

ЧАСОПИС КИЇВСЬКОГО УНІВЕРСИТЕТУ ПРАВА

Український науково-теоретичний часопис

Заснований
у жовтні 2001 року

2019/1

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.,
Оніщук 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 № 4 від 31.01.2019)
Вченою радою
Інституту держави і права
ім. В.М. Корецького
НАН України
(протокол № 4 від 25.04.2019)

Передплатний індекс
23994

ISSN 2219-5521

ЗМІСТ

Бошицький Ю.Л., Кожесникова В.О. Реформування вищої правової академічної освіти в Україні: удосконалення професійних навичок юриста в університетських юридичних клініках 7

Видатні правознавці України

Музика І.В. Професор Олександр Федорович Кістяківський: віхи життя і творчості 11

Теорія та історія держави і права. Філософія права

Андрусів У.Б., Федик С.С. Елементи принципу юридичної визначеності 19

Бігун В.С. Добросесність як юридичний термін і сенс 25

Бровко Н.І. Правове виховання як визначальний фактор взаємовідносин людської особистості та соціуму 29

Вовк О.Й. Джерела міського права Гетьманщини другої половини XVII–XVIII століть: історико-правовий аналіз 33

Євхутіч І.М. Пропорційність та збалансованість суддівських винагород у світлі судової реформи 42

Іванов О.Ю. Етнічні витоки європейської цивілізації як основи правового простору 47

Лихолат І.П. Правові конфлікти та правові спори: диференціація понять і особливості їх вживання 52

Окіпнюк В.Т. Війська органів державної безпеки в Україні в період тоталітарного режиму: історико-правовий аспект 55

Софінська І.Д. Візія законодавчого регламентування українського громадянства (1918–2018) 61

Чубата М.В. Витоки та становлення Київської історико-юридичної школи: інтерпретації істориків та правознавців 68

Ткачук Л.В. Місце та роль адвокатури України в системі правозахисних гарантій прав людини: теоретико-правове дослідження 71

Конституційне право та конституційний процес в Україні

Рудик П.А. Конституційно-правова адаптація положень статусу суддів судів загальної юрисдикції України до міжнародних і європейських стандартів на сучасному етапі 76

Шатло В.А. Суб'єктивні фактори та їх вплив на розвиток конституційного механізму державної влади 81

Гаєва Н.П. Міжнародні стандарти щодо права на свободу об'єднання 84

Корнієнко П.С. Президент України у системі органів правозахисної діяльності 89

Matat A. The Human Right to Medical Care guaranteed by the Constitution of Ukraine 93

Адміністративне право і процес. Фінансове право. Інформаційне право

<i>Винниченко Л.О.</i> Податкові спори як предмет судової адміністративної юрисдикції: історія становлення процесуального порядку розгляду в Україні	95
<i>Дімич А.В.</i> Нормативно-правове регулювання психологічної та медичної реабілітації учасників організації об'єднаних сил як характерологічний вид логістичного забезпечення державної безпеки в Україні: проблеми та шляхи удосконалення	99
<i>Іванов Ю.А.</i> Теоретико-методологічні передумови категоризації об'єктів критичної інфраструктури у кредитно-банківській сфері	102
<i>Мельник С.М.</i> Форми адміністрування взаємодії суб'єктів військового управління України	106
<i>Нікіфорова М.О.</i> Підстави та умови застосування принципу пріоритетності застосування податкового законодавства ...	110

Проблеми цивільного та підприємницького права в Україні

<i>Грамацький Е.М.</i> Принципи міжнародного приватного права: загальні положення	116
<i>Гуйван П.Д.</i> Закінчення перебігу та припинення позовної давності: принципова відмінність	121
<i>Дякович М.М.</i> Припинення шлюбу внаслідок його розірвання за сімейним правом України	125
<i>Циганчук Н.А.</i> Проблеми правового статусу профспілок як суб'єктів трудового права	131
<i>Бережняк Н.В.</i> Окремі аспекти правових підстав виникнення зобов'язань із набуття, збереження майна без достатньої правової підстави	138
<i>Гольєва Н.К.</i> Особливості правової природи інноваційних відносин та спеціальний правовий режим їх реалізації	143
<i>Гусєв О.Ю.</i> Правомірність доступу до цифрових даних як умова допустимості електронних доказів	148
<i>Лавренюк Т.А.</i> Принципи господарсько-правової політики та їх співвідношення із принципами господарського права	152
<i>Мазалова А.О.</i> Концепція публічно-приватного партнерства і практика її законодавчого втілення	156
<i>Ткаченко М.О.</i> Роль та інтереси виконавців та інших осіб при укладанні і затвердженні мирової угоди, яка має місце у виконавчому провадженні, судом	160
<i>Шемета Т.М.</i> Переважне право учасника товариства на придбання частки іншого учасника	163

Проблеми права інтелектуальної власності

<i>Бошицький Ю.Л.</i> Щодо пріоритетів співробітництва України з ЄС в контексті забезпечення прав людини у сфері інтелектуальної власності	168
<i>Мосов С.П.</i> Місце інтелектуальної власності в інноваційному розвитку зарубіжних країн і України	175
<i>Вішар Ю.Ю.</i> Про законодавчу інтероперабельність у цивільно-правовій охороні інтелектуальної власності на лікарські засоби	179
<i>Кузьмич І.І.</i> Щодо пропрієтарної ментальності в законотворчості цивільно-правової охорони інтелектуальної власності на біотехнології	186
<i>Потурай К.С.</i> Використання об'єктів права інтелектуальної власності на умовах ліцензій Creative Commons у складі творів кінематографії	192
<i>Стройко І.А.</i> Новели правового регулювання колективного управління майновими правами правовласників у сфері суміжних прав в Україні	196

Аграрне, земельне та екологічне право

<i>Бусуйок Д.В.</i> Правові засади медіації як альтернативного способу вирішення земельних конфліктів	201
<i>Лушпаєв С.О.</i> Нормативно-правова регламентація відносин у сфері виробництва органічної сільськогосподарської продукції	204
<i>Третяк Т.О.</i> Критерії добросусідства, закріплені у вигляді показників впливу на довкілля, чи правил розташування споруд, чи інших будівельних або санітарних правил	207

Кримінальне право та кримінологія

<i>Рогатюк І.В.</i> Роль спеціального прокурора у механізмі імпідменту Президента України	211
<i>Андросюк В.Г., Суденко Ю.А.</i> Проблема булінгу в сучасному юридико-психологічному просторі України	216
<i>Андрушко А.В.</i> Запобігання незаконному позбавленню волі або викраденню людини	221
<i>Волошина В.К.</i> Щодо права на ефективний захист у кримінальному провадженні та практики ЄСПЛ	225
<i>Гальцова О.В.</i> Збереження контактів з родиною як дотримання права засудженого на сім'ю	229
<i>Гусєва К.А., Горбач-Кудря І.А.</i> Особливості кваліфікації психологічного домашнього насильства у практичній діяльності превентивних підрозділів Національної поліції України	233
<i>Сметаніна Н.В., Маалулі О.В.</i> Антикорупційна експертиза як напрям запобігання корупції	237
<i>Омельчук Л.В., Лазаренко А.С.</i> Призначення позапланової податкової перевірки у кримінальному провадженні та її оскарження	242
<i>Перелигіна Р.В., Козир С.В.</i> Соціальна сутність та механізми протидії корупції у сфері медицини	246
<i>Серкевич І.Р., Лук'янова Г.Я.</i> Захист інтересів неповнолітніх: застосування медіації в попередженні злочинів	249
<i>Іванов М.С.</i> Поняття об'єкта правового механізму забезпечення прав учасників кримінального провадження в конституційній юрисдикції	253
<i>Синюверська Т.І.</i> Міжнародне та національне законодавство у сфері захисту тварин від жорстокого поводження	257

Правова система України й міжнародне право, порівняльне правознавство

<i>Кочкова Г.В., Дей М.О.</i> Критерії до кандидатів та правове регулювання виникнення трудових правовідносин із суддею: досвід Німеччини та Франції	263
--	-----

<i>Муляр Г.В., Ховпун О.С., Шуст Г.П.</i> Правопорушення у сфері використання земельних ресурсів як підстава притягнення до адміністративної відповідальності: порівняння законодавства України та сусідніх держав	268
<i>Polivanova O., Mohylna Y.</i> Procedural safeguards enshrined in article 9 of the International Covenant on Civil and Political Rights of 1966 applicable to those in preventive detention	273
<i>Попко В.В.</i> Кваліфікуючі ознаки складу транснаціонального злочину у транснаціональному кримінальному праві	278
<i>Толкачова І.А., Казюта Д.А.</i> Захист викривачів корупції: українські реалії та міжнародний досвід	287
<i>Лебідь В.П.</i> Механізми взаємодії між неурядовими організаціями та Радою ООН з прав людини	291
Гість номера	
<i>Рабинович П.М.</i> Правовість антропо-соціальних явищ: філософські засади ідентифікації	295
Студентська трибуна	
<i>Бежанідзе М.</i> Теорії про цілі покарання	300
<i>Бережний А.А.</i> Укладання та визнання шлюбів за участю громадян України в державах ЄС	305
<i>Манойло К.О.</i> Розмежування правових дефініцій: тероризм, політичний тероризм, агресія, революція, геноцид, анексія, війна	308
<i>Міліцина К.М.</i> Визначення автора як ознака антропоцентризму авторського права	312
Рецензії	
<i>Личенко І.О.</i> Особливість адміністративно-правового дослідження регулювання сфери обігу лікарських засобів в Україні	315
<i>Максакова Р.М.</i> Проблеми теорії і практики конституційних основ правозахисної діяльності як важливий предмет дослідження українських правознавців	317
<i>Тітко Е.В.</i> Рецензія на наукову працю «Політико-правові засади миротворної операції в Донбасі: світовий досвід для України»	318
Наукова хроніка	
III Міжнародний форум «Захист персональних даних у сфері цифрової економіки»	320
Зустріч з професором Токійського університету (Японія)	321
Новий партнер КУП НАН України – Інститут права та післядипломної освіти Міністерства юстиції України	321
I Міжнародна зимова школа з прав людини за сприяння КУП НАНУ та Батумського державного університету імені Шота Руставелі	321
Всесвітній правничий конгрес Всесвітньої асоціації юристів	323
XI Міжнародна науково-практична конференція «Сучасні питання європейської цивілістики: досвід Угорщини та України» в м. Дебрецен (Угорщина)	323
Редакційні повідомлення	324

«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: +38044-278-51-55. Редактор: +38044-235-63-24.

E-mail: chasprava@ukr.net

www.kul.kiev.ua

Редактор *Т.В.Ходаківська*. Художник *В.С.Жиборовський*
Комп'ютерне макетування *О.С.Бондаренко*

Свідоцтво про державну реєстрацію друкованого засобу масової інформації КВ № 16356-4828ПР від 19.02.2010 р.
Підп. до друку 15.05.2019. Формат 60×84 1/8. Друк офсетний. Ум.-друк. арк. 37,7. Обл.-вид. арк. 42,2. Наклад 500 прим.
Видання та друк: Київський університет права НАН України. 01601, м. Київ – 1, вул. Трьохсвятительська, 4. Тел. +38044-278-73-11.

Law Review OF KYIV UNIVERSITY OF LAW

Ukrainian scientific and theoretical periodical

Founded
in October, 2001

2019/1

Published
4 times per year

Kyiv University of Law of the NAS of Ukraine
V.M.Koretskyi Institute of State and Law of the NAS of Ukraine

Editor-in-Chief

Yuryi Shemshuchenko

Editor-in-Chief deputy

Yuryi Boshytskyi

Editorial team

Olga Andriiko,
Oleksandr Batanov,
Volodymyr Horbatenko,
Oleksandr Kostenko,
Pavlo Kulinich,
Volodymyr Lutc',
Mykola Onishchuk,
Natalia Parkhomenko,
Kostiantyn Savchuk,
Igor Usenko,
Tetiana Khodakivska (*editor*)

Editorial team foreign members

Rainer Arnold (Germany),
William E. Butler (the USA),
Adam Makharadze (Georgia),
András Torma (Hungary),
Herbert Schambeck (Austria),
Andrzej Szmyt (Poland),
Veronika Szikora (Hungary),
Arnold Warenwald (Germany)

Recommended for publishing
by Kyiv University of Law
of the NAS of Ukraine
Academic Council
(protocol № 4, 2019/01/31)
and by V.M.Koretskyi Institute
of State and Law
of the NAS of Ukraine
Academic Council
(protocol № 4, 2019/04/25)

Subscription index
23994

ISSN 2219-5521

CONTENTS

<i>Boshitsky Yu., Kozhevnikova V.</i> Legal clinic as a form of improving the skills of a lawyer in the context of reforming higher academic education in Ukraine	7
Outstanding Ukrainian Lawyers	
<i>Muzyka I.</i> Professor Alexander Fedorovich Kistyakivsky: Milestones of Life and Creativity	11
State and law theory and history. Philosophy of law	
<i>Andrusiv U., Fedik S.</i> Elements of the principle of legal certainty	19
<i>Bihun V.</i> Integrity (Dobrochesnist) as a Legal Term and Sense	25
<i>Brovko N.</i> Legal education as a determination factor of relationship between human personality and society	29
<i>Vovk O.</i> The sources of municipal law of the Cossack Hetmanate in the second half of the 17th and 18th centuries: historical and legal analysis	33
<i>Evkhutych I.</i> Proportionality and balance of judicial fees in the light of judicial reform	42
<i>Ivanov O.</i> Ethnic Origins of the European Civilization as the Background for the Legal Space	47
<i>Lykholat I.</i> Legal conflicts and legal disputes: differentiation of notions and peculiarities of their use	52
<i>Okipniuk V.</i> The troops of state security bodies in Ukraine during the totalitarian regime: the historical and legal aspect	55
<i>Sofinska I.</i> Vision of legislative regulation of Ukrainian citizenship (1918–2018)	61
<i>Chubata M.</i> Origins and formation of Kyiv historical and legal school: interpretations of historians and lawyers	68
<i>Tkachuk L.</i> Place and role of advocacy of Ukraine in the system of legal-defending guarantees of human rights: theoretical and legal research	71
Constitutional law and process in Ukraine	
<i>Rudyk P.</i> Constitutional legal adaptation of the provisions of the status of judges of courts of general jurisdiction in Ukraine with international and European standards	76
<i>Shatilo V.</i> Subjective factors and their impact on the development of the constitutional mechanism of the state power	81
<i>Gaeva N.</i> International standards on the right to freedom of association	84
<i>Kornienko P.</i> President of Ukraine in the system of human rights activists	89
<i>Matat A.</i> The Human Right to Medical Care guaranteed by the Constitution of Ukraine	93

State governing and administrative law issues. Financial law. Information law

<i>Yynnychenko L.</i> Tax disputes as subject of judicial administrative jurisdiction: the history of the formation of procedural order in Ukraine	95
<i>Dimich A.</i> Regulatory and legal regulation of psychological and medical rehabilitation of participants of the organization of the united forces as a characterological kind of logistic provision of state security in Ukraine: problems and ways of improvement	99
<i>Ivanov Y.</i> Theoretical and methodological preconditions of categorisation of objects of critical infrastructure in credit and banking sphere	102
<i>Melnik S.</i> Forms of administration of interaction of subjects of military control of Ukraine	106
<i>Nikiforova M.</i> Grounds and conditions for applying the principle of priority of the application of tax legislation	110

Civil, labor and company law issues in Ukraine

<i>Gramatskiy E.</i> Principles of private international law: general provisions	116
<i>Guyvan P.</i> The end of the flow and the termination of the limitation of actions: the fundamental difference	121
<i>Diakovych M.</i> Cessation of the marriage as a consequence of its severance due to Ukrainian family law	125
<i>Tsyganchuk N.</i> Problems of the legal status of trade unions as subjects of labor law	131
<i>Berezniak N.</i> Certain aspects of legal grounds for obligations arising from the acquisition, preservation of property without sufficient legal ground	138
<i>Holieva N.</i> Peculiarities of legal nature of innovation activity and special legal regime of their implementation	143
<i>Husiev O.</i> Legality of access to digital data as a condition of admissibility of electronic evidence	148
<i>Lavrenyuk T.</i> The principles of economic and legal policy and their relationship with the principles of commercial law	152
<i>Mazalova A.</i> The concept of public-private partnership and the practice of its implementation	156
<i>Shemeta T.M.</i> The preferential right of a participant to acquire a share of another participant	163
<i>Tkachenko M.</i> The role and interests of the executors and other persons in the conclusion and approval of a settlement agreement that takes place in the enforcement proceedings by a court	160

Intellectual property law issues

<i>Boshitsky Yu.</i> On the priorities of cooperation between Ukraine and the EU in the context of ensuring human rights in the field of intellectual property	168
<i>Mosov S.</i> The place of intellectual property in the innovative development of foreign countries and Ukraine	175
<i>Vishar Y.</i> On legislative interoperability in civil law protection of intellectual property rights for medicinal products	179
<i>Kuzmych I.</i> On proprietary mentality in the lawmaking of civil law protection of intellectual property in biotechnology	186
<i>Poturai K.</i> Use of objects of intellectual property law under the terms of Creative Commons licenses as a part of cinematographic products	192
<i>Stroyko I.</i> Innovations in the legal regulation of the collective management of proprietary rights of rights holders in the sphere of related rights in Ukraine	196

Agricultural, land and environmental law

<i>Busuiok D.</i> Legal principles of mediation as an alternative way of resolving land conflicts	201
<i>Lushpaev S.</i> The development legislation of Ukraine about family farm	204
<i>Tretiak T.</i> The Neighborliness Criteria Established as Environmental Quality Standards, or as Installation Sitting Rules, or the Other Construction or Sanitary Rules	207

Criminal law and criminology

<i>Rogatyuk I.</i> The role of the special prosecutor in the mechanism of impeachment of the President of Ukraine	211
<i>Androsyuk V., Sudenko J.</i> Problem of Bullying into Modern Legal-Psychological Area of Ukraine	216
<i>Andrushko A.</i> Prevention of unlawful deprivation of liberty or abduction of a person	221
<i>Voloshyna V.</i> Concerning the right to effective protection in criminal proceedings and practices of the ECtHR	225
<i>Galtsova O.</i> Family Contacts as Convict's Family Rights	229
<i>Guseva K., Gorbach-Kudrya I.</i> Specific qualification of psychological domestic violence in the practice of the preventive units of the National Police of Ukraine	233
<i>Smetanina N., Maaluli O.</i> Anticorruption Expertise as the Way of Preventing Corruption	237
<i>Omelychuk L., Lazarenko A.</i> The appointment and appeal of an unscheduled tax audit in a criminal proceeding	242
<i>Perelyhina R., Kozyr S.</i> Social essence and mechanisms of combating corruption in the field of medicine	246
<i>Serkevich I., Lukyanova G.</i> Protecting the interests of minors: the use of mediation in preventing crimes	249
<i>Ivanov M.</i> Concept of the legal mechanism for ensuring the rights of participants in criminal proceedings in constitutional jurisdiction	253
<i>Synoverska T.</i> International and national legislation in the field of protection of animals from cruelty	257

