оборонній сфері. США та Канадою прийнято рішення щодо надання Україні летальної оборонної зброї.

Одними з ключових досягнень сучасної дипломатичної служби України стало посилення міжнародної підтримки суверенітету і територіальної цілісності України, дотримання політики невизнання анексії АРК Крим і м. Севастополь, засудження російської агресії і порушень окупаційною владою основоположних прав людини шляхом інструментарію багатосторонньої дипломатії, у т.ч. в рамках непостійного членства України в РБ ООН і головування України в ОЧЕС.

Протягом останніх років було прийнято низку важливих рішень у рамках провідних міжнародних організацій, зокрема оновлену Резолюцію ГА ООН «Ситуація з правами людини в Автономній Республіці Крим та м. Севастополь, Україна» з більш жорсткими формулюваннями щодо РФ. Попереджено намагання Кремля «легалізувати» в очах міжнародної спільноти терористичні угруповання «Л/ДНР», зокрема спробами відкриття т. зв. «репрезентаційних центрів» в країнах Європи (Франція, Італія, Греція, Чехія, Фінляндія), а також проведення псевдовиборів на тимчасово окупованих територіях Донецької та Луганської областей.

¹ Веб-сторінка Королівського інституту закордонних справ «Четем Хауз», <https://www.chathamhouse.org/>

² Веб-сторінка НУО «Українська призма», <http://prismua.org/ukrainian-prism-foreign-policy-2017/>

³ Там само.

⁴ Веб-сторінка Королівського інституту закордонних справ «Четем Хауз», <https://www.chathamhouse.org/>

⁵ Веб-сторінка Міністерства закордонних справ України, <https://mfa.gov.ua/ua/legal-acts>

⁶ Там само.

⁷ Веб-сторінка НУО «Українська призма», <http://prismua.org/ukrainian-prism-foreign-policy-2017/>

⁸ Там само.

⁹ Там само.

¹⁰ http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/MU16077.html

Резюме

Третьякова М.В. Протидія неприхованій агресії РФ: політико-дипломатичний інструментарій України на тлі глобальних і регіональних викликів та загроз.

У даній статті проаналізовано поточну ситуацію навколо продовження російської агресії проти України, зокрема в контексті нових викликів у Чорноморсько-Азовському регіоні. Здійснений аналіз дій та результатів реагування зовнішньополітичного відомства України протягом останніх чотирьох років на агресивні дії РФ проти нашої держави, у т.ч. в рамках міжнародних організацій та їх парламентських асамблей.

Ключові слова: російська збройна агресія, тимчасова окупація Криму, прийняття резолюції, міжнародні організації, міжнародна спільнота, територіальна цілісність, гібридні загрози.

Резюме

Третьякова М.В. Противодействие неприкрытой агрессии РФ: политико-дипломатический инструментарий Украины на фоне глобальных и региональных вызовов и угроз.

В данной статье проанализирована текущая ситуация относительно продолжающейся российской агрессии против Украины, в частности в контексте новых вызовов в Черноморско-Азовском регионе. Проведен анализ действий и результатов реагирования внешнеполитического ведомства Украины на протяжении последних четырех лет на агрессивные действия РФ против нашего государства, в т.ч. в рамках международных организаций и их парламентских ассамблей.

Ключевые слова: российская вооруженная агрессия, временная оккупация Крыма, принятие резолюции, международные организации, международное сообщество, территориальная целостность, гибридные угрозы.

Summary

Tretiakova M. Counteraction to the barefaced aggression of the Russian Federation: political and diplomatic tools of Ukraine in the face of global and regional challenges and threats.

In this article the current situation regarding the ongoing Russian aggression against Ukraine has been analysed, in particular in the context of new challenges in the Black Sea-Azov region. The analyse of actions over past four years as well as results of the response of the Ukrainian Foreign Ministry to the aggressive actions of the Russian Federation against our state has been also provided, including the successfully foreign strategy of Ukraine within the international organizations and parliamentary assemblies.

Key words: Russian military aggression, temporary occupation of the Crimea, adoption of a resolution, international organizations, international community, territorial integrity, hybrid threats.

Г.П. КОВЕРЗНЄВА

Ганна Павлівна Коверзнєва, кандидат юридичних наук, доцент, завідувач кафедри державно-правових та галузевих правових дисциплін Київського університету права НАН України

АКТУАЛЬНЕ ВИДАННЯ З КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА ПОЛЬЩІ*

Нещодавно побачила світ книга, видана нашими партнерами з Гданського університету (Польща).