The legal system of Ukraine and international law, comparative legal studies

<i>Kochkova A., Dei M.</i> Criteria for candidates and legal regulation of the emergence of labor relations with a judge: the experience of Germany and France	263
<i>Muliar G., Khovpun O., Shust G.</i> Offenses in the sphere of land resources utilization as grounds for administrative liability: comparison of legislation of Ukraine and neighboring states	268
<i>Polivanova O., Mohylina Y.</i> Procedural safeguards enshrined in article 9 of the International Covenant on Civil and Political Rights of 1966 applicable to those in preventive detention	273
<i>Popko V.</i> The qualifying features of the bode of transnational crime in transnational criminal law	278

<i>Tolkachova I.A., Kaziuta D.A.</i> Whistleblower Protection: Ukrainian realities and international experience	287
<i>Lebid V.</i> Procedures of cooperation between non-governmental organizations and UN Human Right Council	291
Issue guest	
<i>Rabinovich P.</i> Legality of the anthropo-social phenomena: philosophical grounds of identification	295
Students' forum	
<i>Bezhanidze M.</i> Theories about goals (aims/purposes) of punishment	300
<i>Berezhnyy A.</i> Conclusion and recognition of marriages with the participation of Ukrainian citizens in the EU states	305
<i>Manoilo K.</i> Distinctions of legal definitions: terrorism, political terrorism, aggression, revolution, genocide, annexation, war ...	308
<i>Militsyna K.</i> Definition of Author as Evidence of Anthropocentrism Underlying Copyright Law	312
Reviews	
<i>Lychenko I.</i> The peculiarity of the administrative and legal study of the regulation of the circulation of medicines in Ukraine	315
<i>Maksakova R.</i> Problems of theory and practice of the constitutional foundations of human rights activities as an important subject of study for Ukrainian lawyers	317
<i>Titko E.</i> Review of the scientific work "Political and legal foundations of pacifying operations in Donbass: world experience for Ukraine"	318
Scientific chronicle	320
Editorial message	324

The “Chasopys of Kyiv University of Law” submitted to the International scientific metric base “Index Copernicus International” (Poland)

The “Chasopys of Kyiv University of Law” (“Law Review of Kyiv University of Law”) submitted to the international scientometric data base HeinOnline by the license agreement of 10.10.14

“Law Review of Kyiv University of Law” is included into the professional publication list “Legal sciences” (by the Highest Certification Committee of Ukraine resolution № 1-05/6, 12.06.02; by the Highest Certification Committee of Ukraine resolution № 1-05/3, 14.04.10; Ministry of Education and Science of Ukraine: order № 528, 12.05.15).

The editorial office address: 4, Triokhsviatytska Street, Kyiv, 01601.

The editor-in-chief: +38044-278-51-55. The editor: +38044-235-63-24.

E-mail: chasprava@ukr.net

www.kul.kiev.ua

The editor *T.Khodakivska*. The artist *V.Zhyborovskiy*.

Computer premastering *A.Bondarenko*

Printed media state register certificate KV № 16356-4828 PR, 19.02.2010

Signed for printing 2019/05/15. Format 60×84 1/8. Offset printing. Conventional printed sheets 37,7. Published sheets 42,2. Sheet feed 500 copies.

Edition and printing: Kyiv University of Law of the NAS of Ukraine. 4 Triokhsviatytska St., 01601, Kyiv-1, phone number +38044-278-73-11.

Ю.Л. БОШИЦЬКИЙ, В.О. КОЖЕВНИКОВА

*Юрій Ладиславович Бошицький, професор,
заслужений юрист України, ректор Київського університету права НАН України*

*Вікторія Олександрівна Кожевникова, кандидат
юридичних наук, доцент Київського університету
права НАН України*

РЕФОРМУВАННЯ ВИЩОЇ ПРАВОВОЇ АКАДЕМІЧНОЇ ОСВІТИ В УКРАЇНІ: УДОСКОНАЛЕННЯ ПРОФЕСІЙНИХ НАВИЧОК ЮРИСТА В УНІВЕРСИТЕТСЬКИХ ЮРИДИЧНИХ КЛІНІКАХ

Сучасна правнича наука має великий інтелектуальний потенціал у всіх національних галузях правознавства, який необхідно використовувати для підвищення ефективності новітнього навчального процесу. Однією з форм удосконалення професійних навичок юриста в умовах реформування вищої юридичної освіти є запровадження елементів практичних навичок, що формуються у студентів, які працюють у юридичних клініках України. Здатність до аналізу важливих правових явищ та процесів, що сприяють підвищенню кваліфікаційного рівня юридичної компетентності, безпосередньо пов'язана зі здатністю здобувача до правового, аналітичного, логічного та критичного мислення у правозастосовній діяльності.

Проблема забезпечення якості вищої освіти вже тривалий час – одна із найбільш важливих у світовому освітньому дискурсі. Вона декларується як найважливіший орієнтир глобальної політики у сфері вищої школи. Тому не випадково у Паризькому комюніке (25 травня 2018 р.) йдеться про те, що забезпечення якості є ключовим у розвитку взаємної довіри, а також підвищення мобільності та справедливості визначення кваліфікацій і періодів навчання в усьому ЄСПВО¹. Саме тому для України в умовах сьогодення надзвичайно гострим залишається проблема забезпечення належної якості академічної освіти.

Обумовлений стан насамперед пов'язаний з переходом від елітарної до масової вищої освіти, з активним упровадженням у навчальний процес сучасних інформаційних технологій дистанційного навчання, необхідністю забезпечення конкурентоспроможності випускників закладів вищої юридичної освіти в умовах глобалізованого ринку праці та академічної і професійної мобільності тощо². Саме тому наша країна потребує принципово інноваційного підходу до узгодження проблем підготовки сучасних юридичних кадрів з огляду на те, що існуючий стан в окресленій галузі не задовольняє потреб ані суспільства, ані держави.

Проведена судова реформа в Україні додатково підкреслила суспільну важливість та ключову роль юридичної освіти в сучасній системі державотворення. Як слушно вказує Ю.Г. Барабаш із цього приводу, Основний Закон України чітко пов'язав юридичну освіту, передовсім її зміст, із важливою конституційною функцією – функцією здійснення правосуддя. «Конституційну» природу правничої професії характеризує і такий важливий аспект, як наявність представників наукових правничих шкіл у складі вищого органу, який має широкі повноваження, у тому числі й щодо формування суддівського корпусу. Тому, на думку вченого, це також є підтвердженням особливої місії правничих вишів для функціонування державного механізму в частині реалізації принципу правосуддя³. Цілком логічно, що це все зумовлює підвищення рівня вимог до якості вищої освіти загалом та професії юриста зокрема. Нагальні й суто практичні проблеми викладання правових дисциплін в Україні за сучасних умов залишають поза увагою науковців та викладачів.

Навчання в юридичних вишах, як справедливо вказує О.О. Кот, по суті не передбачає опанування студентами практичних навичок на рівні, достатньому для використання своїх знань після отримання диплома про вищу освіту. Безумовно, юрист повинен мати базовий фундамент основних юридичних дисциплін, які

мають стати у пригоді як адвокату, так і судді або державному службовцю. Водночас, на думку автора, необхідно розуміти, що в українських вишах у більшості випадків за результатами навчання ми отримуємо випускника, який, по суті, має широкі універсальні знання, але при цьому не володіє специфікою у тій чи іншій галузі правозастосування. Це, своєю чергою, знову ж таки не відповідає вимогам ринку юридичних послуг, основною потребою якого сьогодні є наявність глибоких спеціальних юридичних знань та професійних компетентностей⁴.

Важливим напрямом підвищення рівня практичної підготовки є запровадження та активізація діяльності юридичних клінік у вишах. Разом із тим форми набуття практичних навичок дотепер не стали популярним явищем і працюють фактично в розріз із навчальним процесом⁵. Саме тому доцільність існування таких утворень на рівні академічної освіти є надзвичайно важливою. Практична діяльність в юридичних клініках, безумовно, надає можливість майбутнім юристам вміло застосовувати та засвоювати здобуті теоретичні знання в усіх сферах юридичної практики та навчити вправно орієнтуватися в юридичній професії, яку обрали студенти.

Відтак недоліком сучасної методики викладання права є стандартний метод викладання через класичні лекції та семінари. Хоча сьогодні вже започатковується викладання через залучення студентів до прямої дискусії з викладачем, але це поки що не є усталеною практикою в навчальних закладах, де проводяться «за звичаєм» лекції з постатейним викладом нормативно-правових актів, а потім опитування з теоретичних питань на семінарському занятті. Зазначимо, що матеріал із тих чи інших юридичних предметів ліпше засвоюється в процесі моделювання проблемних ситуацій, проведення судових дебатів разом із підготовкою відповідних документів, вивчення судової практики, за результатом чого і формуються практичні правозастосовні навички, здатність до критичного та системного мислення у студентів. Цілком очевидно, що постатейне теоретичне вивчення законодавства ліпше засвоюється самостійно. Водночас на лекції на викладача покладається обов'язок здебільшого пояснити нюанси, наявні проблеми в тих чи інших сферах, а також контроль щодо засвоєння матеріалу⁶, який доцільно проводити, саме на базі практичного застосування накопичених знань у юридичних клініках безоплатної правової допомоги.

Здійснення юридичної діяльності юриста базується на комунікативній основі й вимагає добре розвинених комунікативних (мовних) навичок. Тому, відповідно, вся організація професійної підготовки здобувача повинна здійснюватися на комунікативних засадах, оскільки саме за цієї умови можна, по-перше, сформулювати мотивацію до освоєння студентами-юристами мовних знань як професійно значущих та, по-друге, забезпечити максимальне зближення опанування юридичними та мовними навичками⁷. Безпосередній досвід наукової, викладацької діяльності в поєднанні з правозастосовною практикою дозволяє вказувати, що загалом комунікативні компетентності студентів-правознавців розвиваються крізь призму їх формування в рамках декількох мовних курсів або в межах юридичних клінік.

Історія виникнення юридичних клінік безоплатної правової допомоги бере свій початок ще з XIX століття. Так, викладачі юридичних факультетів різних країн світу зіткнулися з проблемою невідповідності рівня знань, навичок і якостей випускників вимогам роботодавців до підготовки молодих юристів. У країнах англо-американської правової традиції навчання юристів проводилося виключно у формі індивідуального наставництва (випускник юридичного факультету влаштувався помічником досвідченого адвоката, спочатку виконував «дрібні» доручення і поступово наближався до більш відповідальної самостійної діяльності)⁸. Проте і в сучасному світі практичне засвоєння лекційного матеріалу на базі юридичної клініки є найбільш дієвим способом навчання для студентів юридичного профілю.

Проведені статистичні дослідження свідчать про існування понад 100 юридичних клінік безоплатної правової допомоги в Україні. Подібні форми навчання студентів впроваджені в окремих вищих навчальних закладах України, які готують фахівців зі спеціальності «Правознавство», на зразок Київського національного університету імені Тараса Шевченка, Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого тощо. Варто наголосити, що і на базі Київського університету права Національної академії наук України вправно функціонує юридична клініка «Фенікс», учасники якої надають безоплатні правові консультації, готують позовні заяви, інші юридичні документи з різних галузей правової науки.

Загалом у навчальному процесі Київського університету права Національної академії наук України використовуються різні методики, технології, прийоми опанування юридичних спеціальностей. Одна група методик розглядає студента як об'єкт навчання, інша група, до якої належать інтерактивні методики, застосовуються у юридичній клініці «Фенікс» а саме: інсценування судового засідання, навчання студентами один одного, дебати, використання слайдів і відеоматеріалів, зустріч з юристами-практиками, суддями як суб'єкт навчання.

Як свідчить практика, найкраще засвоєння матеріалу, його сприйняття та розуміння сутності, особливостей, правової природи зазвичай відбувається за умови безпосередньої участі студента (професійна підготовка) під керівництвом завідуючого юридичної клініки.

Студенти старших курсів юридичного факультету КУП НАН України активно залучаються до роботи у юридичній клініці «Фенікс», яка надає безоплатну правову допомогу. Пріоритетне завдання функціонування даного структурного підрозділу – здобути майбутньому юристу професійні навички ведення справ клієнта, розширити свій світогляд щодо омріяної професії, а також сприяти захисту особистих немайнових та майнових прав особам, які зазнали протиправних посягань та не мають фінансової можливості отримати належну правову допомогу.

Навчання в юридичній клініці передбачає застосування відмінної від необхідності механічного відтворення інформації освітньої парадигми. На кожному етапі навчання і роботи в клініці студент повинен пам'ятати не лише отриману інформацію під час навчального процесу, а й застосувати її до реалії юридичної практики через відповідні інтерактивні методики: вирішення казусів, робота в малих групах тощо. Адже у професійній діяльності юриста основними операціями є: 1) встановлення фактичних обставин; 2) юридична оцінка фактичних даних; 3) встановлення правової моделі поведінки (порівняння конкретної життєвої ситуації з правовою нормою); 4) процесуальна діяльність з вирішення казусу; 5) підготовка та оформлення юридичного документа. Наведені види юридичної діяльності визначають змістовну частину системи професійної комунікативної підготовки юристів⁹. Отже, з урахуванням особливостей конкретних правничих спеціальностей, необхідно вбачається організація навчального процесу на засадах інтегративності та варіативності з метою правильного розуміння норм правової науки при їх застосуванні на практиці.

Проведене дослідження дає підстави для висновку, що у процесі навчання студентів-юристів ключова увага має приділятися саме професійним предметним знанням. Водночас основні причини незадовільного розв'язання професійних правозастосовних завдань, як правило, пов'язані з явною відсутністю належної практичної підготовки. Юридична клініка, як форма удосконалення професійних навичок юриста в умовах реформування вищої юридичної освіти в Україні, надає можливість набуту студенту практичних навичок, вміння безпосередньо застосувати здобуті науково-теоретичні знання на практиці та загалом орієнтуватися в майбутній юридичній професії.

¹ Тацій В.Я., Комаров В.В. Проблеми забезпечення якості вищої юридичної освіти. *Реформування юридичної освіти: виклики часу*: збірник статей до ювілею доктора юридичних наук, професора Наталії Семенівни Кузнецової / відп. ред. О.В. Кохановська та О.О. Кот. Київ: ПрАТ «Юридична практика», 2019. С. 41.

² Комаров В.В. Якість вищої освіти у контексті сучасних трансформацій вищої школи. *Компетентнісний підхід і якість вищої юридичної освіти*: тези доповідей та повідомлень учасників XII конференції школи педагогічної майстерності Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого / за заг. ред. В.В. Комарова. Харків: Національний юридичний університет ім. Ярослава Мудрого, 2018. С. 3.

³ Барабаш Ю.Г. Аналіз проекту концепції реформування юридичної освіти в Україні у світлі отриманих відгуків за результатами регіональних обговорень URL: https://newjustice.org.ua/wp-content/uploads/2017/09/NJ_Y.Barabash_Report-on-Draft-LER-Concept-Paper-and-Recommendations-for-Improvement_May-22_2017.pdf

⁴ Кот О.О. Вища юридична освіта в Україні: практичні проблеми та шляхи їх подолання. *Реформування юридичної освіти: виклики часу*: збірник статей до ювілею доктора юридичних наук, професора Наталії Семенівни Кузнецової / відп. ред. О.В. Кохановська та О.О. Кот. Київ: ПрАТ «Юридична практика», 2019. С. 132–133.

⁵ Кузнецова Н.С. Забезпечення якісної практичної підготовки студентів-юристів – невід'ємна складова реформування юридичної освіти. *Право України: юридичний журнал*. 2017. № 10. С. 71.

⁶ Кот О.О. Вказана праця. С. 134.

⁷ Коструба А.В., Хоменко М.М. Інтеграційний підхід до формування професійних комунікативних компетентностей юристів. *Реформування юридичної освіти: виклики часу*: збірник статей до ювілею доктора юридичних наук, професора Наталії Семенівни Кузнецової / відп. ред. О.В. Кохановська та О.О. Кот. Київ: ПрАТ «Юридична практика», 2019. С. 158.

⁸ Гончаренко В.О. Юридична клініка: історія і визначення. *Практика діяльності «юридичних клінік України»*. 2004. № 1. С. 3–5.

⁹ Коструба А.В., Хоменко М.М. Вказана праця. С. 160.

Резюме

Бошицький Ю.Л., Кожевникова В.О. Реформування вищої правової академічної освіти в Україні: удосконалення професійних навичок юриста в університетських юридичних клініках.

Статтю присвячено сучасному стану юридичної освіти в Україні та перспективам розвитку юридичних клінік на базі вищих навчальних закладів. Правнича освіта передбачає формування середовища для ефективного пошуку, засвоєння й розвитку правничих знань та навичок упродовж життя. Зміст правничої освіти має забезпечити реалізацію особистісно орієнтованого навчання, включно з передаванням та засвоєнням існуючих підходів до правових явищ, а також зі отриманням нових знань під час здобуття професійних навичок у юридичній клініці.

Ключові слова: юридична клініка, вища освіта, реформування, удосконалення навичок, навчальний процес, юрист, професія, практична підготовка, судова практика, правозастосування, сучасні умови.

Резюме

Бошицький Ю.Л., Кожевникова В.А. Реформирование высшего правового академического образования в Украине: совершенствование профессиональных навыков юриста в университетских юридических клиниках.

Статья посвящена современному состоянию юридического образования в Украине и перспективам развития юридических клиник на базе высших учебных заведений. Правовое образование предусматривает формирование среды для эффективного поиска, освоения и развития правовых знаний и навыков в течение жизни. Содержание правового образования должно обеспечить реализацию личностно ориентированного обучения, включая передачу и усвоение существующих подходов к правовым явлениям, а также с созданием новых знаний во время получения профессиональных навыков в юридической клинике.

Ключевые слова: юридическая клиника, высшее образование, реформирование, совершенствование навыков, учебный процесс, юрист, профессия, практическая подготовка, судебная практика, правоприменение, современные условия.

Summary

Boshitsky Yu., Kozhevnikova V. Legal clinic as a form of improving the skills of a lawyer in the context of reforming higher academic education in Ukraine.