Метою створення цієї наукової праці є спроба виокремити принципи конституційного права Республіки Польща, що стрімко змінюється у зв'язку з розбудовою державних інституцій.

Модернізація Основного Закону, що триває нині в Польщі, вимагає постійного оновлення наукових засад із базової галузі вітчизняної системи права – конституційного права. Маючи на меті виокремити найважливіші цінності польської конституційної системи, зробити їх ідентифікацію, автори прописують конституційні та структурні елементи правової системи Польщі.

Зміст наукового доробка включає дев'ять глав:

1. Демократичні засади права.
2. Соціальне правосуддя.
3. Поділ влади.
4. Представницькі органи влади.
5. Принципи прямої демократії.
6. Політичний плюралізм.
7. Економіка ринкових відносин.
8. Відносини держави та церкви
9. Свободи, права та обов'язки людини та громадянина.

Вважаємо, що така структура розміщення навчального матеріалу з конституційного права є науково обгрунтованою, логічною та зручною для сприйняття студентами, на яких, у першу чергу, орієнтоване це видання. Викладення зазначених тем у даному підручнику вирізняється високим науково-теоретичним рівнем. Логічність, послідовність подання матеріалу, ілюстрування відповідними прикладами робить його доступним для розуміння студентством та всіма, хто цікавиться проблемами конституційного права Польщі.

Збірник зазначених авторів включає й ті питання, що є новаторськими для конституційного права як навчальної дисципліни та науки. Наприклад, питання «соціального правосуддя», яке розглядається як тісний зв'язок філософії, етики, соціології та права – це новаторський підхід до даного конституційного механізму. Пані Агнежка Гайда у II розділі зазначає: «Немає сумніву, що рішення Конституційного Суду є найважливішими в розумінні принципів соціальної юстиції в Польщі».

Проаналізовано витоки конституційно-правової думки Польщі, охарактеризовано предмет та методологію науки конституційного права, окреслено пріоритетні напрями конституційно-правових досліджень (С. 8–9). Система конституційного права Республіки Польщі в рецензованій роботі викладена на засадах її багатогранності, що є обгрунтованим у зв'язку з об'єктивністю існування багатьох рівнів зазначеної системи.

Праця містить надзвичайно сміливу думку, що «інструменти прямої демократії на національному рівні в Польщі, такі як референдуми та громадські ініціативи, є неефективними». Автор Анна Рітел-Варжоча зазначає, що, не дивлячись на неефективність зазначених інститутів на національному рівні, на рівні територіальних громад – на місцевому рівні – нові демократичні інструменти дозволяють реалізовувати безпосереднє народовладдя повною мірою (С. 113–114).

Розділ «Економіка ринкових відносин» починається з історичного нарису розвитку економічних відносин Республіки Польща з часів Другої світової війни. Лише в 1997 р. Конституція Польщі була доповнена «принципами ринкової економіки» як основою державної економічної політики. Петр Узєбко зазначає, що ринкові відносини ґрунтуються на трьох принципах: приватна власність, вільний ринок, діалог та кооперація між партнерами. У цьому розділі також розглядається нетривіальна думка щодо ролі держави в умовах ринкових відносин (С. 155).

Агнежка Гайда в розділ IX «Свободи, права та обов'язки людини та громадянина» розглядає питання щодо характеристики основних видів правового статусу людини (громадянин, іноземець, особа без громадян-

Рецензії

ства, біженці тощо), а також поняття та види конституційних прав і свобод людини та громадянина в Польщі, традиційно розподілені за сферами суспільних відносин (громадянські, політичні, економічні, соціальні, культурні). Приділено увагу висвітленню механізму гарантій прав та свобод людини і громадянина та охарактеризовано систему обов'язків. Важливу складову дослідження складають принципи: поваги до честі та гідності особи, поваги та захисту свобод людини, рівності та неприпустимість дискримінацій (С. 174–192).

Таким чином, рецензована наукова праця є тим виданням, що дає можливість не лише на високому науково-теоретичному рівні опанувати дисципліну «Конституційне право Польщі», а й ознайомитися з новітніми тенденціями та перспективами розвитку конституційного права як науки та галузі права, надає можливість сформулювати цілісне та комплексне уявлення про нього широкому колу читачів.

Майстер-клас доктора права, професора Пенсильванського університету (США) Вільяма Батлера

5 жовтня 2018 р. в Київському університеті права НАН України відбувся майстер-клас доктора права, професора Пенсильванського університету (США), почесного професора порівняльного правознавства Лондонського університету, іноземного члена Національної академії наук України, почесного доктора Київського університету права НАН України *Вільяма Батлера*.

На майстер-класі були присутні студенти спеціальностей «правознавство» й «міжнародне право», аспіранти та викладачі, які прослухали лекцію на тему «Визнання та виконання арбітражних рішень в США: український досвід».

Професор В. Батлер ознайомив студентів зі специфікою визнання та виконання арбітражних рішень в США згідно Конвенції ООН про визнання та виконання іноземних арбітражних рішень (Нью-Йорк, 1958р.), наводячи приклад справи, що розглядалася в американському суді, учасником якої була українська сторона.

Також під час лекції він розповів про переваги арбітражного розгляду спорів що виникають з договірних відносин з іноземними контрагентами, і дав майбутнім юристам практичні поради щодо використання арбітражних застережень та угод.

Майстер-клас викликав жваву дискусію серед присутніх, які мали можливість ставити запитання професорові та отримати на них ґрунтовні відповіді.

На завершення заходу було проведено переговори та урочисто підписано угоду про співпрацю між Київським університетом права НАН України та Пенсильванським університетом

Слід зазначити, що Пенсильванський університет заснований ще в 1740 р. і є четвертим найстарішим вищим навчальним закладом у США та одним із восьми членів асоціації найстаріших вузів країни «Ліга площі».

Дана угода передбачає удосконалення співпраці, обмін досвідом, впровадження спільних навчально-виховних та дослідницьких проектів. Плануються використання можливостей програми обміну для студентів, викладачів та професорів, а також, проведення спільних міжнародних наукових конференцій, семінарів, майстер-класів, академічний туризм.

Саме зараз, коли в Україні відбувається поступове реформування української освіти, що є пріоритетом розвитку держави, зокрема, питання її сучасності, модернізації та оптимізації є надзвичайно важливим. Тож, така співпраця надає широкі можливості для взаємного обміну досвідом у сфері освіти та науки США та України.

Наприкінці зустрічі професор *Ю. Бошицький* презентував професору Батлеру нові університетські видання та запросив частіше відвідувати КУП НАНУ з новими майстер-класами.

Науково-практична конференція з глобальної цифрової комунікації і кібербезпеки

Науково-практична конференція на тему «Конвергенція квантового майбутнього: електронна трансформація в епоху четвертої промислової революції», яка нещодавно відбулася в Києві, згуртувала навколо себе урядовців, освітян, науковців, співробітників вітчизняних і міжнародних установ, викладачів та студентську молодь університету.

Організаторами цього потужного заходу є Київський університет права НАН України, ДНДЕКЦ МВС України, Інтелектуальний форум «Єдина Європа», Центр криміналістичних і мистецтвознавчих досліджень, Музей електронного інтелекту, комп'ютерних технологій і криміналістичної техніки імені В.М. Глушкова, Юридична компанія «АЮР-КОНСАЛТИНГ», консалтингова організація «Cyber Consulting», Академія експертних технологій Expert&Technology, Часопис Київського університету права, журнал «Бізнес і безпека» та редакція газети «Юридичний вісник України».

Головна мета проведення науково-практичної конференції:

1. Обговорення стратегії розвитку України в умовах геополітичних викликів епохи цифрової комунікації.
2. Визначення ролі стратегічних комунікацій у забезпеченні національної безпеки України в умовах розвитку інформаційної сфери.
3. Визначення пріоритетних напрямів запобігання і протидії кіберзлочинності та кібертероризму в XXI столітті.
4. Розгляд питання кібербезпеки, електронних сервісів у державі та особливості транскордонної взаємодії.
5. Розкриття сутності транскордонної взаємодії в транспортному сполученні з використанням електронних довірчих послуг.

Представники органів державної влади та громадських організацій, навчальних і наукових установ, журналісти, студентська молодь обмінялися ідеями, роздумами, пропозиціями й рекомендаціями про те, які заходи, засоби і технології доцільно використовувати для дієвої й ефективної побудови та реалізації стратегії запо-

бігання і протидії кібервикликам, кібератакам, кібертероризму й кіберзлочинності в сучасному цифровому Е-суспільстві.

У рамках науково-практичної конференції виступили представники урядових структур та громадських організацій, підприємницьких структур, викладачі, аспіранти та студенти університету.

Це сьома науково-практична конференція, що відбулася цього року в КУП НАН України. У наступному році планується продовжувати розвиток освітньої, наукової і праксеологічної університетської діяльності в цьому напрямі.