The article is devoted to the current state of legal education in Ukraine and the prospects for the development of legal clinics on the basis of higher educational institutions. Legal education provides for the formation of an environment for the effective search, development and development of legal knowledge and skills throughout life. The content of legal education should ensure the implementation of person-centered learning, including the transfer and assimilation of existing approaches to legal phenomena, as well as with the creation of new knowledge during the acquisition of professional skills in a legal clinic.

Key words: legal clinic, higher education, reform, improvement of skills, educational process, lawyer, profession, practical training, judicial practice, law enforcement, modern conditions.

УДК 340.15; 343; 37.014.2; 340.12

І.В. МУЗИКА

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

ORCID: 0000-0002-8822-6156

ПРОФЕСОР ОЛЕКСАНДР ФЕДОРОВИЧ КІСТЯКІВСЬКИЙ – ВІХИ ЖИТТЯ І ТВОРЧОСТІ

Олександр Федорович Кістяківський (26(14).03.1833–25(13).01.1885) по праву вважається одним із засновників вітчизняної класичної школи приватного права. Учений належав до типу науковців-мислителів, які розуміли необхідність осмислення людського виміру права та значення історичних подій і фактів у розвитку права. О. Кістяківський посідав одне з чільних місць серед діячів українського національного руху 1860–1880-х рр. (за висловом того часу, «південноруських діячів») і доклав чимало зусиль до поширення серед українського населення української ідеї, яка, на його думку, «є переважно демократична, загальнонародна. В ній, як в насінні, містяться зародки всіх удосконалень нового суспільства».

На сьогодні біографія та наукова спадщина видатного українського правознавця, історика, археографа і громадського діяча – Олександра Федоровича Кістяківського досить добре досліджена й викладена в багатьох розвідках і монографічних працях, авторами яких є учені різних часів: Л.С. Білогриць-Котляревський¹, І. Теліченко², Д.І. Багалій³, І.В. Лучицький⁴, В.П. Науменко⁵, І.Я. Фойницький⁶, П.П. Чубинський⁷, М.М. Гернет⁸, М.П. Василенко⁹, А.І. Яковлів¹⁰, А.М. Катренко¹¹, О.Ф. Скакун¹², Т.І. Бондарук¹³, Л.М. Бостан¹⁴, О.І. Сикилинда¹⁵, Є.О. Скрипильов¹⁶, О.М. Ковальчук¹⁷, С.М. Мельник¹⁸, Г.О. Радов¹⁹, М.В. Гримич²⁰, В.Т. Дзюба²¹, І.Б. Усенко²², О.О. Самойленко²³, О.О. Кваша²⁴, М. Ткач²⁵, П.С. Берзін²⁶, О.В. Харитонова²⁷, П.О. Івановський²⁸ та ін. Разом із тим творча спадщина ученого і його життєвий шлях залишаються в центрі уваги науковців, а проблеми, які він досліджував, досі актуальні. Біографічні статті, присвячені О.Ф. Кістяківському, опубліковані в численних енциклопедичних виданнях, а також у третьому і сьомому томах «Антології української юридичної думки».

Олександр Федорович народився в селі Городище Сосницького повіту Чернігівської губернії Російської імперії (нині – село Городище Менського району Чернігівської області) в родині сільського священика – Федора Омеляновича Кістяківського. Дідусь О.Ф. Кістяківського – Омелян Васильович був кріпаком петербурзького сенатора Іллі Андрійовича Безбородька і керував його маєтком у містечку Стольному (нині – село Стольне Менського району), що в шести кілометрах від Городища. 1808 р. він одержав «вільну» від графа й залишився керуючим. У родині Федора і Ірини Кістяківських Олександр був третьою дитиною. Його брат Павло теж був юристом, інший брат – Федір, – працював лікарем на Городищенському цукрозаводі. Третій брат, Василь, так само був медиком, захистив докторську дисертацію, практикував і був викладачем Київського університету святого Володимира, а згодом – професором Гейдельберзького та Страсбурзького університетів. Брат – Микола Кістяківський продовжив батькову лінію і став священиком. Олександр Федорович був одружений з Олександрою (Лесею) – рідною сестрою дружини В. Антоновича та двоюрідною сестрою автора нашого гімну Павла Чубинського. Нашадки Олександра та Лесі залишили славний слід в історії України: старший Володимир – фізико-хімік, один із кращих учнів Д. Менделєєва, 1918 р. брав участь у створенні Української Академії наук, став одним із перших академіків України; Богдан (Федір), хрещеник В. Антоновича, видатний юрист, соціолог і філософ права, підписував свої наукові статті псевдонімом «Українець»; Ігор – відомий адвокат-цивіліст, згодом міністр внутрішніх справ Української Держави часів П. Скоропадського; син Юлій – вчений-юрист; племінниця Наталя Павлівна Кістяківська – український літературознавець, позаштатний співробітник Комісії українського письменства ВУАН; онук Юрій (Георгій, Джордж) Богданович – видатний фізико-хімік, член Американської Національної АН, професор Гарвардського університету, член Американського комітету національної оборони (1944–1945 рр.),

керівник відділу вибухових речовин атомних лабораторій в Лос-Аламосі та радник американського президента Ейзенхауера у справах науки і технологій; онук Олександр Богданович – український зоолог-орнітолог, доктор біології, професор Київського університету імені Т.Г. Шевченка (у Києві живуть дружина Олександра Богдановича – Ірина та правнучка Василя Федоровича Кістяківського – Тетяна). Помер О.Ф. Кістяківський у 62-річному віці й похований у Києві на Байковому кладовищі. 20 січня 2015 р., в центрі Києва на старовинному будинку по вулиці В. Антоновича, 14-Б, де свого часу мешкала сім'я Кістяківських, за ініціативою голови Менського відділення Товариства «Чернігівське земляцтво» у місті Києві Миколи Ткача та фінансової підтримки президента Малої академії наук України Станіслава Довгого встановлена пам'ятна дошка О.Ф. Кістяківському.

Олександр Федорович навчався в Чернігівському духовному училищі і в Чернігівській духовній семінарії (з 1847 р.). Протягом останніх чотирьох років перебування у семінарії він був «інспектором» (місцева назва) однієї з учнівських квартир, в обов'язки якого, за звичаєм старих семінарій, входило вирішення економічних питань, інспектування поведінки і навчання учнів. Цим він заробляв кошти для власного утримання. Після прослуховування повного курсу в Чернігівській семінарії у 1852 р. він намагався продовжити освіту в Московській духовній академії, але керівництвом семінарії не був допущений до випускних іспитів «з причин, які тепер не час роз'яснювати», як він написав у автобіографії²⁹.

У 1853–1857 рр. навчався на юридичному факультеті Університету св. Володимира (нині – університет імені Тараса Шевченка) у Києві у статусі дійсного студента. Згодом працював домашнім учителем, готував до вступу в училище правознавства племінника відомого письменника та громадського діяча М.А. Маркевича в його маєтку в Полтавській губернії. У серпні 1858 р. переїхав до Санкт-Петербурга і в листопаді того ж року був зарахований на службу в Правительствующий Сенат. Працював молодшим помічником секретаря в канцелярії межового департаменту. У червні 1859 р. був переміщений на таку ж посаду до канцелярії загальних зборів перших трьох департаментів і департаменту герольдії Урядового сенату. 16 листопада 1860 р. був переміщений старшим помічником столоначальника до департаменту Міністерства народної освіти. У зв'язку з реорганізацією центрального управління Міністерства народної освіти 1 липня 1863 р. був залишений поза штатом.

У період перебування на державній службі О.Ф. Кістяківський прилучився до наукової та літературної діяльності. У 1859 і 1860 рр. він переклав російською мовою твір Блюнчлі *Allgemeines Staatsrecht*, що залишився ненадрукованим. У 1860 р. надрукував у «Журналі Міністерства юстиції» у чотирьох статтях «Нарис англійського кримінального судочинства за Миттермайером». Опублікував протягом 1860–1861 рр. в «Журнале Міністерства юстиції» три розвідки з питань судоустрою, кримінального процесу і діяльності адвокатури. Залишаючись постійним співробітником цього часопису, він після переходу на службу до департаменту Міністерства народної освіти став друкувати свої роботи в «Журналі Міністерства народної освіти». У 1861–1862 рр. працював у складі редколегії українознавчого журналу «Основа», де невдовзі став помічником головного редактора. У 1862 р. під псевдонімом «-кій» в «Основі» опублікував свою першу історико-юридичну працю «Характеристика русского и польского законодательства о крепостном праве по отношению к Малороссии»³⁰.

Учений був відомим громадським діячем в українофільському колі. Не будучи членом «Громади», О.Ф. Кістяківський, активно співпрацював з нею, перебував з М.С. Драгомановим, В.Б. Антоновичем, О.П. Кулішем, М.І. Костомаровим, П.П. Чубинським і В.Б. Антоновичем у дружніх, а з двома останніми, і в родинних стосунках.

Шлях до науково-викладацької діяльності для О.Ф. Кістяківського виявився досить тернистим. До неї він прийшов, за його словами, «вбивши» п'ять років на «марне чиновництво» та залишивши адвокатську професію, інакше б «загинув морально і фізично». До наукової творчості О.Ф. Кістяківський залучився духовно зрілим, з чітко визначеною системою моральних цінностей: не бути байдужим, не керуватися марнославством, ніколи не прикриватися своїм авторитетом у разі наукової неспроможності, не будувати всю силу людини на приватних добрих відносинах, очистити моральну атмосферу професорського середовища, зневажати «пінккознімателів юриспруденції». Ці моральні заповіді ученого сьогодні залишаються надзвичайно актуальними³¹.

Оскільки статус дійсного студента не дозволяв претендувати на університетську кафедру, Олександр Федорович склав у грудні 1863 р. іспити на звання кандидата прав. Потім підготував роботу на право викладання (*pro venia legendi*) «О пресечении обвиняемому способов уклоняться от следствия и суда по действовавшему до судебной реформы уголовному судопроизводству, в особенности о предварительном тюремном заключении» і захистив її у вересні 1864 р. (праця була надрукована в «Университетских известиях» та окремим відбитком). Після цього він був допущений як приват-доцент до читання лекцій з кримінального права та судочинства в Київському університеті св. Володимира. 1867 р. захистив дисертацію на ступінь магістра кримінального права за монографією «Исследование о смертной казни» (Київ, 1867 р.) і був обраний штатним доцентом кафедри кримінального права і судочинства. У серпні того ж року виїхав у наукове відрядження до Москви і С.-Петербурга для вивчення досвіду застосування на практиці судових статутів 1864 року. Результатом відрядження стала монографія «Историко-догматическое исследование по русскому праву о недопущении обвиняемому способов уклоняться от следствия и суда» (Санкт-Петербург, 1868 р.), що була захищена як докторська дисертація у грудні 1868 року. На початку 1869 р. обирається екстраординарним, а в лютому 1870 р. – ординарним професором кафедри кримінального права і судочинства. На цій посаді пра-

цював до останніх днів життя, час від часу перериваючи викладання для поглиблення власних знань і заняття наукою (так, упродовж двох навчальних років – з вересня 1871 по квітень 1873 вивчав досвід викладання юридичних дисциплін в університетах Відня, Гейдельберга, Берліна, Неаполя та Риму)³².

Багато уваги приділив О.Ф. Кістяківський методиці та якості викладання предмета кримінального права. Його широко відомий підручник «Элементарный учебник общего уголовного права с подробным изложением начал русского уголовного законодательства» видавався тричі у 1875 (у продажу – з 1877 р.), 1882 і 1891 роках. У 1882 р. ним була опублікована програма читань з кримінального права на 1882/1883 навчальний рік³³, у якій професор відтворив всі основоположні ідеї щодо викладання кримінального права на юридичному факультеті Київського університету. Програма складалася з вступу, трьох відділень і 19 глав.

Викладацька діяльність О.Ф. Кістяківського, зазначає І.В. Ворожбит, була одним із елементів культури професорської корпорації. Це проявлялося, зокрема, у особливому ставленні до своїх професійних обов'язків, виконання яких зводилося до реалізації «просвітницької місії» вченого мужа – «творення собі подібних». У процесі формування власних професійних якостей Олександр Федорович орієнтувався на передові на той час європейські зразки. Професор постійно удосконалював методику викладання. Якщо у 1870/1871 навчальному році він читав лише лекції, то після закордонних відряджень до Віденського, Гейдельберзького, Берлінського, Неаполітанського та Римського університетів О.Ф. Кістяківський почав проводити практичні заняття, використовуючи найкращі європейські здобутки. Робота професора з вихованцями під час практичних занять, де була можливість визначити здібності кожного, а також встановити особистий контакт зі студентами, була основним напрямом професійної діяльності для Олександра Федоровича. Кістяківський прагнув до манери «академического преподавания», де на перший план виступав спосіб чіткого, послідовного та ґрунтовного викладу матеріалу. Протягом професійної діяльності вченого простежується зміна методики професора в організації практичних занять. Цю тенденцію можна помітити за звітами про їх проведення. Звіт за 1875/1876 рр. засвідчує використання системи навчальних методик вченого за трьома формами робіт: 1. Вивчення історії права, шляхом класичного семінару-бесіди. 2. Розгляд окремих випадків судової практики у спосіб розігрування ролей прокурора та адвоката. 3. Верифікація теорії з практикою кримінального права. Спілкування Олександра Федоровича зі студентством не обмежувалося лише аудиторними заняттями, часові рамки яких регламентувалися факультетським розкладом. О.Ф. Кістяківський віддавав вихованцям значну частину свого приватного часу. Варто зазначити, що консультації були складовою навчально-виховного процесу загалом. Вихованці приходили до професора не тільки виключно з метою отримати настановчу консультацію з приводу написання рефератів. У більшості випадків студентам надавалися юридичні поради; провадилися бесіди стосовно внутрішнього життя університету, поточних подій тощо. Відтак, головна ідея навчально-виховного процесу для О.Ф. Кістяківського полягала у його демократизації. Практичні заняття, що доповнювалися приватними консультаціями, професор розцінював як основні форми навчання, під час яких наставнику вдавалося встановити особистий контакт з кожним студентом, визначити його здібності та наукові інтереси. Підготовка до лекцій та експерименти з різними методиками проведення практичних занять свідчать про цілеспрямоване вдосконалення Олександром Федоровичем власних викладацьких навичок³⁴.

Науково-дослідницьку і педагогічну роботу поєднував з адвокатською практикою та громадською діяльністю. Був, зокрема, присяжним повіреним, гласним Київської думи, одним із засновників і головою Київського юридичного товариства (з 1879 р.), директором Київського тюремного комітету (1865–1870 рр.), суддею університетського суду (1878 р.), головою адміністрації Городищенських цукрових заводів (1881–1884 рр.) тощо³⁵.

Як громадський діяч, О.Ф. Кістяківський багато уваги приділив співпраці з Київським юридичним товариством. У 1879 р., перебуваючи на посаді його голови, він ініціював створення відділення звичаєвого права. Протягом шести років участі у товаристві підготував і зачитав 12 рефератів, присвячених проблематиці вивчення звичаєвого права. Він виступав поборником ідеї зближення юристів на терені юридичних товариств. Зокрема, на засіданні товариства 6 вересня 1880 р. науковець виступив з промовою «Про значення і мету юридичних товариств в правовому житті нашої вітчизни і про їхнє ставлення до судової реформи», в якій висловив думку, що склад товариств має сили, ґрунтовну підготовку і засоби заявити, обмінятися своїми думками, своїми працями та знайти можливість їх оприлюднення. У цій сфері, наголосив він, теоретику доводиться зустрітися з такими питаннями, які створює життя, і цим способом отримати матеріал для подальшої розробки теорій. Тут і практик стикається не з прагненням відстоювати якусь казуїстичну тонкість, позбавлену підстави, а з бажанням представити або відшукати підставу, яка лежить в якій-небудь правовій ідеї для такого або іншого рішення конкретного випадку. Тут і теоретику доводиться відчувати і пізнавати спроможність або неспроможність тієї або іншої теорії та на досвіді оцінити міру їх значення; і практику трапляється почути про такий сенс і про таке висвітлення відомих суспільних явищ, які не могла дати йому практика. Таким чином, теоретична юриспруденція тут спускається з таких висот, в які вона здатна злетіти, позбавлена можливості наповнитися кров'ю дійсного життя і роблячись поза життям мрійливою, захмарною, трансцендентальною. У свою чергу, і юридична практика тут одухотворяється духом ідеї і звільняється від рутини, несвідомості й безпринципності.

Багато зусиль також доклав О.Ф. Кістяківський до справи створення і розвитку Рубіжівської колонії для неповнолітніх злочинців. Намагаючись привернути увагу громадськості до проблем колонії, він у 1871, 1877 і 1878 рр. читав публічні лекції, які згодом вийшли окремим виданням під назвою «Молодые преступники и учреждения для их исправления с обозрением русских учреждений» (1878 г.)³⁶. Головною ідеєю цих виступів

пів було переконання, що причина скоєння малолітніми злочинів лежить не в них самих, а зовні. Самі малолітні є лише несвідомими знаряддями, за допомогою яких «виражає себе злочинність оточуючого середовища». Вилучення з цього середовища, виховання і виправлення їх є не тільки моральним обов'язком суспільства, а й розумним засобом самозахисту від злочинів. Принцип милосердя щодо малолітніх злочинців не є проявом сентиментальних почуттів, а принципом користі самого суспільства. За висловом О.Ф. Кістяківського, «застосування милосердя, як і застосування покарання, є оплотом суспільства».

Визначальною рисою творчості О.Ф. Кістяківського було прагнення до встановлення природи існуючих правових інститутів і визначення ефективних механізмів їх використання на користь суспільства.

Безперечною його заслугою вважається те, що він одним із перших у вітчизняній науці став вивчати право як соціальне явище, послідовно впроваджував у правові дослідження історико-соціологічний підхід. У центрі уваги О.Ф. Кістяківського були проблеми кримінального права і процесу, судоустрою, діяльності адвокатури, пенітенціарної практики. Він відстоював, зокрема, демократичні погляди на завдання кримінального покарання, одним з перших у вітчизняній науці поставив питання про необхідність скасування смертної кари³⁷.

Так, у своїй праці «Исследование о смертной казни» учений розглянув історію походження смертної кари та еволюцію поглядів суспільства на роль смертної кари в процесі еволюції людських спільнот. У висновках до монографії учений зазначав, що у міру розвитку народів необхідність застосування і саме застосування смертної кари все більше і більше зменшується. Процес цього зменшення, хоча і повільний, але однохарактерний і постійний, безсумнівно, завершиться повним скасуванням смертної кари³⁸.