У наукових доповідях порушувалися актуальні питання сучасного розвитку ІТ-індустрії, ІТ-права, ІТ-економіки, ІТ-інтелектуальної власності, ІТ-безпеки в умовах глобальної комунікації початку ХХІ століття, як визначального фактора сучасного світового розвитку.

У виступах учасників форуму висвітлювалися особливості революційних змін у галузі новітніх Grid і Blockchain технологій, стрімкої диджиталізації, розвитку мережі Інтернет, глобальної блогосфери, соціальних медіа, мобільної телефонії, цифрової глобальної комунікації в таких сферах життєдіяльності людства, як культура, транспортні мережеві комунікації, он-лайн освіта, економіка, політика, електронні довірчі послуги та кібербезпека.

Представники державних та консалтингових установ (*С. Белов, І. Духота, Л. Шарай, Н. Кісіль, М. Малій, О. Урденко, С. Ковальчук, Л. Олексюк, Т. Обіход, С. Ворона, О. Кварчук, В. Хоменко, О. Воєводін, Д. Прокопенко* та інші) проаналізували стан і тенденції розвитку інформаційно-комунікаційних технологій в Україні і світі та надали конкретні пропозиції щодо удосконалення чинного законодавства, розширення організаційно-технічного й ресурсного забезпечення освітньої та наукової діяльності в епоху четвертої промислової революції, Індустрії 4.0 та суспільства знань.

Професор КУП НАН України Ніна Карпачова з доповіддю на Пекінському Форумі з прав людини

Професор кафедри міжнародного права Київського університету права НАН України, Перший заступник Голови Союзу юристів України Ніна Карпачова виступила на Пекінському Форумі з прав людини, який відбувся наприкінці вересня у столиці Китайської Народної Республіки і був присвячений темі: «Ліквідація бідності: пошук спільних шляхів розвитку з метою побудови спільного майбутнього для людей». У роботі Форуму взяли участь понад 200 представників державних, міжнародних, регіональних і національних організацій з 50 країн Азії, Африки, Америки і Європи.

Перед початком роботи Форуму Ніна Карпачова в числі десяти провідних його учасників була запрошена на зустріч з членом Політбюро, секретарем ЦК Комуністичної партії Китаю, головою Департаменту громадських зв'язків ЦК КПК Хуаном Кунмінем, який привітав високих гостей і поінформував про досягнення КНР у подоланні бідності.

Виступаючи на пленарному засіданні Форуму з доповіддю на тему: «Боротьба з бідністю - шлях до створення гуманного, гармонійного світу», Ніна Карпачова, зокрема зазначила, що за даними ООН майже мільярд людей на планеті страждає від бідності. Для них фундаментальні права і свободи людини залишаються лише ілюзіями. До цього, по суті, безправного мільярду входить і багато громадян України. Жінки і діти складають більшість серед найбільш знедолених і вразливих груп населення планети. Навіть у найбагатших країнах понад 30 мільйонів дітей живуть за межею бідності.

Проблема бідності в Україні, як і в багатьох інших країнах, за останні роки посилилася внаслідок поглиблення поляризації світу, загострення міжнародних і регіональних конфліктів під впливом глобальної фінансово-економічної кризи. Якщо до 2009 р. завдяки зусиллям держави в реалізації програм боротьби з бідністю, її рівень постійно знижувався, то, на жаль, за останні чотири роки ситуація в Україні характеризується значним збільшенням рівня бідності. Лише за офіційними даними, кількість бідних в Україні на початок 2018 р. зросла з 15 % до 25 %.

Зростання бідності в Україні є складовою загальносвітових процесів, а тому боротьба з цим явищем може бути успішною лише при об'єднанні міжнародних зусиль, спрямованих на досягнення миру, безпеки і переорієнтації суспільного виробництва на створення для всього людства умов всебічного й гармонійного розвитку.

Ніна Карпачова переконана, що досвід Китаю в боротьбі з бідністю має стати предметом вивчення для всіх країн світу, у тому числі і для України, а Пекінський форум - майданчиком для осмислення, опанування і поширення цього досвіду, як основи захисту прав людини.

У рамках Форуму відбулася зустріч Ніни Карпачової з Головою Китайського товариства з вивчення прав людини (національний аналог Інституту Омбудсмена) паном Сянба Пінцо, у рамках якої були обговорені питання співпраці та обміну досвідом у сфері захисту прав людини.

Науково-практична конференція «Проблеми ювенальної юстиції: європейський досвід, українські реалії»

Нещодавно в м. Бердичів Житомирської області на базі Бердичівського коледжу промисловості, економіки та права відбулася науково-практична конференція «Проблеми ювенальної юстиції: європейський досвід, українські реалії».