У дослідженні теоретико-правових проблем О.Ф. Кістяківський використовував низку нових на той час, наукових підходів і методів: історико-логічного, історико-соціологічного, філософсько-історичного, історичного, соціологічного та порівняльного. Зокрема, розділ II Загальної частини «Элементарного учебника общего уголовного права» був присвячений «Историческому и философскому обоснованию уголовного права и закона». Як зазначав В.П. Науменко, філософсько-історичний підхід він застосував вперше не лише серед учених Російської імперії, а й серед європейських науковців³⁹.

На думку Т.І. Бондарук, запорукою високого призначення науки, яка за твердженням О.Ф. Кістяківського повинна була йти попереду народної свідомості, бути її керівною силою, а відтак служити людям, був філософсько-історичний метод. Цей метод у дослідженням ученого базувався на вивченні правових фактів і явищ, хоч би вони й не були охоплені нормами діючих законів, їхньому узагальненні та аналізі. Постанови кодексів слугували для О.Ф. Кістяківського лише матеріалом для побудови загальних положень і підкріпленням правильності зроблених висновків. У намаганні віднайти загальні принципи розвитку суспільства і розвитку науки дослідник, не заперечуючи необхідності знання догми права, спирався на історичний та порівняльний методи, вивчаючи зародження з первісних часів, розвиток і накопичення правових понять з метою висвітлення їхнього загального генезису. Найвище ж узагальнення, на його думку, стане можливим лише за умови, коли буде відкрито, переглянуто і оброблено кримінальне право усіх формацій, всіх періодів і всіх народів⁴⁰.

Значною заслугою вченого було започаткування одним із перших у вітчизняній науці кримінального права історико-соціологічного підходу. У багатьох своїх роботах він використовував соціологічні характеристики, наголошуючи на необхідності вивчення кримінального права і закону як явищ суспільних. На думку вченого, наука кримінального права повинна «запозичувати свій матеріал із практики його, переробляти, щоб бути наукою дійсних життєвих явищ, що становлять інтерес для суспільства, а не відірваних умовиводів і фантазій, нікому не потрібних». Соціологічна тенденція розвитку поглядів ученого одержала відображення і в концепції походження та функціонування кримінального права, його співвідношенні з кримінальним законом і судовою практикою.

Зокрема, у праці «Элементарный учебник общего уголовного права с подробным изложением начал русского уголовного законодательства» він наголошував: «Процес розвитку і видозмін кримінального права ... не є самостійним у тому сенсі, щоб кримінальне право розвивалося і видозмінювалося саме із себе і саме для себе, але підпорядкований, оскільки розвиток і видозмінювання кримінального права є результатом розвитку і видозміни різноманітних суспільних і приватних відносин, а разом з тим і світоглядом людини як істоти суспільної»⁴¹.

На думку О.В. Харитонові, серйозним здобутком О.Ф. Кістяківського було започаткування становлення у вітчизняній кримінально-правовій науці порівняльного методу. Завдяки використанню цього методу вчений висловив ідею існування «загального кримінального права», при чому першість у глибокому науковому дослідженні цього питання належить саме йому. Стосовно сьогодення використане в роботах ученого поняття «загального кримінального права» певним чином співвідноситься з сучасним поняттям «міжнародного кримінального права». Надаючи перевагу значенню природного права і понижуючи роль законодавця, він вважав, що кримінальне право є відображенням, продуктом відносин, створених народним життям та відводив йому роль фіксатора вже створеного народом права, що додає йому логічної завершеності у певній формі. Сьогодні вчення О.Ф. Кістяківського про кримінальне право і закон повністю зберігає свою наукову цінність, адже він відкидав бачення права як продукту виключно державної діяльності, ототожнення його із законом, недооцінку природного характеру прав людини. Під час вивчення основних інститутів вчення про злочин О.Ф. Кістяківський на рівні передової науки свого часу визнавав необхідність існування в науці кримінального права формального поняття злочину в поєднанні з матеріальним; особливе місце відводив кла-

сифікації злочинів «по внутрішній важливості», в якій проглядається прообраз класифікації злочинів, передбаченої Кримінальним кодексом 2001 р. тощо. Стрижнем вчення О.Ф. Кістяківського про покарання були ідеї його гуманізації, які значно вплинули на подальший розвиток вітчизняного кримінального права. Підкреслюючи історичну і соціальну обумовленість поняття покарання, учений особливо акцентував увагу на його виправній ролі, відстоював принцип гуманізму режиму та вимагав організації системи патронату після звільнення з в'язниці⁴².

Оскільки Олександр Федорович захоплювався історією, то, на думку деяких учених, зокрема його учня І.Я. Фойницького, О.Ф. Кістяківський став одним із перших провідників ідей історичної школи права. Утім, не погоджуючись з цією думкою, О.М. Ковальчук вважає, що учений був одним із перших в Україні прихильників доктрини еволюціоналізму, тобто поступального розвитку форм правового життя⁴³. Зокрема, О. Кістяківський наголошував, що людство є вічно живим організмом, що розвивається. Однією з причин його видозмін є зникнення одних потреб та установ і народження інших нових, які в той самий час можуть існувати поряд із старими потребами і установами, оскільки в міру відмирання одних відбувається розвиток і посилення інших⁴⁴.

Під історичним методом науки кримінального права, зазначає О.М. Ковальчук, О.Ф. Кістяківський розумів вивчення зародження, розвитку і накопичення понять кримінального права від їх початку до пізніших часів у їх поступовій зміні та розвитку⁴⁵. Історичний підхід він використав у багатьох своїх роботах, зокрема, у «Исследовании о смертной казни», «Элементарном учебнике общего уголовного права», «Главнейших моментах развития науки уголовного права», «Программе для собирания и изучения юридических обычаев и народных воззрений по уголовному праву» та ін.

Кримінальне право, наголошував О.Ф. Кістяківський, виникло одночасно з появою людського суспільства. Він доводив важливість наукового вивчення кримінального права первісного періоду життя народів. Досліджуючи хід розвитку кримінального права, Олександр Федорович виділяв, відзначаючи лише відносну точність зазначених термінів, три різних його уклади (або формації): 1) уклад особистої помсти; 2) уклад суспільного залякування і 3) уклад суспільного виправлення і попередження⁴⁶.

Виразний історичний характер мали, зокрема, його кандидатська, магістерська і докторська дисертації. Також учений опублікував низку статей з історії кримінального права: «Изложение начал уголовного права по Наказу императрицы Екатерины» («Университетские известия», 1864, № 10); «Главнейшие моменты истории развития науки уголовного права» («Университетские известия», 1873, № 12, 1874, № 1); «О трудах профессора Тонисена по истории уголовного права» («Университетские известия», 1876, № 4); «Некоторые черты из истории смертной казни в России» («Чтения в Историческом обществе Нестора-летописца». кн. 1, Киев, 1879) та ін.

Значний інтерес О.Ф. Кістяківський виявляв до збирання матеріалів звичаєвого права. Учений активно сприяв організації під керівництвом П. П. Чубинського етнографічної експедиції Російського географічного товариства, яка досліджувала Південно-Західний край і деякі прилеглі землі, заселені етнічними українцями (у 6-му томі праці цієї експедиції була вміщена його розвідка «Волостные суды, их история, настоящая их практика и нынешнее их положение»⁴⁷). Був одним з ініціаторів заснування 1873 р. Південно-Західного відділу Російського географічного товариства, яке мало виконувати функції неформальної української академії наук.

У руслі наукових напрямів Російського географічного товариства і його Південно-Західного відділу Олександр Федорович підготував програму для збирання і вивчення юридичних звичаїв і народних поглядів на кримінальне право, перше видання якої побачило світ в «Университетских известиях» 1874 р. (друга перероблена і розширена редакція програми, доповнена передмовою про методи збирання матеріалів звичаєвого права, вийшла у 1878 р.)⁴⁸. Відповідно до цієї програми за допомогою створеної мережі кореспондентів О.Ф. Кістяківський зібрав багато матеріалів про звичаєве право Чернігівської, Подільської і деяких інших губерній. Незважаючи на те, що діяльність Південно-Західного відділу Російського географічного товариства була визнана шкідливою і розпорядженням імператора Олександра II припинена у червні 1876 р., учений опублікував низку нових праць у галузі звичаєвого права: «Собрание и разработка материалов по обычному праву» («Университетские известия», 1876, № 6), «Обозрение работ по обычному праву за последние 5 лет 1873–1878» («Университетские известия», 1878, № 4), «К вопросу о цензуре нравов у народа» («Записки Императорского Русского географического общества по отделению этнографии», т. 8, Санкт-Петербург, 1878). За останню з цих праць, присвячену проблемам шлюбних звичаїв українського народу, він був удостоєний від Російського географічного товариства срібною медаллю⁴⁹.

В українську історико-юридичну науку О.Ф. Кістяківський увійшов також як публікатор і перший ґрунтовний дослідник видатної пам'ятки права Гетьманщини «Права, по которым судится малороссийский народ, яка разом з його дослідженням була опублікована частинами в «Университетских известиях» у 1875–1878 рр. і повністю 1879 р. у Києві). До цих публікацій текст пам'ятки залишався невідомим й зустрічалися лише згадки про нього. Учений фактично здійснив наукове відкриття, віднайшовши редакції тексту та надавши наукове пояснення його змісту. У виданні 1879 р. містилася ґрунтовна передмова про причини та передумови складання документа, його джерела і вплив на правовідносини на українських землях. Зокрема, у передмові він довів, що магдебурзьке право було діючим на території Гетьманщини, а книгами цього права керувалися українські суди. Разом із тим положення магдебурзького права змінювалися з часом залежно від поглядів суддів і посадовців та місцевих звичаїв, які діяли нерідко поряд з ним і частенько підміняли його. О.Ф. Кістяківський вперше докладно виклав рецепцію магдебурзького права на українських землях.

Визначне місце серед пам'яток творчої спадщини науковця посідає його «Щоденник»⁵⁰. Записи охоплюють період з 1884 до 1885 рр. і є важливим джерелом для вивчення наукового, суспільно-політичного і культурно-громадського життя України XIX ст., організації викладацької роботи. Значний науковий інтерес для істориків і юристів мають вміщені у записах характеристики тогочасних політиків, учених, громадських діячів, зокрема членів Київської громади, учнів професора.

О.Ф. Кістяківський був одним із засновників жанру юридичної історіографії та біографістики у вітчизняній науці. Зокрема, він написав нариси про наукову діяльність Ч. Беккарія, С. Богородського, М. Іванішева, А. Рандю та інших вчених⁵¹.

Науковий доробок, заслуги на викладацькій ниві та активна громадянська позиція ученого були високо поціновані його сучасниками. Олександр Федорович був нагороджений орденами Святого Станіслава II ступеня і Святої Анни II ступеня, обраний почесним членом Московського і Петербурзького університетів, головою Київського юридичного товариства, почесним членом Московського юридичного товариства, членом-кореспондентом Російського географічного товариства, дійсним членом Імператорського товариства природознавства, антропології й етнографії та дійсним членом Київського історичного товариства преподобного Нестора літописця.

Сьогодні наукові ідеї і програми О.Ф. Кістяківського, які дійшли до нас у більш ніж 70 наукових працях, щоденниках, листуванні тощо по-різному оцінюються сучасними дослідниками його творчої спадщини. Разом із тим вони суттєво збагатили юридичну науку. Беззаперечним залишається помітний вплив його ідей та наукових розробок на розвиток юридичної освіти, історії права, кримінального права. Важливим здобутком ученого є формування методологічного інструментарію науки кримінального права, пенології, основних інститутів вчення про злочин. Не втрачає своєї актуальності та наукової цінності його концепція кримінального права і закону. Значний вплив на формування правової свідомості тогочасного українського суспільства справили його палка боротьба за скасування смертної кари і піонерські дослідження в галузі звичаєвого права України, введення до наукового обігу славнозвісної юридичної пам'ятки «Права, за якими судиться малоросійський народ». Багатоаспектний науковий доробок О.Ф. Кістяківського є невід'ємною і важливою складовою розвитку вітчизняної юридичної науки.

¹ Белогриц-Котляревский Л. Очерк научной деятельности профессора А.Ф. Кистяковского. *Киев. старина*. 1885. Кн. 6. С. 238–254.

² Теличенко И. Очерк кодификации малороссийского права до введения свода Законов. *Киев. старина*. 1888. № 10, 11.

³ Багалея Д.И. Коллекция рукописей покойного профессора А.Ф. Кистяковского. *Киев. старина*. 1891. № 3. С. 494–503.

⁴ Лучицкий И. Труды А.Ф. Кистяковского в области истории и обычного права. *Киев. старина*. 1895. Кн. 1. С. 64–87.

⁵ Науменко В. Александр Федорович Кистяковский (Биографический очерк с отрывком из рукописной биографии его). *Киев. старина*. 1895. Кн. 1. С. 1–43.

⁶ Фойницкий И. А.Ф. Кистяковский как криминалист. *Киев. старина*. 1895. Кн. 1. С. 88–102.

⁷ Чубинский М. Профессор А.Ф. Кистяковский. *Статьи и речи по вопросам уголовного права и процесса*. Харьков, 1906. С. 203–210.

⁸ Гернет М.Н. А.Ф. Кистяковский. Речь 9 мая на открытии общего собрания русской группы международного союза криминалистов. *Право*. 1910. № 10. С. 1172–1174.

⁹ Василенко М. Права, по которым судится малороссийский народ. *Ювілейний збірн. на пошану акад. М.С. Грушевському*. Київ, 1928. С. 245–252.

¹⁰ Яковлів А. Український кодекс 1743 року «Права, по которым судится малоросійській народ»: Його історія джерела та систематичний виклад змісту. Мюнхен : Заграва, 1949. 210 с.

¹¹ Катренко А. Записи періоду другої революційної ситуації. *Наук.-інформ. бюл. Архів. упр. УРСР*. 1965. № 3. С. 46–58.

¹² Скакун О.Ф. Политическая и правовая мысль на Украине (1861–1917 гг.). Харьков: Вища шк., 1987. 157 с.; Скакун О.Ф. Политические и правовые идеи в трудах криминалиста А.Ф. Кистяковского. *Политическая и правовая мысль на Украине (1861–1917 гг.)*. Харьков: Вища шк., 1987. С. 113–127; Скакун О.Ф. Политические и правовые взгляды А.Ф. Кистяковского. *Проблемы правоведения*: Респ. межвед. науч. сб. Киев, 1986. Вып. 47. С. 57–61.

¹³ Бондарук Т. Кістяківський Олександр Федорович. *Мала енциклопедія етнодержавознавства*. Київ, 1996. С. 847; Бондарук Т.І. Проблема юридичної освіти і науки у творчості О.Ф. Кістяківського. *Юридична наука та освіта, історія, сучасність, перспективи*: матеріали ІХ історико-правової конференції (м. Рівне, 6–8 червня 2003 р.) / редкол. І.Б. Усенко та ін. Київ, 2004. С. 51–56.

¹⁴ Бостан Л.М. Проблеми історії права України в творчій спадщині О.Ф. Кістяківського. *Вісн. Запоріж. юрид. ін-ту*. 1999. № 3 (8). С. 179–187.

¹⁵ Сикилинда А.И. Правовая концепция А.Ф. Кистяковского. *Вісн. Луган. ін-ту внутр. справ МВС України*. 1999. Вип. 3. С. 70–82; Сикилинда А.И. Учение о преступлении и наказании А.Ф. Кистяковского и новый Уголовный кодекс Украины. *Вісн. Луган. акад. внутр. справ МВС ім. 10-річчя незалежності України*. 2002. Спец. вип.: у 2 ч. Ч. 2. С. 161–165; Сикилинда А.И. Проблема смертной казни в работах А.Ф. Кистяковского. *Вісн. Нац. ун-ту внутр. справ*. Харків, 2003. Вип. 21, ч. 2. С. 128–135.

¹⁶ Скрипилев Е.А. Кистяковский А.Ф. *Антология мировой правовой мысли*: в 5 т. / рук. науч. проекта Г.Ю. Семигин; отв. ред. Е.А. Скрипилев. Москва: Мысль, 1999. Т. 4: Россия XI–XIX вв. С. 709–710.

¹⁷ Ковальчук О.М. Історико-соціологічна теорія права у працях О.Ф. Кістяківського. *Історія розвитку правової думки у Київському університеті у рамках святкування 165-ї річниці Київського університету імені Тараса Шевченка*: матеріали наук.-теорет. конф. *Вісн. Київ. ун-ту*. Юрид. науки. Київ, 2000. № 39. С. 23–29; Ковальчук О.М. Теорія права в працях учених Київського університету (XIX – початок XX століття): монографія. Київ: Юрінком Інтер, 2009. С. 94–114.

¹⁸ Мельник С.М. Учені-юристи Київського національного університету імені Тараса Шевченка в галузі кримінального процесу. Київ: ВЦ «Київський університет», 2000. С. 9–18.