Співорганізаторами вказаної конференції виступили Київський університет права та Бердичівський коледж промисловості, економіки та права. КУП НАНУ представляли професор *П.Д. Біленчук, доц.*

Ю.І. Ковальчук. У роботі науково-практичної конференції взяли участь директор коледжу І.О. Демус, заступник директора коледжу Б.В. Марковський, голова циклової комісії з правознавства В.Ц. Посудевський, генеральний директор «АЮР–КОНСАЛТІНГ» М.І. Малій, представники судових та правоохоронних органів і студенти вищезазначеного коледжу.

У наукові доповіді були присвячені актуальним питанням щодо причин та умов вчинення неповнолітніми правопорушень на сучасному етапі розвитку України, а також заходам попередження правопорушень серед молоді. Обрана тематика науково-практичної конференції послугувала плідним підґрунтям для обміну думками із зазначеної проблематики.

Майстер-клас японських дипломатів Хошіно Юічі та Кирила Ярошика

30 жовтня 2018 р., у рамках університетського проекту «Діалоги відомих особистостей світу зі студентами», у КУП НАНУ відбулась зустріч із Другим секретарем посольства Японії в Україні паном Хошіно Юічі та Співробітником відділу культури та інформації, перекладачем паном Кирилом Ярошиком. Під час зустрічі пан Хошіно Юічі розповів цікаву інформацію про країну вранішнього сонця: а саме про систему освіти та науки; правові засади функціонування судової системи; діяльність Міністерства закордонних справ; трудові відносини; спрощену процедуру отримання візи для громадян України тощо. Надзвичайно пізнавальним було також дізнатись і про історію та сучасність українсько-японських відносин у галузі культури, науки, права, тощо.

До того ж, пан Кирило Ярошик презентував програми стажування студентів у Японії: «Стажер-дослідник» та «Навчання в японському університеті». При цьому він закликав молодь не боятися і подавати документи для участі у вищезазначених програмах.

Знаковим є те, що лекція була побудована у формі «питання-відповідь». При цьому, зацікавленість студентів КУП НАНУ мала прояв у величезній кількості цікавих запитань.

Зустріч японської делегації зі студентами КУП НАНУ вразила своєю теплотою, а також простотою і високоосвіченістю японських дипломатів, що залишило приємні спогади, адже однією з головних особливостей Київського університету права НАН України є поєднання освітнього процесу, науково-дослідної роботи, міжнародного співробітництва та поглибленого спілкування з відомими особистостями, зокрема, і з дипломатичними представниками найвищого рівня, що є унікальним досвідом для підготовки юристів та юристів-міжнародників.

Зустріч із заступником Генерального прокурора – керівником Спеціалізованої антикорупційної прокуратури Назаром Холодницьким

30 жовтня 2018 р. в Київському університеті права НАН України відбулась зустріч студентів, аспірантів, науково-педагогічних працівників та співробітників із заступником Генерального прокурора – керівником Спеціалізованої антикорупційної прокуратури, заслуженим юристом України, кандидатом юридичних наук Назаром Холодницьким.

Захід відбувся у форматі діалогу щодо актуальних питань функціонування антикорупційних органів та необхідності реформування законодавства з метою покращення їх ефективної роботи.

Головний антикорупційний прокурор України розповів про деякі тонкощі формування доказової бази в окремих категоріях кримінальних проваджень, ризиках, які існують при недотриманні норм КПК України під час їх розслідування, зокрема, при порушенні правил про підслідність.

Поважний гість наголосив на наслідках у вигляді визнання доказів недопустимими у разі порушення передбаченої Кримінальним процесуальним законом процедури проведення слідчих (розшукових) дій чи у випадку технічних помилок під час їх фіксування у протоколі.

Учасники зустрічі мали чудову нагоду ставити питання пану Холодницькому та брати активну участь в діалозі щодо практичних питань діяльності Спеціалізованої антикорупційної прокуратури та особливостей здійснення процесуального керівництва під час досудового розслідування корупційних злочинів, а також підтримання державного обвинувачення в суді.

На завершення зустрічі пан Холодницький зазначив, що приємно вражений тим, як студенти глибоко відчують необхідність функціонування дієвих механізмів боротьби з корупцією в усіх сферах суспільного життя.

Круглий стіл на тему: «Концептуальні засади реформування адміністративного права та фінансового права України в сучасних умовах»

2 листопада 2018 р. відбувся круглий стіл на тему «Розвиток адміністративного законодавства в умовах реформаційних процесів в Україні», організований відділом проблем державного управління та адміністративного права Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України. У заході в межах співпраці від КУП НАНУ брали участь проректор з наукової роботи, доктор юридичних наук Н.І. Кудерська, доцент кафедри державно-правових та галузевих правових дисциплін Н.К. Ісаєва, секретар Ради молодих вчених О.М. Блажко. Із вступним словом виступили заступник директора Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, доктор юридичних наук О.В. Скрипнюк та завідувач відділу проблем державного управління та адміністративного права Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, доктор юридичних наук, член-кореспондент НАПрН України О.Ф. Андрійко.

Основними блоками для обговорення були:

1. Завдання адміністративного права в сучасних умовах.
 2. Адміністративно-правове забезпечення децентралізації влади в Україні.
 3. Проблеми розвитку фінансово-бюджетних відносин в умовах децентралізації влади в Україні.
- Робота круглого столу відбувалася у форматі наукової дискусії щодо запропонованих блоків проблем.

VI Міжнародна українсько-швейцарська науково-практична конференція «Сучасні виклики і актуальні проблеми права інтелектуальної власності в Україні та Європі»

23 листопада 2018 р. у Київському університеті права НАН України відбулася VI Міжнародна українсько-швейцарська науково-практична конференція «Сучасні виклики і актуальні проблеми права інтелектуальної власності в Україні та Європі». Співорганізатором даної конференції виступила Всесвітня організація інтелектуальної власності (ВОІВ).

Міжнародна науково-практична конференція спрямована на комплексний аналіз проблем і здобутків розвитку права інтелектуальної власності в Україні в умовах євроінтеграції, розгляд актуальних аспектів вдосконалення національного законодавства, пошук креативних рішень тощо.

У роботі конференції взяли участь провідні науковці, аспіранти, студенти вищих навчальних закладів України та зарубіжних країн, зокрема представники: Національної академії наук України, Міністерства освіти і науки України, Верховної Ради України, Міністерства внутрішніх справ України, Науково-дослідного інституту інтелектуальної власності, Центру судової експертизи та експертних досліджень, духовенства, іноземні партнери та представники дипломатичних місій в Україні.

Почесними гостями на конференції були: *Алішер Абдуалієв* – Надзвичайний і Повноважний Посол Республіки Узбекистан в Україні; *Сергій Хранатий* – радник першого віце-прем'єр-міністра України; *Заза Маруашвілі* – виконавчий директор асоціації приватних вузів; *Деві Хведеліані* – ректор Академії бізнесу та консалтингу; *Ніно Чаландарішвілі* – керівник грантових проектів асоціації приватних вузів Грузії; *Сергій Бондарчук* – заступник керівника Секретаріату Національного агентства із забезпечення якості вищої освіти, Радник Комітету ВРУ з питань науки та освіти; *Андрій Кудряченко* – директор державної установи «Інститут всесвітньої історії НАН України»; *Геннадій Андрущук* – завідувач лабораторією правового забезпечення розвитку науки і технологій Науково-дослідного інституту інтелектуальної власності; *Марина Зенова* – державний експерт експертної групи з питань комунікацій та експертного планування директорату інновацій та трансферу технологій Міністерства освіти і науки України; *Наталія Кисіль* – заступник директора Центру судової експертизи та експертних досліджень, судовий експерт у сфері інтелектуальної власності, засновник проекту «Expert and Technology»; *Наталія Беуши* – експерт відділу досліджень об'єктів інтелектуальної власності центру судової експертизи та експертних досліджень; *Людмила Черненко* – завідувач відділу досліджень в сфері інтелектуальної власності Державного науково-дослідного експертно-криміналістичного центру Міністерства внутрішніх справ України; *Валерій Москаленко* – консультант асоціації чесько-українського партнерства; *Поліна Антонюк* – професор кафедри криміналістики та судової медицини Національної академії внутрішніх справ; *Ієрей Георгій Малета* – представник Київської духовної академії і семінарії та інші.

Із вступним словом до учасників конференції звернувся ректор Київського університету права НАН України *Юрій Бошицький*, який зазначив, що проведення конференції спільно з Всесвітньою організацією інтелектуальної власності в Київському університеті права НАН України передбачає консолідацію зусиль вчених та практиків України та світу з розробки стратегії інтелектуальної власності взагалі та тактики здійснення політики у цій сфері в окремих країнах. Україна прагне європейської інтеграції і пристала на концепцію адаптації її законодавства до вимог законодавства країн ЄС, є активною учасницею заходів ВОІВ з надання належної правової охорони та захисту прав на результати інтелектуальної діяльності і активно співпрацює з міжнародною спільнотою для реалізації завдань, які стоять перед співтовариством у цій сфері.