- ¹⁹ Радов Г.О. Кістяківський О.Ф. *Юридична енциклопедія*: в 6 т. Київ: Укр. енцикл., 2001. Т. 3. 789 с.
- ²⁰ Гримич М. Звичаєве право у дослідженнях Олександра Кістяківського. *Етнічна історія народів Європи*. 2001. Вип. 9. С. 28–33.
- ²¹ Дзюба В.Т. Вклад О.Ф. Кістяківського в розвиток науки кримінального права. *Законодавство України*: Наук.-практ. коментарі. 2005. № 4. С. 92–98.
- ²² Усенко І.Б. Кістяківський Олександр Федорович. *Енциклопедія історії України*: у 10 т. / редкол.: В.А. Смолій (голова) та ін.; Інститут історії України НАН України. Київ: Наукова думка, 2007. Т. 4 : Ка–Ком. С. 337.
- ²³ Самойленко О.О., Усенко І.Б. Кістяківський Олександр Федорович. *Антологія української юридичної думки*: в 6 т. / редкол.: Ю.С. Шемшученко (голова) та ін. Т. 3: Історія держави і права України: козацько-гетманська доба / упоряд. І.Б. Усенко, Т.Б. Бондарук; відп. ред. І.Б. Усенко. Київ: Вид. Дім «Юрид. кн.», 2003. С. 23–28. (у співавторстві з І.Б. Усенком).
- ²⁴ Кваша О.О. Кістяківський Олександр Федорович. *Антологія української юридичної думки*: в 10 т. / редкол.: Ю.С. Шемшученко (голова) та ін. Т. 7: Кримінальне право. Кримінальний процес / упоряд. О.М. Костенко, О.О. Кваша; відп. ред. О.М. Костенко. Київ: Вид. Дім «Юрид. кн.», 2004. С. 46–49
- ²⁵ Ткач М. То де ж народився правознавець О.Ф. Кістяківський. *Право України*: юридичний журнал. Київ, 2006. № 7. С. 124–127.
- ²⁶ Берзін П.С. Київська школа кримінального права (1834–1960 рр.): історико-правове дослідження: монографія. Київ: КНТ, 2008. С. 57–69, 135–140.
- ²⁷ Харитоновна О.В. Кримінально-правові погляди О.Ф. Кістяківського: наукова спадщина та її значення для сучасних кримінально-правових досліджень: монографія. Харків: Право, 2010. 252 с.; Харитоновна О.В. Кістяківський Олександр Федорович. *Велика українська юридична енциклопедія*: у 20 т. / Нац. акад. прав. наук України, Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького, Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого; редкол. В.Я. Тацій [та ін.]. Т. 17 : Кримінальне право / гол. редкол. В.Я. Тацій, 2017. 1064 с.
- ²⁸ Івановський П.О. Внесок О.Ф. Кістяківського у становлення та розвиток українського правознавства. *Молодий вчений*. 2017. № 9. С. 47–50.
- ²⁹ Ткач М. Вказана праця. С. 125.
- ³⁰ Кістяковський А.Ф. Характеристика русского и польского законодательства о крепостном праве по отношению к Малороссии. *Основа*. 1862. № 1. С. 1–27.
- ³¹ Бондарук Т.І. Проблема юридичної освіти і науки у творчості О.Ф. Кістяківського. *Юридична наука та освіта, історія, сучасність, перспективи*: матеріали ІХ історико-правової конференції (м. Рівне, 6–8 червня 2003 р. / редкол. І.Б. Усенко та ін. Київ, 2004. С. 52.
- ³² Самойленко О.О., Усенко І.Б. Вказана праця. С. 24–25.
- ³³ Кістяковський А.Ф. Программа чтений по уголовному праву на 1882/3 учебный год профессора Кістяковского / Университетские известия. Год двадцать третий. 1883. № 1. Январь (Прибавления). Киев: В университетской типографии, 1883. С. 1–22.
- ³⁴ Ворожбит І.В. Викладацька діяльність О.Ф. Кістяківського – професора кримінального права та судочинства Університету Св. Володимира // Науковий вісник Кременецької обласної гуманітарно-педагогічної академії ім. Тараса Шевченка. Серія : Педагогіка. 2015. Вип. 5. 18–28 с. С. 20–28.
- ³⁵ Самойленко О.О., Усенко І.Б. Вказана праця. С. 25.
- ³⁶ Кістяковський А.Ф. Молодые преступники и учреждения для их исправления, с обозрением русских учреждений. Киев : Университетская тип., 1878. 219 с.
- ³⁷ Усенко І.Б. Кістяківський Олександр Федорович / Енциклопедія історії України : у 10 т. / редкол.: В.А. Смолій (голова) та ін.; Інститут історії України НАН України. К.: Наукова думка, 2007. Т. 4 : Ка–Ком. С. 337.
- ³⁸ Кістяковський А.Ф. Исследование о смертной казни. 2-е изд. С.-Пб.: А.Ф. Пантелеев, 1896. 353 с. С. 270.
- ³⁹ Науменко В. Александр Федорович Кістяковский (Биографический очерк с отрывком из рукописной биографии его). *Киев. старина*. 1895. Кн. 1. С. 31.
- ⁴⁰ Бондарук Т.І. Проблема юридичної освіти і науки у творчості О.Ф. Кістяківського. *Юридична наука та освіта, історія, сучасність, перспективи*: матеріали ІХ історико-правової конференції (м. Рівне, 6–8 червня 2003 р.) / редкол. І.Б. Усенко та ін. Київ, 2004. С. 53.
- ⁴¹ Кістяковський А.Ф. Элементарный учебник общего уголовного права с подробным изложением начал русского уголовного законодательства. Часть общая: учебник. 3-е изд. Киев: Тип. Иогансона, 1891. С. 120.
- ⁴² Харитоновна О.В. Кримінально-правові погляди О.Ф. Кістяківського: наукова спадщина та її значення для сучасних кримінально-правових досліджень: Монографія. Харків: Право, 2010. С. 224–227.
- ⁴³ Ковальчук О.М. Теорія права в працях учених Київського університету (XIX – початок XX століття): монографія. Київ: Юрінком Інтер, 2009. С. 99–100.
- ⁴⁴ Кістяковський А.Ф. Исследование о смертной казни. 2-е изд. С.-Пб.: А.Ф. Пантелеев, 1896. 353 с. С. 267.
- ⁴⁵ Ковальчук О.М. Теорія права в працях учених Київського університету (XIX – початок XX століття): монографія. Київ: Юрінком Інтер, 2009. С. 99.
- ⁴⁶ Харитоновна О.В. Вказана праця. С. 80.
- ⁴⁷ Кістяковський А. Волостные суды, их история, настоящая их практика и нынешнее их положение. СПб.: Типография М.С. Никитина, 1872. 131 с.
- ⁴⁸ Кістяковський А.Ф. Программа для собирания и изучения юридических обычаев и народных воззрений по уголовному праву. Киев : Университетская тип., 1878. 53 с.
- ⁴⁹ Самойленко О.О., Усенко І.Б. Вказана праця. С. 25–26.
- ⁵⁰ Кістяківський О.Ф. Щоденник : 1874–1885: у 2 т. / упоряд. В.С. Шандра [та ін.]; відп. ред. І.Л. Бутич; НАН України, Археографічна комісія, Інститут української археографії, Центральний держ. історичний архів України в м. Києві, Українська правнича фундація. Київ : Наукова думка, 1994. Т. 1 : 1874–1879. [Б. м.] : [б.в.], 1994. 645 с.; Т. 2 : 1880–1885. [Б. м.] : [б.в.], 1995. 583 с.
- ⁵¹ Усенко І.Б. Вказана праця. С. 337.

Резюме

Музыка I.B. Професор Олександр Федорович Кістяківський: віхи життя і творчості.

Стаття присвячена життєвому і творчому шляху Олександра Кістяківського – відомого українського юриста XIX століття. Розглядаються його погляди на становлення і розвиток науки кримінального права, методологію кримінально-правових досліджень, пенологію, історію права та юридичну освіту. Багатогранний науковий потенціал О. Ф. Кістяківського є невід'ємною і важливою складовою української юриспруденції кінця XIX – початку XX століття.

Ключові слова: історія права, правова освіта, українське право, звичаєве право, пенологія, методологія кримінально-правових досліджень.

Резюме

Музыка И. В. Профессор Александр Федорович Кистяковский: вехи жизни и творчества.

Статья посвящена жизненному и творческому пути Александра Кистяковского – известного украинского юриста XIX века. Рассматриваются его взгляды на становление и развитие науки уголовного права, методологию уголовно-правовых исследований, пенологию, историю права и юридическое образование. Многогранный научный потенциал А.Ф. Кистяковского является неотъемлемой и важной составляющей украинской юриспруденции конца XIX – начала XX века.

Ключевые слова: история права, правовое образование, украинское право, обычное право, пенология, методология уголовно-правовых исследований.

Summary

Muzyka I. Professor Alexander Fedorovich Kistyakivsky: Milestones of Life and Creativity.

The article is devoted to the life and creative way of Alexander Kistiakovsky, a well-known Ukrainian lawyer of the XIX century. His views on the formation and development of criminal law science, the methodology of criminal-law studies, penology, the history of law and legal education are considered. A.F. Kistyakivsky's multifaceted scientific potential is an integral and important component of Ukrainian jurisprudence of the late XIX – early XX centuries.

Key words: law history, legal education, Ukrainian law, folk law, penology, methodology of criminal legal research.

УДК 340.131

У.Б. АНДРУСІВ, С.Є. ФЕДИК

Уляна Богданівна Андрусів, кандидат юридичних наук, доцент, доцент Львівського державного університету внутрішніх справ

ORCID 0000-0003-2300-5114

Сергій Євгенович Федик, кандидат юридичних наук, доцент, доцент Львівського державного університету внутрішніх справ

ЕЛЕМЕНТИ ПРИНЦИПУ ЮРИДИЧНОЇ ВИЗНАЧЕНОСТІ

Принцип правової (юридичної) визначеності (*legal certainty*) є відносно новим принципом права. Він виконує вкрай важливу роль у правовому регулюванні, забезпечуючи в цілому його стабільність. Крім того, цей принцип створює міцне підґрунтя для реалізації інших принципів права, до числа яких належать: рівність, підтримання довіри громадян до закону, принципи притягнення до юридичної відповідальності тощо.

Значимість цієї засади, яка є передумовою для забезпечення міцного правопорядку, зумовлена потребою його застосування як у законотворчому, так і у правозастосовному процесах. Відтак, принцип юридичної визначеності покликаний легітимізувати правотворчість та визначати справедливість правозастосовної системи.

Принцип юридичної визначеності є структурною частиною верховенства права, яке, у свою чергу, вважається одним із ключових принципів права.

Про належність розглядуваного принципу до елементів верховенства права вказано у доповіді Венеційської комісії «Про верховенство права», у якій наголошується на важливості принципу юридичної визначеності як для забезпечення довіри до судової системи та верховенства права, так і для плідності бізнесової діяльності з тим, щоб генерувати розвиток та економічний поступ¹.

Розкриттям сутності правової визначеності ми завдячуємо британському професору Альберту Дайсі, який вперше запропонував сучасне розуміння терміна «верховенство права». У своїй праці він наголосив, що закони повинні бути доступними, зрозумілими, чіткими та зверненими у майбутнє².

Понятійний апарат правової визначеності по-різному трактується в національних правових системах і постійно еволюціонує в судовій практиці.

Доктрина українського права в цілому солідарна у питанні про те, що правова визначеність стає все більш значущим чинником поточного правотворчого і правозастосовного процесу у державі та суспільстві.

Однак у юридичній літературі не досягнуто єдиного розуміння щодо видової належності та сутності цієї засади. Варто наголосити, що в основному науковці визначають поняття принципу юридичної визначеності шляхом перерахування та розкриття його структурних елементів.

Пропонуємо розглядати принцип юридичної визначеності в широкому розумінні, як сукупність вимог до організації та функціонування правової системи з метою забезпечення стабільного правового становища особи та її захисту від можливих проявів свавілля, шляхом вдосконалення процесів правотворчості та правозастосування.

Для країн-учасниць Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція), у тому числі й України, особливе значення має трактування цього поняття, якого дотримується Європейський суд з прав людини (далі – ЄСПЛ).

Необхідно зазначити, що в Конвенції принцип юридичної визначеності безпосередньо не закріплений. Крім того, вона не містить ні легітимної його дефініції, ні досить чіткого нормативного змісту.

Сутність цього принципу розкривається завдяки еволюційному тлумаченню положень Конвенції безпосередньо ЄСПЛ у своїх рішеннях, які *ipso facto* є обов'язковими для законотворчої та правозастосовної діяльності, причому в інтерпретації, визначеній ЄСПЛ.

Принцип правової визначеності передбачає дотримання низки вимог.

Традиційно ЄСПЛ закладає у принцип правової визначеності кілька базових компонентів: ясність, точність, доступність, передбачуваність закону (норми права); стабільність законодавства; обов'язковість оприлюднення законів; відсутність внесення непередбачуваних змін до законодавства; неприпустимість зворотної дії законів у часі; легітимні (правомірні) очікування; «не двічі за одне і те ж»; «ніякого покарання без закону»; неприпустимість перегляду (скасування) судових рішень, які вступили у законну силу (є остаточними) і не містять судової помилки і (або) порушень закону (*res judicata*); визначеність меж дискреційних повноважень органів влади; обов'язковість та виконуваність судових рішень; неприпустимість свавілля і застосування непрозорих механізмів, які підривають довіру до права, державних органів, судів.

Розглянемо докладно сутність окремих елементів принципу правової визначеності.

Одним із перших завдань реалізації принципу юридичної визначеності є додержання зрозумілості та несуперечливості правових положень, закріплених у нормативно-правових актах. Визначеність – це необхідний критерій, ознака вже сформульованої і оприлюдненої норми права. Від того, наскільки норма права відповідає критерію визначеності, можна зробити висновок про ефективність і результативність законодавчої діяльності.

У вже згадуваній доповіді Венеційської комісії наголошується на таких положеннях, які стосуються визначеності норм права та законодавчих засад: аби досягти довіри до судової системи, держава повинна зробити текст закону легко доступним; вона зобов'язана дотримуватись законів, які запровадила, і застосовувати їх у передбачуваний спосіб та з логічною послідовністю.

Аналіз практики ЄСПЛ дає змогу виокремити складові **визначеності норми права**. До таких вимог слід віднести наступні: правові акти повинні бути заздалегідь оприлюднені, діяти на майбутнє, бути ясними, точними, чіткими, доступними, передбачуваними, несуперечливими та обов'язково виконуватися.

Одним із найбільш гострих питань, пов'язаних із реалізацією принципу юридичної визначеності, є проблема якості закону. Категорія **«якість закону»** включає в себе різноманітні ознаки, що відображають його сутність та специфіку, а саме: точність, чіткість, зрозумілість та передбачуваність. У цьому контексті принцип правової визначеності частково збігається з принципом законності (чіткість і передбачуваність закону, вимоги до «якості» закону)³.

Контент цієї категорії найбільш повно відображено у рішеннях ЄСПЛ. Так, у рішенні у справі «Новік проти України» ЄСПЛ зазначив, що вимога «якості закону» у розумінні п. 1 ст. 5 Конвенції означає, що коли національний закон передбачає можливість позбавлення свободи, такий закон має бути достатньо доступним, чітко сформульованим і передбачуваним у своєму застосуванні – для того, щоб виключити будь-який ризик свавілля⁴.

Норма права відповідає принципу правової визначеності, якщо вона сформульована точно і ясно, що дає змогу суб'єктам права узгоджувати з нею свою поведінку: як заборонену, так і дозволена. Як стверджує ЄСПЛ у своїй прецедентній практиці, норма не може вважатися законом, якщо вона не сформульована з необхідною точністю.

Про **точність і ясність** формулювань правових приписів можна говорити у тому випадку, якщо: а) зміст правової норми зрозумілий пересічному громадянину, який не є фахівцем у галузі права. Йдеться як про конкретне нормативне положення, так і про систему нормативних приписів, які перебувають у взаємозв'язку; б) зміст правової норми стає зрозумілим, шляхом виявлення більш складного взаємозв'язку правових приписів, у тому числі на основі узагальнення судової практики стосовно конкретної сфері суспільних відносин; в) зміст правової норми стає зрозумілим після звернення за юридичною допомогою. Рівень точності, у свою чергу, залежить від змісту оспорюваного закону, сфери, яку він покликаний охоплювати.

Варто наголосити, що з точки зору ЄСПЛ особливі, підвищені вимоги чіткості та ясності пред'являються до кримінальних норм, оскільки наслідки за вчинення кримінальних правопорушень мають найбільший рівень обмеження прав і свобод людини. Так, у справі «Салов проти України» заявник стверджував, що п. 2 ст. 127 КК України не може бути застосований до його дій, оскільки зазначене положення сформульовано настільки нечітко, що він не міг передбачати, що за цей вчинок його можуть позбавити волі. У зв'язку із цим Суд зазначив, що однією з вимог, яка впливає з вислову «передбачений законом», є передбачуваність відповідних заходів. Та чи інша норма не може вважатися «законом», якщо вона не сформульована з достатньою чіткістю, щоб громадянин міг регулювати свою поведінку: він повинен мати можливість передбачити наслідки, до яких може призвести певна дія⁵.

Норма права відповідає принципу правової визначеності у тому випадку, якщо кожному суб'єкту права зрозумілі наслідки своєї поведінки (дії або бездіяльність). Разом із тим використання абстрактних формулювань і оціночних понять у деяких випадках не виключається.

Визначеність законодавства також передбачає реалізацію фундаментального **принципу *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poena ligit*** (немає злочину і покарання без наперед установленого закону) і відповідно до цього – заборону застосування закону за аналогією. До прикладу, у справі «В.С. проти Великобританії» ЄСПЛ зазначив, що ст. 7 Конвенції охоплює такий принцип кримінального права, як *nullum crimen, nulla poena sine lege*, а також принцип, відповідно до якого закон не має тлумачитись надміру широко на шкоду обвинуваченому, до прикладу за аналогією. Із цих принципів випливає, що будь-який злочин повинен чітко визначатися в законі, причому доцільно, щоб кожен міг зрозуміти зі змісту відповідної статті – у разі потреби за допомогою тлумачення, наданого їй судами, – яке діяння тягне за собою кримінальну відповідальність⁶.

Принцип юридичної визначеності передбачає **доступність та зрозумілість формулювання правових норм** для пересічної особи. Така доступність, у свою чергу, є орієнтиром правової поведінки та її наслідків. Доступність нормативно-правового акту завжди пов'язується з його офіційним оприлюдненням (опублікуванням), коли особі надана можливість знати положення, що в ньому містяться, і орієнтуватися, яка саме правова норма підлягає застосуванню за тих чи інших обставин.

Структурним елементом принципу юридичної визначеності є **передбачуваність**, яка означає, що закон повинен бути оприлюднений завчасно, тобто до моменту застосування, та має бути прогнозований щодо наслідків його застосування: норми закону повинні формулюватися з достатньою чіткістю, повнотою, транспарентністю та зрозумілістю для того, щоб особа мала змогу спланувати варіанти своєї поведінки, усвідомлюючи при цьому її правові наслідки. У рішенні ЄСПЛ у справі «Салов проти України» наголошується, що закон у жодному разі не може охопити всі непередбачувані обставини, рівень чіткості та передбачуваності значною мірою залежить від змісту заходу, сфери, яку він має охопити, а також кількості й статусу тих, до кого він застосовується.

Значимим при цьому є не лише прогнозованість особою наслідків своєї поведінки, а й передбачуваність законодавчої політики, яка включає відсутність внесення непередбачуваних законодавчих змін, недопущення прогалин. Так, у справі «Слоєв проти України» Суд зазначає, що практика, що виникла у зв'язку із законодавчою прогалиною і яка зумовлює тримання особи під вартою протягом необмеженого і непередбачуваного строку за обставин, коли таке тримання не передбачається ні конкретним положенням законодавства, ні будь-яким судовим рішенням, сама по собі суперечить принципу юридичної визначеності⁷.

Важливою вимогою визначеності норми права є несуперечливість та стабільність. Під несуперечливістю слід розуміти відсутність колізій та неузгодженостей у правовому регулюванні тієї чи іншої сфери відносин. Натомість стабільність норм права – відсутність частого внесення змін до нормативних приписів, адже у протилежному випадку суспільні відносини не встигатимуть адаптуватися до новоприйнятих законодавчих положень. І.І. Дахова розкидає зміст стабільності правового регулювання через забезпечення учасникам правовідносин можливості передбачати наслідки своїх діянь та мати певність у незмінності свого офіційно визнаного статусу, набутих прав і обов'язків⁸.

Таким чином, визначеність норми права – це точність, ясність, стабільність і недвозначність приписів, їх узгодженість у системі правового регулювання, що забезпечує суб'єктам права їх розуміння і реалізацію, самостійно або з юридичною допомогою.

Принцип юридичної визначеності знаходить свій прояв у **неможливості зворотної дії в часі законодавчих приписів** (англ. *non-retroactivity*), яка притаманна практично усім державам – учасницям Конвенції.

Необхідність незворотності законів обумовлюється невід'ємним правом особи бути певною у тому, що її легітимні дії через певний час не призведуть до погіршення її правового становища.

Разом із тим застосування зворотної сили закону категорично не заборонена положеннями Конвенції. Будь-яке втручання зміненого закону задля впливу на рішення суду при здійсненні правосуддя обмежено, за винятком випадків, коли втручання покращує становище особи та здійснюється на «неспростовних підставах у загальних інтересах». При цьому ЄСПЛ виходить із того, що усі підстави застосування ретроспективності нормативно-правових актів необхідно аналізувати з особливою пильністю.

Принцип юридичної визначеності передбачає **однозначність правозастосування**, а відтак послідовність та системність діяльності державних інституцій, передусім судових органів. Правозастосування гарантує обов'язковість реалізації правових норм, чітку взаємодію між законодавчою та судовою гілками влади в конкретизації законів, запровадження механізму належного виконання судових рішень, недопустимість свавільного перегляду остаточних правозастосовних вердиктів⁹.

Визначальне значення має судове правозастосування. Єдність судової практики, єдине розуміння та тлумачення норм права судами є необхідними компонентами досліджуваного принципу, а визначений характер судових рішень – передумовою набуття ними юридичної сили.

ЄСПЛ неодноразово звертає увагу на неоднакове та почасти суперечливе застосування й тлумачення норм національними судами. Так, у справі «Олександр Волков проти України» Суд зазначає, що незгода заявника з обраною процедурою є питанням тлумачення національного права, що є передусім компетенцією національних органів. Проте Суд повинен перевірити, чи відповідає спосіб, у який тлумачиться та застосовується національне законодавство, принципам Конвенції, як вони тлумачаться у світлих практиках Суду¹⁰.

Відсутність механізму, який гарантує узгодженість судової практики, зумовлює стан постійної невизначеності, що є порушенням права на справедливий суд. Стан невизначеності може зруйнувати довіру суспільства до судової системи, яка, у свою чергу, є невід'ємним атрибутом правової держави.

Необхідною передумовою дотримання принципу юридичної визначеності є гарантування правової стабільності та незмінюваності судових рішень, які набрали законної сили.

Як вбачається із доповіді Венеційської комісії, система, де існує можливість скасовувати остаточні рішення, не базуючись при цьому на безспірних підставах публічного інтересу та які допускають невизначеність у часі, несумісні з принципом юридичної визначеності.

Стабільність остаточного рішення суду забезпечується завдяки реалізації **принципу *res judicata*** (із лат. – «вирішена справа»). Сутність цього принципу полягає у тому, що остаточне рішення повноважного суду, яке набрало законної сили, є обов'язковим для учасників спору і не підлягає перегляду. На переконання М.О. Гурвича, цей принцип забезпечується двома заборонами, зокрема: неможливістю перегляду рішення,

яке вступило в законну силу, та неможливістю нового розгляду справи, що може призвести до скасування або зміни раніше винесеного рішення¹¹. Іншими словами, йдеться про недопустимість повторного розгляду вже вирішеної справи – «що вирішено – вирішено і не повинно переглядатися до безкінечності».

Варто наголосити, що ЄСПЛ у своїх рішеннях неодноразово звертався до принципу *res judicata* з метою належного та ефективного захисту порушених прав особи, задекларованих Конвенцією.

Показово в розкритті змісту цього принципу слід вважати справу «Брумареску проти Румунії», під час розгляду якої Суд підкреслив, що одним із основних аспектів принципу верховенства права є принцип правової визначеності, який вимагає, *inter alia*, щоб у разі прийняття кінцевого судового рішення у справі воно не ставилося під сумнів¹².

В іншій справі Суд зазначив, що принцип правової визначеності означає, що жодна зі сторін не вправі вимагати перегляду остаточного та обов'язкового до виконання судового рішення лише з метою проведення повторного розгляду справи і ухвалення нового рішення. Вищі судові інстанції повинні здійснювати свої повноваження щодо перегляду рішень задля виправлення судових помилок та законодавчих прогалин, скасування неправомірних судових рішень, а не для того, щоб наново розглядати справи. Новий розгляд не може трактуватися як замаскована апеляція, а сама можливість існування двох позицій на той самий предмет спору не може слугувати підставою для перегляду. Відхилення від цього принципу виправдані, якщо вони зумовлені вагомими і неспростовними обставинами. На переконання Суду, право сторони спору на суд було б абсолютно ілюзорним, якби правова система дозволяла скасування судового рішення, яке стало остаточним і обов'язковим, судом вищої ланки за протестом, поданим посадовою особою¹³.

У рішенні ЄСПЛ у справі «Трегубенко проти України» Суд наголосив, що відповідно до власної усталеної прецедентної практики скасування остаточного і обов'язкового рішення суду, яким заявникові було присуджено «майно», є втручанням у право заявника на мирне володіння майном. Суд вважає, що у цій справі мало місце втручання в права заявника, вчинене у формі позбавлення його власності у розумінні ст. 1 Протоколу № 1 до Конвенції¹⁴.

Варто наголосити, що процедура перегляду не суперечить принципу правової визначеності, якщо вона реалізується з метою виправлення помилок при застосуванні закону, зокрема у разі перегляду справи за нововиявленими обставинами.

За своїм змістом ця стадія процесу покликана відновлювати справедливість, що досягається шляхом наділення особи правом вимагати скасування рішення, зважаючи на те, що під час судового розгляду не були відомі істотні обставини, які могли б вплинути на результат вирішення справи. При цьому на заявника покладається обов'язок довести, що обставина є справді нововиявленою, тобто особа не могла надати доказ її існування до закінчення розгляду судової справи і що ця обставина має вагоме значення для вирішення спору.

Порушення процедури перегляду судового рішення за нововиявленими обставинами знайшло відображення у низці рішень ЄСПЛ.

До прикладу, у справі «Желтяков проти України» національний суд задовольнив заяву відповідача про перегляд рішення, винесеного сім років тому, та призначив новий розгляд справи. Підставою для цього зазначено той факт, що експерти Бюро, які готували висновок під час первинного розгляду справи, діяли як приватні особи, а не від імені Бюро, а сам висновок не містив печатки і реєстраційного номеру Бюро. Таким чином, суд дійшов висновку, що вимоги його ухвали не було дотримано і вирішив, що це є «нововиявленою обставиною». Аналізуючи обставини цієї справи, ЄСПЛ підкреслив, що відновлення провадження та скасування остаточного рішення суду порушили принцип юридичної визначеності. Суд зазначає, що відсутність в експертному висновку печатки та реєстраційного номеру Бюро не приховувалась від суду або сторін протягом першого розгляду справи. З огляду на це Суд вважає, що скасування судового рішення було не виправданим, а тому мало місце порушення п. 1 ст. 6 Конвенції¹⁵.

Отже, процедура перегляду рішення суду підлягає застосуванню у спосіб, який кореспондується з положеннями Конвенції. Вона не повинна порушувати «справедливий баланс» між загальним інтересом суспільства та захистом основних прав конкретної особи, яка, у свою чергу, не має нести надмірний особистий тягар. В іншому випадку демократична процедура скасування остаточного рішення, якщо є вагомі докази, що не були раніше доступними і які можуть зумовити ухвалення протилежного рішення, може перетворитися, як слушно наголошується у літературі, на інструмент не виправданого свавілля¹⁶.

Юридична визначеність також вимагає, щоб **остаточні рішення судів виконувалися**. Невиконання судових рішень нівелює результати діяльності судових та правоохоронних органів, завдає шкоду правам та інтересам особи, посягає на встановлений правопорядок, а таке посягання дає змогу прослідкувати зв'язок принципів юридичної визначеності та верховенства права при забезпеченні обов'язковості судового рішення.

Значна кількість справ, що розглядалися ЄСПЛ, торкалися питання тривалого невиконання судових рішень в Україні. На жаль, доводиться констатувати, що після прийняття пілотного рішення у справі «Іванов проти України» та внесення відповідних змін до законодавства ситуація суттєво не покращилася.

Наступною складовою принципу юридичної визначеності є **концепція** так званих **законних (legitimate) очікувань (legitimate expectations)**.

Очікування вважається легітимним (законним), якщо воно є доцільним та розумним, тобто відповідає реальним сподіванням «обачної та розсудливої людини» і має законний характер.

Як на доктринальному рівні¹⁷, так і у практиці ЄСПЛ легітимні очікування трактуються як елемент правової визначеності. Зв'язок легітимних очікувань та юридичної визначеності є очевидним. Він полягає у тому, що згідно з правовою визначеністю особа, вивчивши правові норми, може спрогнозувати свою поведінку, конкретний вибір якої обумовлений її законними сподіваннями – вона розраховує одержати певний результат залежно від вчинюваних діянь.

Простежити таку взаємозалежність можна у справі «Йокела проти Фінляндії», в рішенні у якій ЄСПЛ зазначив, що заявники могли законно очікувати на розумно послідовний підхід з боку органів влади та судів до визначення ринкової вартості землі, а у випадку відсутності такої послідовності – на отримання мотивованого пояснення щодо цих розбіжностей¹⁸.

Поняття легітимних очікувань пов'язується із застосуванням у практиці ЄСПЛ концепції автономного тлумачення, зокрема автономних понять, які покликані уніфікувати стандарти правозастосування.

До прикладу, у справі «Федоренко проти України» Суд зазначив, що заявник має вважатися таким, що має законні сподівання щодо прибутку відповідно до положення угоди про доларовий еквівалент, який може вважатися майном відповідно до положень ст. 1 Першого протоколу. Також Суд констатував, що дії юстиції можна розглядати як такі, що звели нанівець «законні сподівання» заявника за договором і позбавили його, зокрема, умови, на яку він погодився під час укладання угоди¹⁹.

У матеріальному аспекті легітимні очікування осіб повинні охоронятися від хаотичних та непрогнозованих змін законодавства, у якому закріплено відповідний правовий режим. У процесуальному ж аспекті законні очікування торкаються послідовної правозастосовної практики, забезпечення від здійснення вибіркового правосуддя.

Принцип легітимних очікувань не слід протиставляти можливості державним інституціям та приватним особам змінити за певних умов свою поведінку, зокрема, коли йдеться про обґрунтований і такий, що базується на законодавчих приписах, відступ від усталеної практики. Проте таке відхилення повинно має належним чином аргументованим задля дотримання положень цієї концепції.

Невід'ємним елементом принципу юридичної визначеності є *принцип належного (доброго) урядування*. Його тлумачення міститься в Рекомендації Комітету міністрів РЄ СМ/Rec (2007) 7, з положень якої вбачається, що суб'єкти владних повноважень не повинні вживати жодних ретроактивних заходів, за винятком юридично визначених обставин. Вони не втручаються у надані права та остаточні правові ситуації, за винятком випадків, коли це абсолютно необхідно у суспільних інтересах²⁰.

На особливу важливість цього принципу звертає увагу ЄСПЛ у справі «Рисовський проти України», зазначаючи, що принцип «належного урядування» передбачає, що у разі, коли йдеться про питання загального інтересу, зокрема, якщо справа впливає на такі основоположні права людини, як майнові права, державні органи повинні діяти вчасно та в належний і якомога більш послідовний спосіб. Зокрема, на державні органи покладено обов'язок запровадити внутрішні процедури, які посилять прозорість і ясність їхніх дій, мінімізують ризик помилок і сприятимуть юридичній визначеності у цивільних правовідносинах, що зачіпають майнові інтереси. У контексті скасування помилково наданого права на майно принцип «належного урядування» може не лише покласти на державні органи обов'язок діяти невідкладно, виправляючи свою помилку, а й потребувати виплати відповідної компенсації чи іншого виду належного відшкодування колишньому добросовісному власникові²¹.

Принцип доброго урядування не повинен перешкоджати державним органам виправляти помилки, навіть ті, які виникли в результаті їхньої власної недбалості. Проте така необхідність не повинна непропорційно посягати на нове право, набуте особою, яка розраховувала на легітимність добросовісних дій з боку органів влади. Отже, державні інституції, які порушують свої власні процедури, не повинні мати змогу одержувати вигоду від власних неправомірних діянь або уникати виконання своїх зобов'язань. Тягар ризику будь-якої помилки органу державної влади має нести сама держава, а самі помилки не повинні виправлятися за рахунок осіб, яких вони торкаються.

Таким чином, виходячи з принципу доброго урядування, органам державної влади слід діяти своєчасно та в належний спосіб, а держава не може одержувати вигоду у вигляді поновлюваних строків на оскарження рішень суду та виправляти допущені помилки за рахунок особи, яка діяла легітимно та добросовісно.

Наступним елементом принципу юридичної визначеності є вимоги щодо **обмеження дискреційних повноважень органів публічної влади**, під якими Комітет міністрів Ради Європи у Рекомендації № R(80)2 розуміє повноваження, які орган публічної влади, приймаючи рішення, може здійснювати з певною свободою розсуду, тобто, коли такий орган може обирати з кількох юридично допустимих рішень те, яке він вважає найкращим за даних обставин²².

Із цього приводу Венеційська комісія відзначила, що закон, яким надаються дискреційні повноваження певному державному органу, повинен вказати чітко й зрозуміло на обсяг такої дискреції. Не відповідатиме верховенству права, якщо надана законом виконавчій владі дискреція матиме характер необмеженої влади. Отже, закон повинен вказати на обсяг будь-якої такої дискреції та на спосіб її здійснення із достатньою чіткістю, аби особа мала змогу відповідним чином захистити себе від свавільних дій.

ЄСПЛ у справі «Олсон проти Швеції» сформулював таку позицію щодо визначення чітких меж дискреційних повноважень: закон, який надає дискрецію, не є сам по собі несумісним з вимогою передбачуваності у тому випадку, коли обсяг дискреції та спосіб її застосування зазначені з достатньою чіткістю та при цьому

враховується легітимна мета того чи іншого вживаного заходу в тій чи іншій ситуації, щоб надати індивіду адекватний захист від свавільного втручання²³.

Таким чином, під дискреційними повноваженнями слід розуміти такі повноваження суб'єкта владних повноважень, коли у межах, визначених законом, уповноважений орган має право на власний розсуд обирати один з кількох варіантів поведінки. Важливою передумовою такого вибору є те, що для його здійснення не вимагається погодження варіанта вибору будь-ким. Визначення дискреційних повноважень у спосіб, що робить їх необмеженими, суперечило б принципу верховенства права. Відтак, закон повинен чітко встановлювати межі повноважень суб'єктів владних повноважень та чітко визначати спосіб їх реалізації.

Водночас, як слушно наголошує суддя Верховного Суду В.М. Кравчук, повноваження державних органів не є дискреційними, коли є лише один правомірний та законно обґрунтований варіант поведінки суб'єкта владних повноважень. Тобто, у разі настання визначених законодавством умов відповідач зобов'язаний вчинити конкретні дії, і якщо він їх не вчиняє, його можна зобов'язати до цього в судовому порядку²⁴.

Можна із впевненістю констатувати, що лише за умови дотримання у правозастосовній діяльності розглянутих елементів, які визначають статичну та динамічну правову регулювання, юридична визначеність може бути реалізованою, що, у свою чергу, забезпечуватиме сталість і стабільність відносин, діяльності держави та суспільства, а також гарантуватиме охорону основоположних прав та свобод людини на найвищому рівні.

¹ Доповідь № 512/2009 Європейської Комісії «За демократію через право» «Верховенство права», схвалена Венеційською Комісією на 86-му пленарному засіданні (Венеція, 25–26.03.2011). URL: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2011\)003rev-ukr](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2011)003rev-ukr)

² Матвєєва Ю.І. Поняття та розуміння принципу правової визначеності. *Наукові записки НаУКМА*. Юридичні науки. 2017. Т. 200. С. 93–97.

³ Навчально-методичний посібник для тренерів навчального курсу для суддів «Застосування Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод та практики європейського суду з прав людини при здійсненні правосуддя» / упоряд. Фулей Т.І. Київ.: ВАІТЕ, 2017. 234 с. 129 с.

⁴ Рішення ЄСПЛ від 18 грудня 2008 року у справі «Новік проти України» (заява № 48068/06). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_442

⁵ Рішення ЄСПЛ від 6 вересня 2005 року у справі «Салов проти України» (заява № 65518/01). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980_428

⁶ Case EHRR by 22 November 1995 of S. W. v. the United Kingdom (application no. 20166/92). URL: <file:///C:/Users/User/Downloads/001-57965.pdf>

⁷ Рішення ЄСПЛ від 6 листопада 2008 року у справі «Слоєв проти України» (заява № 17283/02). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_433

⁸ Дахова І.І., Чуб О.О. Багатоаспектність принципу правової визначеності щодо сучасних конституційно-правових відносин. *Форум права*. 2017. № 4. С. 59–68. 66 с.

⁹ Гуйван П.Д. Міжнародно-правовий принцип правової визначеності. Його сутнісні та часові прояви в українській правовій системі *Альманах міжнародного права*. 2018. Вип. 19. С. 124–134.

¹⁰ Рішення ЄСПЛ від 9 січня 2013 року у справі «Олександр Волков проти України» (заява № 21722/11). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_947

¹¹ Матвєєва Ю.І. Поняття та розуміння принципу правової визначеності *Наукові записки НаУКМА*. Юридичні науки. 2017. Т. 200. С. 93–97. 95 с.

¹² Рішення ЄСПЛ від 28 жовтня 1999 року у справі «Брумареску проти Румунії» (заява № 28342/95) URL: <http://eurocourt.in.ua/Article.asp?AIdx=307>

¹³ Рішення ЄСПЛ від 24 липня 2003 року у справі «Рябих проти Російської Федерації» (заява № 52854/99) URL: <http://www.echr.ru/documents/doc/new/003.htm>

¹⁴ Рішення ЄСПЛ від 2 листопада 2004 року у справі «Трегубенко проти України» (заява № 61333/00) URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980_355

¹⁵ Рішення ЄСПЛ від 9 червня 2011 року у справі «Желтяков проти України» (заява № 4994/04) URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_708

¹⁶ Гуйван П. Значення темпоральних чинників у практиці європейського суду з прав людини. принцип правової визначеності як регулятор стабільності судочинства та незмінності остаточних рішень (частина 4). *Підприємництво, господарство і право*. 2017. № 9. С. 16–21. 17 с.