На адресу організаторів та учасників міжнародної науково-практичної конференції надійшли привітання, зокрема від *Френсіса Гаррі*, генерального директора Всесвітньої організації інтелектуальної власності; *Бориса Патона*, Президента Національної академії наук України; *Олександра Співаковського*, першого заступника голови Комітету Верховної Ради України з питань науки і освіти та *Юрія Шемшученка*, директора Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, академіка НАН України, почесного ректора КУП НАН України.

У своїх наукових доповідях учасники конференції обмінювались думками з питань удосконалення правової охорони інтелектуальної власності в Україні; нормативно-правового регулювання інтелектуальної власності та інноваційної діяльності на національному та міжнародному рівні; щодо особливостей та практики охорони торговельних марок в Україні та ЄС; проблемами інтелектуальної власності як інструменту розвитку економіки: проблеми та шляхи їх вирішення; сучасні тенденції розвитку права інтелектуальної власності; правового регулювання ІВ у соціальних мережах; судові експертизи у сфері ІВ: сучасний стан та перспективи подальшого розвитку та інші.

Конференції «Сучасні виклики і актуальні проблеми права інтелектуальної власності в Україні та Європі» стала «майдаником» для обміну думками із зазначеної проблематики, її рекомендації та пропозиції буде висвітлено в науковому збірнику конференції «Сучасні виклики і актуальні проблеми права інтелектуальної власності в Україні та Європі» та надіслано у відповідні органи державної влади та управління.

У рамках заходу відбулось урочисте підписання угоди про співпрацю між Київським університетом права НАН України та Асоціацією приватних вузів України щодо проведення спільних науково-практичних конфе-

ренцій, симпозіумів, наукових досліджень, участі у програмах двостороннього обміну студентами, аспірантами та науково-педагогічними працівниками, організація спільних літніх шкіл та спільна участь у грантових програмах, а також, організація спільної українсько-грузинської програми, яка дає унікальну можливість студентам Київського університету права НАН України одночасно здобути вищу освіту як в КУП НАН України, так і в провідному університеті Грузії.

Міжвідомча науково-практична конференція «Актуальні проблеми криміналістики та судової експертології»

22 листопада 2018 р. аспіранти КУП НАН України на чолі з завідувачем відділу аспірантури *Р.В. Перелігіною* та професором кафедри цивільно- і кримінально-правових дисциплін *П.Д. Біленчуком* взяли участь в міжвідомчій науково-практичній конференції «Актуальні проблеми криміналістики та судової експертології», яка проходила на базі Навчально-наукового інституту № 2 Національної академії внутрішніх справ.

Із вітальними словами до учасників заходу звернулися перший проректор Національної академії внутрішніх справ *С.Д. Гусарев* та директор навчально-наукового інституту № 2 НАВС *А.А. Саковський*, які побажали всім творчого натхнення та здобутків, спрямованих на розвиток вітчизняної юридичної науки задля захисту людини, суспільства та держави від кримінальних загроз.

Тематичними напрямками конференції були актуальні питання криміналістичного забезпечення розслідування злочинів, актуальні проблеми судової експертології, інновації у криміналістичній та судово-експертній підготовці здобувачів вищої освіти.

Аспіранти КУП НАН України мали можливість поспілкуватись з працівниками правоохоронних органів, які активно протидіють злочинності в різних її проявах, обмінятися думками та ідеями, практичним досвідом, з перших вуст почути про нові методики вирішення проблем судової експертології, що має важливе значення для формування свідомості, уявлень про реальне життя, переосмислення певних речей та явищ.

У рамках конференції були обговорені питання щодо подальшої взаємовигідної співпраці в галузі освіти та науки між Київським університетом права НАН України та Навчально-науковим інститутом № 2 Національної академії внутрішніх справ.

III Міжнародний форум інновацій «Innovation Market»

22 листопада 2018 р. відбувся Міжнародний форум «INNOVATION MARKET», який проводиться вже втретє, – місце зустрічі новаторів, винахідників, виробників та вендорів провідних інноваційних технологій, експертів у сфері інновацій, авторів start-up проектів, представників бізнесу, представників інвестиційно-фінансових установ, консультантів у сфері захисту інтелектуальної власності під патронатом Кабінету Міністрів України, Міністерства економічного розвитку і торгівлі України, Національної академії наук України та Всесвітньої організації інтелектуальної власності.