¹⁷ Беяневич О.А. Поняття легітимних очікувань та проблеми його застосування судами України *Приватне право і підприємництво*. 2016. Вип. 16. С. 41–45. 41 с.

¹⁸ Case ECHR by 21 May 2002 of «Jokela v. Finland» (application no. 28856/95). URL: <https://www.legal-tools.org/doc/4e83b5/pdf>

¹⁹ Рішення ЄСПЛ від 1 червня 2006 року у справі «Федоренко проти України» (заява № 25921/02). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_041

²⁰ Recommendation CM/Rec(2007)7 of the Committee of Ministers to member states on good administration. Adopted on 20 June 2007 at the 999bis meeting of the Ministers' Deputies. URL: <https://rm.coe.int/16807096b9>

²¹ Рішення ЄСПЛ від 20 жовтня 2011 року у справі «Рисовський проти України» (заява № 29979/04). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_854

²² Рекомендація Комітету Міністрів Ради Європи № R(80)2 стосовно здійснення адміністративними органами влади дискреційних повноважень. Прийнята Комітетом Міністрів 11.03.1980 на 316-й нараді заступників міністрів. *Адміністративна процедура та адміністративні послуги. Зарубіжний досвід і пропозиції для України* / авт.-упоряд. В.П. Тимошук. Київ : Факт, 2003. С. 469–479.

²³ Case ECHR by 24 March 1988 of Olsson v. Sweden (No. 1) (application no. 10465/83). URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57548%22%5D%7D>

²⁴ Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного адміністративного суду від 22 серпня 2018 року у справі № 826/10548/17/. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/76002143>

Резюме

Андрусів У.Б., Федик С.Є. Елементи принципу юридичної визначеності.

У статті розкриваються поняття та зміст принципу правової визначеності як однієї зі складових принципу верховенства права. Авторами запропоновано розглядати принцип правової визначеності як набір вимог до процесів правотворчості та правозастосування. Аналізуються окремі елементи цього принципу. Основним джерелом дослідження є практика Європейського Суду з прав людини.

Ключові слова: верховенство права, принципи права, правова визначеність, Європейський суд з прав людини.

Резюме

Андрусив У.Б., Федик С.Е. Элементы принципа юридической определенности.

В статье раскрываются понятие и содержание принципа правовой определенности как одной из составляющих принципа верховенства права. Авторами предложено рассматривать принцип правовой определенности как набор требований к процессам правотворчества и правоприменения. Анализируются отдельные элементы этого принципа. Основным источником исследования является практика Европейского Суда по правам человека.

Ключевые слова: верховенство права, принципы права, правовая определенность, Европейский суд по правам человека.

Summary

Andrusiv U., Fedik S. Elements of the principle of legal certainty.

In this article reveals the content and concept of the principle of legal certainty as one of the components of the rule of law. The authors proposed to consider the principle of legal certainty as a set of requirements lawmaking and application of law processes. The individual elements of this principle are analyzed. The principal source of the research is case-law of the European Court of Human Rights.

Key words: the rule of law, principle of law, legal certainty, the European Court of Human Rights.

УДК 340.12

В.С. БІГУН

В'ячеслав Степанович Бігун, кандидат юридичних наук, магістр права (США), здобувач Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України
ORCID: 0000-0002-0592-2149

ДОБРОЧЕСНІСТЬ ЯК ЮРИДИЧНИЙ ТЕРМІН І СЕНС

Доброчесність як явище, категорія і поняття, термін і загалом дискурс – актуалізується в Україні після подій 2013–2014 рр., акцентуючи на етичному вимірі соціальних перетворень. У попередніх публікаціях ми обґрунтували постановку питання про доброчесність як принцип правосуддя, запропонували періодизацію сучасного правознавчого дискурсу та розгляд доброчесності як нормативно закріпленої інституційної об'єктивації чесноти в сфері правосуддя, розглянули генезу її інституціоналізації, окреслили проблематику доброчесності в створенні Вищого антикорупційного суду¹.

Мета публікації цих результатів – аналіз доброчесності як терміна в нормативно-правовій базі (як джерельній базі, малодослідженого аспекту за винятком терміна «академічна доброчесність»), що формує її як юридичну категорію, для з'ясування сенсу доброчесності як ідеї в її здійсненні.

Таблиця узагальнює вживання терміна «доброчесність» у законодавстві.

Сфера – термін	Визначення або деталізація
1. Судочинство (статус суддів) «Доброчесний громадянин». «Критерій доброчесності»	Доброчесність як один із критеріїв відповідності суддівській посаді. На посаду судді може бути призначений громадянин України, не молодший 30 та не старший 65 років, який має вищу юридичну освіту і стаж професійної діяльності у сфері права щонайменше 5 років, є компетентним, <u>доброчесним</u> та володіє державною мовою (ч. 3 ст. 127 Конституції). Конституція провадить, що підставою для звільнення судді є виявлення за результатами оцінювання невідповідності цій посаді за <u>критеріями</u> компетентності, професійної етики або <u>доброчесності</u> чи відмова судді від такого оцінювання (п. 4 ст. 16-1 Розділу XV).

Сфера – термін	Визначення або деталізація
<p>Декларація доброчесності</p>	<p>Як превентивний засіб у боротьбі з корупцією Закон України «Про судоустрій і статус суддів» (2016 р.) запроваджує декларацію доброчесності: судді та кандидата на посаду судді.</p> <p>Суддя зобов'язаний щорічно до 1 лютого подавати шляхом заповнення на офіційному веб-сайті Вищої кваліфікаційної комісії суддів України декларацію доброчесності за формою, що визначається Комісією. Декларація складається з переліку тверджень, правдивість яких суддя повинен задекларувати шляхом їх підтвердження або непідтвердження. За відсутності доказів іншого твердження судді в декларації вважаються достовірними (ст. 62 Закону).</p> <p>У декларації доброчесності судді зазначаються прізвище, ім'я, по батькові судді, його місце роботи, займана посада та твердження про:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1) відповідність рівня життя судді наявному в нього та членів його сім'ї майну і одержаним ними доходам; 2) своєчасне та повне подання декларації особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, та достовірність задекларованих у них відомостей; 3) невчинення корупційних правопорушень; 4) відсутність підстав для притягнення судді до дисциплінарної відповідальності; 5) сумлінне виконання обов'язків судді та дотримання ним присяги; 6) невтручання у правосуддя, яке здійснюється іншими суддями; 7) проходження перевірки суддів відповідно до Закону України «Про відновлення довіри до судової влади в Україні» та її результати; 8) відсутність заборон, визначених Законом України «Про очищення влади». Декларація може містити інші твердження, метою яких є перевірка доброчесності судді. Вона є відкритою для загального доступу через оприлюднення на офіційному веб-сайті Комісії (пп. 3–4 Закону). <p>Ідентична за змістом декларація кандидата на посаду судді подається до Комісії у строк, визначений нею для подання документів для участі у доборі кандидатів на посаду судді або конкурсі на зайняття вакантної посади судді.</p> <p>На практиці декларація (з вересня 2018 р.) – об'ємний документ із 2 розділів і 23 пунктів тверджень (не/підтверджую) і місця для додаткових пояснень. Зазначаються твердження, які мали місце упродовж усього життя декларанта та актуальні на час подання. Зміни, доповнення чи уточнення поданих відомостей не допускаються.</p> <p>Аналіз змісту декларації та практики варті окремої уваги. Загалом декларація – документ самоперевірки, декларування перед громадськістю із широкою низки питань, які дають широке уявлення про зміст «доброчесності».</p>
<p>2. Наука і освіта</p> <p>Академічна доброчесність</p>	<p>Академічна доброчесність – це «сукупність етичних принципів та визначених законом правил, якими мають керуватися учасники освітнього процесу під час навчання, викладання та провадження наукової (творчої) діяльності з метою забезпечення довіри до результатів навчання та/або наукових (творчих) досягнень» (Закон України «Про освіту»)².</p> <p>Це визначення дублюється у Законі України «Про вищу освіту».</p> <p>Закон України «Про освіту» визначає і ознаки дотримання академічної доброчесності академічними працівниками та здобувачами освіти, подає 8 видів порушень (академічний плагіат, самоплагіат, фабрикація, фальсифікація, списування, обман (формами якого є зазначені попередньо види порушень), хабарництво та необ'єктивне оцінювання); види академічної відповідальності для академічних працівників і здобувачів освіти.</p>
<p>3. Державні органи</p> <p>Доброчесність установи.</p> <p>Доброчесність як принцип діяльності</p>	<p>Доброчесність державної установи, оціночна характеристика діяльності.</p> <p>Наприклад, у Листі до Міжнародного валютного фонду, підписаному керівництвом держави, зазначається: «Є вкрай важливим, щоб нові антикорупційні інституції – Національне антикорупційне бюро України (НАБУ), Спеціалізована антикорупційна прокуратура (САП) та Вищий антикорупційний суд (ВАС) – зберегли свою незалежність та доброчесність, щоб забезпечити ефективні та надійні розслідування, обвинувачення та судовий розгляд справ щодо корупції на високому рівні. Ми докладемо всіх зусиль, щоб забезпечити незалежність та доброчесність цих установ...»³.</p> <p>Доброчесність як принцип діяльності установи, організації.</p> <p>Наприклад, «основними принципами діяльності закупівельної організації є: ефективність; прозорість та доброчесність. Принципи прозорості та доброчесності включають, зокрема: доступність та максимальну відкритість інформації про закупівлю; чіткий опис усіх процесів і процедур із зрозумілою структурою організації та чіткими алгоритмами, інструкціями, правилами, обов'язками, стандартними операційними процедурами; мінімізацію впливу людського фактора; використання електронних систем закупівель; регулярний внутрішній та зовнішній моніторинг здійснення закупівель медичних товарів»⁴.</p> <p>Доброчесність – один із принципів організації роботи з повідомленнями про корупцію.</p> <p>Доброчесність визначається як «поведінка працівників апарату Мінрегіону відповідно до вимог Закону («Про запобігання корупції»), Закону «Про державну службу» та Загальних правил етичної поведінки державних службовців та посадових осіб місцевого самоврядування, затверджених Наказом НАДС 05.08.2016 № 158»⁵.</p>

Сфера – термін	Визначення або деталізація
Перевірка на добročесність	<p>Проведення перевірки на добročесність осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, передбачалася низкою заходів із 2014 р., зокрема Планом першочергових заходів з подолання корупції, затвердженим розпорядженням КМ України 02.07.2014 № 647-р.</p> <p>На практиці перевірка на добročесність кульмінувала у запровадженні декларацій добročесності та (вибіркових) перевірок останніх. Хоча слід розрізняти подання декларацій та їхню перевірку, перше теж визнається «формою контролю держави за добročесністю осіб»⁶.</p> <p>При призначенні на посаду в Державне бюро розслідувань (ДБР), НАБУ особа повідомляється про можливість проведення щодо неї перевірки на добročесність та моніторингу способу життя (ст. 15 Закону «Про ДБР», п. 2 ст. 13 Закону «Про НАБУ»). Моніторинг – обов'язок Підрозділу внутрішнього контролю відповідно ДБР чи НАБУ.</p>
4. Державна служба Добročесність як принцип державної служби	<p>Закон України «Про державну службу» (із 2015 р.) зазначає добročесність п'ятим принципом і визначає його як «спрямованість дій державного службовця на захист публічних інтересів та відмова державного службовця від превалювання приватного інтересу під час здійснення наданих йому повноважень» (ст. 4).</p> <p>Попередній Закон України «Про державну службу» (2011–2015 рр.) зазначав добročесність як принцип державної служби, наводив його без визначення, шостим з-поміж інших (ст. 3).</p>
Добročесність як принцип етичної поведінки державних службовців	<p>Правила етичної поведінки державних службовців (2016–2017 рр.) зазначали принцип добročесності третім (без визначення)⁷.</p> <p>Принцип добročесності не міститься у чинних Загальних правилах етичної поведінки державних службовців та посадових осіб місцевого самоврядування, затверджених Наказом НАДС від 5.08.2016 р. № 158.</p>
Добročесність як принцип і стандарт етичної поведінки виконання службових повноважень	<p>Добročесність як один із принципів і стандартів етичної поведінки виконання службових повноважень. Так, наприклад, «працівники системи Міністерства юстиції України під час виконання своїх службових повноважень зобов'язані керуватися такими принципами: служіння державі і суспільству; пріоритетність інтересів; субординація; толерантність; гідна поведінка; добročесність; політична нейтральність; прозорість і підзвітність; сумлінність»⁸.</p> <p>Ці принципи дублюються щодо працівників інших міністерств. Наказ, який втратив чинність щодо всіх державних службовців, але продовжує діяти для працівників окремих міністерств, наприклад МВС, деталізує добročесність, як:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1) спрямованість дій на захист публічних інтересів, пріоритет загального блага громадян над особистими, приватними або корпоративними інтересами; 2) неприпустимість використання державного майна в особистих цілях; 3) недопущення конфлікту між публічними й особистими інтересами; 4) нерозголошення та невикористання інформації, що стала відома у зв'язку з виконанням працівниками (...) своїх обов'язків, у тому числі після припинення своєї діяльності (крім випадків, установлених законом); 5) недопущення надання будь-яких переваг і виявлення прихильності до окремих фізичних та юридичних осіб, політичних партій, громадських і релігійних організацій⁹.
Добročесність як вимога до самого конкурсу та кандидата – учасника конкурсу	<p>Добročесність кандидата. У разі конкурсу співбесіда проводиться Комісією з метою оцінювання рівнів компетенцій кандидатів, необхідних для роботи на посаді, а саме: добročесності. Добročесність (для цілей конкурсу) визначається як «послідовна особиста поведінка відповідно до норм моралі та етики, а також вимог законодавства (уникнення конфлікту інтересів, запобігання корупції), відданість цінностям системи безоплатної вторинної правової допомоги та ідеї служіння громадськості»¹⁰.</p> <p>Добročесність конкурсу. У разі конкурсу (на зайняття посади керівника державного, комунального закладу охорони здоров'я), він проводиться з дотриманням принципів: 1) забезпечення рівного доступу; 2) політичної неупередженості; 3) законності; 4) довіри суспільства; 5) недискримінації; 6) прозорості; 7) добročесності; 8) ефективного і справедливого процесу відбору¹¹.</p>

Огляд уможливує такі узагальнення та висновки.

1. *Юридизація добročесності як етичної категорії в позитивний юридичний обов'язок.* Закріплення добročесності як терміна в нормативно-правових актах, встановлення її як етичного принципу вимогою до поведінки порушує питання про запровадження позитивного юридичного обов'язку добročесності – юридизації етики, коли фактично законом закріплюється моральний обов'язок як юридичний. Якщо це так, то питання щодо того, які наслідки це матиме для розвитку добročесності як етичної категорії та чи не перестав вона бути такою, перетворюючись на суто юридичну, потребує окремого дослідження. Істотним є питання і про юридичну відповідальність за недотримання добročесності, трактування цього як «недобročесності» (всього один закон – «Про прокуратуру» вживає термін «недобročесність», але не визначає його). Отож, держава шляхом примусу зобов'язує громадян, зокрема державних службовців, бути добročесними (додамо, що

в Україні в 2012–2014 рр. діяв Закон про «Про правила етичної поведінки», який передбачав за порушення таких правил усі види юридичної відповідальності).

2. *Термінологічне різноманіття*. Законодавство використовує різні терміни і лексеми «добročесності», зокрема такі, як «добročесний», «критерій добročесності», «академічна добročесність», «перевірка добročесності», «декларація добročесності» та інші.

За сферою ці терміни найчастіше використовуються у сферах судочинства (статусу суддів) в частині кваліфікаційних вимог, науки та освіти, державного врядування, зокрема державної служби.

Добročесність визначається неоднозначно, по-різному, наприклад, як принцип і водночас сукупність принципів («сукупність етичних принципів та визначених законом правил»). Як самостійний принцип добročесність визначається як «принцип і стандарт поведінки, зокрема державного службовця, вимога до судді (його поведінки) чи кандидата на посаду судді. Інколи добročесність визначається як вимога до конкурсу, який, для прикладу, повинен проводитися із дотриманням з-поміж інших принципу добročесності, що є вимогою до його організаторів.

Нерідко принцип добročесності нумерується з-поміж інших (наприклад, за якими повинні проводитися конкурси на посади на державній службі¹²). При цьому залишається питання, чи таке «жонгливання» (зміна нумерації) чи певне місце в переліку покликани позначати пріоритетність.

3. *Законодавча не/визначеність термінопоняття*. Попри наявність дефініцій, законодавство та його аналіз не дозволяє виокремити уніфіковане визначення термінопоняття добročесності (як і недобročесності).

Наприклад, «академічна добročесність» – це «сукупність етичних принципів та визначених законом правил, якими мають керуватися учасники освітнього процесу». Звернемо увагу на формальність і «рамковість» такого визначення. Огляд змісту «декларації добročесності» судді (кандидата на посаду) виявляє широкий зміст цього поняття, який, з одного боку, визначений законом, а з другого, – на основі дискреції спеціальною установою, без обґрунтування (громадськості) його обсягу. Це сприяє різночитанню і різнотлумаченню¹³.

Водночас такий стан є до деякої міри закономірним, оскільки поняття «добročесності» є певною новелою, що знаходиться «у пошуках власного сенсу», і широким за змістом (для порівняння, законодавство не пропонує визначення і таких понять, як «право», «людина»). Разом із тим, з огляду на ризик таких спроб, їхня доцільність має бути обґрунтованою. Нерідко це пояснюється доцільністю, функціональністю, оскільки установи, які відповідають за забезпечення вимог законодавства, зобов'язані його виконувати (а відтак тлумачити). Наприклад, профільний закон у сфері судочинства – «Про судоустрій і статус суддів»¹⁴ наводить термін «добročесність» 55 разів у 165 статтях 12 розділів, роблячи його одним із ключових термінів, але не визначаючи його (цей акт не містить визначень та інших термінів). Так, сфера «добročесності судді» стала сферою діяльності Вищої кваліфікаційної комісії суддів України, відповідальної за збір і оприлюднення декларацій добročесності (якість діяльності якої залежить від її власної добročесності як інституції, її індивідуальних членів і службовців).

Правила юридичної термінології встановлюють, що за наявності визначення у нормативно-правових актах юридичний термін вважається кодифікованим. Проте, попри наявність терміна «добročесність» у таких актах, тобто фактичну кодифікованість, його зміст залишається однозначно не визначеним. Не виключено, що сенс(и) інструменту «добročесності» певна особа, установа чи організація використовуватиме для досягнення власних цілей.