Студенти КУП НАНУ *Олександр Хромов*, *Вікторія Полторацька*, *Дар'я Третякова* разом із завідувачем кафедри цивільно- та кримінально-правових дисциплін, к.ю.н. *Ольгою Рассомахіною* відвідали даний захід у другий день його роботи.

Під час Форуму відбулися зустрічі із суддями-експертами у сфері інтелектуальної власності у залі головного лекторію, а також відбулася робота секційних засідань.

На Форумі відбулося експертне обговорення у сфері правової охорони інтелектуальної власності та підтримки розвитку її захисту в рамках панельної дискусії «Пріоритетні напрями інституційної розбудови державної правової охорони інтелектуальної власності». Київський університет права НАН України представляв ректор, заслужений юрист України, професор *Юрій Бошицький*.

Студенти та професорсько-викладацький склад КУП НАНУ взяли участь у роботі секції 2. Програма заходів Державної системи правової охорони інтелектуальної власності України. Надзвичайно цікавими та захопливими були виступи та доповіді *В.О. Жалдака*, директора Департаменту інтелектуальної власності Мінекономрозвитку, *Б.М. Падучака*, заступника директора Департаменту інтелектуальної власності, начальника управління промислової власності Мінекономрозвитку, *Р.О. Стефанчука*, д.ю.н., професора, заступника директора Державної організації «Національний офіс інтелектуальної власності», *О.П. Орлюк*, д.ю.н., професора, директора НДІ інтелектуальної власності НАПрН України, *К.С. Олійник*, партнера, керівника практики інтелектуальної власності Arzinger, *Т.В. Ющенко*, адвоката патентно-юридичної агенції «Дубинський&Ошарова».

Цікаво, що від час секційного засідання відбулася презентація матеріалу, присвяченого темі «Центри підтримки технологій та інновацій» і одним із експертів, що виступили під час презентації, був випускник Київського університету права *Касім Величко*. На презентації експертами Центру підтримки технологій та інновацій були розглянуті питання про практичне значення Центру, а також про заснування підрозділів ЦПТІ в університетах України, які надаватимуть можливість збільшити відсоток унікальності наукових робіт студентів і працівників.

РЕДАКЦІЙНІ ПОВІДОМЛЕННЯ

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 (500–700 знаків) та ключові слова (5–7 слів або словосполучень) українською, російською та англійською мовами);
- окремим файлом надається розширена анотація (1,5–2 сторінки: шрифт – 14 pt.; інтервал між рядками – 1,5) та відомості про автора англійською мовою;
- назви файлів повинні містити прізвище автора (наприклад: Іваненко_стаття.doc; Іваненко_анотація.doc).

2. Авторам (співавторам), які не мають наукового ступеня, потрібно надіслати рецензію доктора/кандидата юридичних наук, який є фахівцем у галузі знань, що стосується тематики поданої наукової статті.

До тексту додається рецензія-рекомендація.

3. Вимоги до оформлення тексту рукопису.

3.1. 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.

3.2. Посилання на джерела оформлюються як посторінкові виноска – індексом (арабськими цифрами).

3.3. Бібліографічні описи джерел мають обов'язково містити прізвище та ініціали авторів, назви їхніх праць, місто та рік видання, видавництво, загальну кількість сторінок тощо.

3.4. Авторські примітки оформлюються наприкінці сторінок з використанням символу * як знаку виноска.

4. Обсяг авторських рукописів. Орієнтовний обсяг статті – 10 сторінок (20 тис. зн. з пробілами); наукових повідомлень, рецензій тощо – 3–5 сторінок.

Матеріали, надані з порушенням зазначених вимог, не публікуються.

Редакція залишає за собою право відхилити статті:

- які не відповідають проблематиці журналу;
- які, на думку редакції, не відповідають науковому рівню журналу;
- які містять грубі помилки та неточності;
- які мають ознаки компілятивного відтворення ідей і матеріалів інших авторів.

Автор несе відповідальність за достовірність викладеного матеріалу, належність останнього йому особисто та якість перекладу цитат з іншомовних джерел.

Редакційна колегія має право рецензувати, редагувати, скорочувати та відхилити статті.

Публікації здійснюються на платній основі.

«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.; наказ Міністерства освіти і науки України № 528 від 12.05.2015 р.).

«Часопис Київського університету права» внесено до Міжнародної наукометричної бази «Index Copernicus International» (Польща)

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

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; рукописи і рецензії авторам не повертаємо.

Редакція часопису