¹ Див.: Бігун В.С. Добročесність як принцип правосуддя: постановка проблеми та сучасний дискурс. Часопис Київського університету права. 2018. № 2. С. 29–33; Бігун В.С. Добročесність як нормативно закріплена інституційна об'єктивізація чесноти в сфері правосуддя. Часопис Київського університету права. 2018. № 3. С. 21–25; Бігун В.С. Вищий антикорупційний суд: філософсько-правовий аналіз формування незалежного суду і добročесність конкурсу. Часопис Київського університету права. 2018. № 4. С. 26–32.

² Про освіту: Закон України від 05.09.2017 р. Ст. 1. Ч. 42. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2145-19/print>

³ Меморандум про економічну і фінансову політику від 05.12.2018 № 23751/0/2-18 як додаток до Листа про наміри до МВФ, підписані Президентом, Прем'єр-міністром, Міністром фінансів і Головою НБУ. П. 15. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v3751500-18/print>

⁴ Концепція реформування закупівель лікарських засобів та медичних виробів, допоміжних засобів, інших товарів медичного призначення, затверджена Розпорядженням КМ України від 23.08.2017 р. № 582. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/720-2018-%D1%80/print>

⁵ Порядок організації роботи з повідомленнями про корупцію, внесеними викривачами, в апараті Міністерства регіонального розвитку, будівництва та житлово-комунального господарства України, затвердженого наказом Мінрегіону України 07.11.2018 р. № 30. П. 2. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0292-19/print>

⁶ Пункт 3 Рішення Конституційного суду України від 06.06.2019 р. № 3-п/2019. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v003p710-19/print>

⁷ Правила етичної поведінки державних службовців, затверджені постановою КМ України 11.02.2016 р. № 65. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/65-2016-%D0%BF/print>

⁸ Правила етичної поведінки працівників апарату Міністерства юстиції України та його територіальних органів, затверджені наказом Міністерства юстиції України 21.09.2017 р. № 2952/5. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1164-17/print>

⁹ Там само.

¹⁰ Порядок проведення конкурсу на зайняття посади директора Координаційного центру з надання правової допомоги, затверджений наказом Міністерства юстиції України 06.09.2017 р. № 2823/5. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1101-17/print>

¹¹ Порядок проведення конкурсу на зайняття посади керівника державного, комунального закладу охорони здоров'я, затвердженого постановою КМ України 27.12.2017 № 1094. П. 3. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1094-2017-%D0%BF/print>

¹² Див., напр., пункт 3 Порядку проведення конкурсу на зайняття посади керівника державного, комунального закладу охорони здоров'я, затвердженого постановою КМ України» 27.12.2017 р. № 1094. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1094-2017-%D0%BF/print>

¹³ Це одна суперечність: співвідношення доброчесності та юридичної етики, які в законодавстві та практиці розглядаються спільно та окремо (як критерії). Закон «Про судоустрій» у ст. 83 встановлює такі критерії кваліфікаційного оцінювання суддів: (1) компетентність (професійна, особиста, соціальна тощо), (2) професійна етика та (3) доброчесність. Але в п. 19 ст. 79 Закону встановлюється, що Вища рада правосуддя (ВРП) може відмовити у внесенні Президентом України подання про призначення судді на посаду в разі обґрунтованого сумніву щодо відповідності кандидата *критерію* доброчесності чи професійної етики (поняття об'єднуються). Ще один приклад (для порівняння) – «Індикатори визначення невідповідності суддів (кандидатів на посаду судді) критеріям доброчесності та професійної етики», розроблені Громадською радою доброчесності (ГРД) (затвержені рішенням ГРД 11.01.2019 р. URL: https://grd.gov.ua/data/files/docs/indikatory_%2011.01.2019.pdf).

¹⁴ Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 02.06.2016 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1402-19/print>

Резюме

Бігун В.С. Доброчесність як юридичний термін і сенс.

Стаття подає огляд використання терміна «доброчесність» у нормативно-правових актах. Висвітлюються сфери використання (судочинство, наука і освіта, державна служба), визначення та окремі аспекти застосування.

Ключові слова: доброчесність, філософія права.

Резюме

Бігун В.С. Добропорядочность как юридический термин и смысл.

Статья представляет обзор использования термина «добропорядочность» в нормативно-правовых актах. Освещаются сферы использования (судопроизводство, наука и образование, государственная служба), дефиниции и отдельные аспекты применения.

Ключевые слова: добропорядочность, философия права.

Summary

Bihun V. Integrity (Dobrochesnist) as a Legal Term and Sense.

The article provides an overview of the use of the term *integrity (dobrochesnist – in Ukrainian)* in legal acts. It covers spheres of its usage (administration of justice, science and education, public service), definitions and certain aspects of legal application.

Key words: integrity and philosophy of law.

УДК 340.11

Н.І. БРОВКО

Наталія Іванівна Бровко, кандидат юридичних наук, доцент, доцент Білоцерківського національного аграрного університету

ORCID: 0000-0003-3525-2817

ПРАВОВЕ ВИХОВАННЯ ЯК ВИЗНАЧАЛЬНИЙ ФАКТОР ВЗАЄМОВІДНОСИН ЛЮДСЬКОЇ ОСОБИСТОСТІ ТА СОЦІУМУ

Розбудова України залежить від громадян із необхідним рівнем правосвідомості та правової культури, адже вони є тими чинниками, які сприяють становленню правової, соціальної та демократичної держави. Разом із тим трансформаційні процеси, які відбуваються в суспільстві, такі як економічна криза, неефективна державна політика, корупція в різних сферах суспільного життя призводять до втрати моральних і правових орієнтирів громадянами та до деформації їх правової свідомості, що є фактором соціальної нестабільності в суспільстві й державі. Сформувані у людській свідомості певні правомірні настанови, цілі, плани, наміри, які стануть орієнтирами повсякденного життя особистості, покликане правове виховання. Враховуючи важливість цього питання на даному етапі суспільного розвитку, філософсько-правове осмислення правового виховання як визначального фактору взаємовідносин людської особистості й соціуму є актуальним та необхідним.

Вивченням категорії правового виховання займалися різні вчені, досліджуючи його з позицій різних дисциплін: філософії, юриспруденції, соціології психології, педагогіки. Це свідчить про багатогранність даної категорії. У цьому контексті заслуговують на увагу праці таких відомих науковців: А.П. Гетьмана, О.Г. Данильяна, О.П. Дзьобаня, Ю.Ю. Калиновського, Л.М. Герасіної, Г.П. Клімової, І.І. Коваленка, В.О. Лозового, С.І. Максимова, О.В. Петришина, В.Я. Тація, М.П. Требін, С.В. Шефеля, Є.М. Мануйлова, Т.З. Гарасиміва, С.С. Алексєєва, В.В. Головченка та інших. Проте питання філософсько-правового осмислення даного явища, зокрема його впливу на правову свідомість та на формування особистості залишаються мало досліджуваними і в умовах трансформаційних процесів потребують ґрунтовного аналізу.

Метою статті є осмислення правового виховання, яке виступає визначальним фактором взаємовідносин особистості і соціуму.

Завданням є з'ясування впливу, яке здійснює правове виховання на особистість як активного члена соціуму.

Конституція зобов'язує кожного (тобто людську особу незалежно від віку, соціального статусу, майнового стану тощо)* неухильно додержуватися Конституції України та законів України, не посягати на права і свободи, честь і гідність інших людей та наголошує, що незнання законів не звільняє від юридичної відповідальності (ст. 68)¹.

У цьому контексті особливого значення, на наш погляд, набуває якісне та своєчасне правове виховання людської особистості з метою формування належної правової культури. Таке виховання має на меті надання особі необхідних юридичних знань для активної участі у життєдіяльності соціуму, форсування поваги до законів та стійке неприйняття антисоціальної і неправомірної поведінки. За змістом його можна визначити як постійно діючий та цілеспрямований процес впливу на правосвідомість людської особистості за допомогою сукупності заходів виховання, профілактики й державного примусу.

Метою правового виховання, зазначає М. Подберезський, мусить стати формування «людини правової», яка у свою чергу є фундатором правового суспільства. Саме громадянин, що дотримується правових норм, здатен стати запорукою поступального розвитку демократичної, правової держави та правового суспільства².

Причому, якщо мета правового виховання залежить від розуміння права, то спосіб досягнення цієї мети залежить від розуміння феномена виховання. Звідси слідує, що розуміння природи виховання є методологічною основою правового виховання.

Правове виховання є планомірним, керованим, організованим, систематичним і цілеспрямованим процесом впливу на свідомість, психологію громадян усією сукупністю багатоманітних правовиховних форм, засобів і методів, наявних у арсеналі сучасної правової діяльності. Метою зазвичай є формування в їх правосвідомості глибоких і стійких правових знань, переконань, потреб, цінностей, звичок правомірної поведінки. Воно покликане сформувати у свідомості людини певні правомірні настанови, цілі, плани, наміри, які стануть орієнтирами повсякденного життя особистості. Повага до права, ставлення до нього як до найвищої соціальної цінності, розуміння того, що тільки завдяки дієвим правовим нормам людина може реалізувати себе у соціумі, потреба та бажання дотримуватися правових приписів, прагнення бути законослухняним самому та вимагати цього від інших – ось основні компоненти, на які спрямовано правове виховання.

Правове виховання полягає в передачі, накопиченні й засвоєнні знань, принципів і норм права, а також у формуванні відповідного ставлення до права і практики його реалізації, умінні використовувати свої права, дотримуватися заборон і виконувати обов'язки. Звідси – необхідність в усвідомленому засвоєнні основних, потрібних положень законодавства, виробленні почуття глибокої поваги до права. Одержані знання повинні перетворитися на особисте переконання, міцну установку чітко слідувати правовим розпорядженням, а потім – внутрішню потребу дотримуватися вимог закону. Отже, правове виховання полягає в системі заходів, спрямованих на формування правових ідей, норм, принципів, що становлять цінності світової й національної правової культури. Таким чином, виникає нагальна потреба у вивченні самої структури правового виховання, її основних елементів та зв'язків між ними³.

Можна з упевненістю зазначити, що правове виховання ґрунтується на загальноновизначених принципах права та правової культури демократичного суспільства і здійснюється за допомогою загальних педагогічних та спеціальних методів, закладаючи у правосвідомість особистості складові суспільних правовідносин.

«Правова культура особистості, – зазначає О. Дзьобань, – характеризує рівень правової соціалізації члена суспільства, ступінь засвоєння й використання ним правових знань у державному й соціальному житті, Конституції й інших законів. Правова культура особистості означає не тільки знання й розуміння права, але й правові судження про нього як про соціальну цінність, а головне – активну роботу щодо його здійснення у царині зміцнення законності й правопорядку. Інакше кажучи, правова культура особистості – це позитивна правова свідомість у дії. Перетворення особистістю своїх здібностей і соціальних якостей на основі правового досвіду – її важлива складова частина. Культурний стиль правомірної поведінки характеризується сталістю дотримання принципів у повсякденному житті, специфікою вирішення життєвих проблем, що виражається в особливостях вибору варіанта правомірної поведінки в межах, які визначені нормами права»⁴.

Одним із показників рівня організації правового виховання й, відповідно – правової культури, в суспільстві є втілення у свідомість його членів філософсько-правової концепції, суть якої полягає в тому, що

* Прим. автора.

вчинення будь-якого правопорушення має наслідком не тільки пеналізацію*, а й потребує сатисфакції для особи, яка стала жертвою зазначених дій.

Яка ж роль правового виховання у формуванні особистості?

«Дитина народжується, – зауважує О. Баліцька, – як індивід, наділений від народження відповідними біологічними якостями (тобто нормальним людським організмом, включаючи мозок, що здатний до подальшого розвитку), людина стає особистістю по мірі засвоєння соціального досвіду в усіх його проявах: способів і засобів виробництва, духовної та правової культури, прийомів чуттєвого пізнання, абстрактного мислення тощо. Процес формування особистості починається з дня народження і є тривалим, складним, суперечливим, таким, що продовжується протягом усього життя людини. Особистість формується в процесі взаємодії людини з іншими людьми, навчання, виховання та самовиховання»⁵. Погоджуємось з даною думкою, стверджуючи, що формування особистості, її розвиток залежать не лише від спадковості, але значною мірою від того виховання, яке вона отримує та від того середовища, в якому буде розвиватись та досягати зрілості.

Правове виховання, являючи собою визначальний фактор взаємовідносин особистості та соціуму, ґрунтується на загально визначених принципах права: верховенстві права, справедливості, свободі, рівності, гуманізму, законності, добросовісності, які визначають становлення правосвідомої особистості. У будь-якому випадку правове виховання, маючи в собі аксіологічну складову, покликане захищати цінності буття.

Втілюючи у правосвідомість особистості те, що дозволено, не рекомендовано, заборонено чи підлягає громадському осуду, правове виховання своїми методами попереджає особу про можливість застосування до неї державного примусу у вигляді притягнення до юридичної відповідальності: дисциплінарної, адміністративної чи кримінальної.

Існують дискусії з приводу того, яка ж мета правового виховання. На нашу думку, правове виховання покликане сформувати у особистості розуміння власних вчинків, відповідальність за свої дії, усвідомлення невідворотності покарання за вчинення протиправних діянь. Особливий вплив правове виховання може здійснювати на ще остаточно не сформовану особистість неповнолітніх членів соціуму. Важливим при цьому є розуміння специфіки певної вікової категорії, яка полягає у тому, що молоді люди схильні розглядати право і закони як такі, що сковують та обмежують їх свободу, тому вважають за необхідне протидіяти їм. Такі молоді людські особистості потребують особливого підходу, застосування до них певних виховних заходів, особливо у разі вчинення ними правопорушень. Власне, застосування при цьому загальних педагогічних та спеціальних методів, на нашу думку, буде доречним.

Прикладом можуть бути: ознайомлення молодих людей з практикою правоохоронних органів, індивідуальні бесіди з особами, які схильні до вчинення або вчинили протиправні діяння. Важливим у правовому вихованні є власні приклади. Тому доречним буде залучення фахівців у галузі права, які б проводили тематичні заняття, семінари з правових питань, позашкільні заходи, конкурси, залучали молодь до виступів. Нині значну роль відіграють ЗМІ, тому використання їх для правового виховання підростаючого покоління є необхідним кроком. Зокрема, яскравим прикладом будуть слугувати публікації в ЗМІ з правових питань, у яких окреслюються ситуації, які траплялись з молоддю.

Повертаючись до мети правового виховання варто зазначити, що у цьому процесі важливим є вироблення у особи власної відповідальності за свої вчинки формування почуття сорому за негідні вчинки, не припинюючи при цьому особистість.

Таким чином, процес правового виховання дуже складний. Головне завдання його – знайти шлях до свідомості особистості, переконати її у необхідності дотриманні правових норм та приписів, надати їй необхідні правові знання, пояснити відповідальність, яка настане за вчинення правопорушень.

Важлива роль у цьому процесі належить не лише родині та навчальному закладу, а й державі, яка також повинна прагнути виховати правосвідомого громадянина.

Головним обов'язком держави є належне фінансове, матеріальне забезпечення та правовий захист особи. Зокрема, йдеться про охорону дитинства, материнства, батьківства, утримання та виховання дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування, реалізація права на освіту, гарантування рівності дітей у правах незалежно від походження, ефективного і доступного для всіх медичного обслуговування, гарантування права на достатній життєвий рівень та права на безпечне для життя і здоров'я довкілля.

Правами, які має держава при цьому, є право на вживання заходів державного примусу з питань припинення правопорушень з боку неповнолітніх та проти них, адміністративного впливу на юридичних осіб та громадські організації, дії яких негативно впливають на процес формування молоді особистості, застосування сучасних методів ресоціалізації неповнолітніх правопорушників, профілактика дитячої злочинності та боротьба з дитячою безпритульністю тощо.

Продовжуючи думку про вплив правового виховання на особистість, слід звернутись до результатів дослідження феномена відновлювального правосуддя, що було проведено Дж. Брайтвайтом. Він писав, що «одним з найпотужніших інструментів громадського контролю є почуття сорому, що буває різним: сором, що таврує та сором, який возз'єднує ... наше каральне правосуддя породжує відчуття сорому, що таврує. Людині навівають, що хибна не тільки її поведінка, але й вона сама є порочною, і це тавро не можна змити. У результаті правопорушнику, насамперед молодій людині, надзвичайно складно повернутися в суспільство: на ньому буде лежати тавро, і тому в результаті він зближується лише із собі подібними»⁶.

* Пеналізація – від лат. ропа – покарання (прим. автора).

Натомість, продовжує Дж. Брайтвйт, «сором, що возз'єднує, засуджує правопорушення, але не правопорушника, більш того, він дозволяє йому повернутися в суспільство. Визнаючи свою провину, відшкодовуючи завдані збитки, правопорушник, особливо якщо це молода людина, у якої все життя ще попереду, відновлює почуття власної гідності і домагається того, що громада бере його назад. Тобто, такий сором дозволяє використовувати правопорушення для виховання злочинця і зміцнення громади»⁷.

Погоджуємось з думкою Ю.Ю. Калиновського, що «правове виховання має певні можливості щодо створення ціннісних умов для самореалізації особистості як людини правової (формування правосвідомості та правової культури громадянина) та створює умови для майбутнього розвитку суб'єкта, які допоможуть йому балансувати між адаптованістю у суспільстві та встановленням автономності щодо подій та процесів, які відбуваються у правовій сфері»⁸.

Отже, метою правового виховання має бути не лише надання особі правових знань, а й виховання необхідності усвідомлення індивідом власної відповідальності за скоєне і потреби у відшкодуванні спричиненої шкоди.

Викладене, на наш погляд, дає змогу зробити певні висновки:

– по-перше, формування особистості – особливий процес соціального розвитку людини, який не є виключно процесом засвоєння знань, умінь, способів дій, а включає також становлення її як прав свідомого суб'єкта діяльності, члена соціуму, громадянина держави. Характерна особливість цього процесу – він є емоційно насиченим, нерідко творчим, проходить за умови свідомої діяльності індивіда, поєднуючи в собі як його індивідуальність та неповторність, так і загальнолюдські, суспільно значущі риси;

– правове виховання в контексті філософського осмислення визначається як процес формування автономної правової особистості, тобто соціально активної особистості з високим рівнем правової свідомості та правової культури. Розуміння сутності правового виховання залежить від розуміння як права, так і самого процесу виховання. Світоглядну основу правового виховання становлять усталені суспільно-культурні традиції, прийняті цінності та норми. Водночас правове виховання постає як засіб трансляції найбільш значущих правокультурних цінностей та ідеалів;

– сьогодні перед українською державою постає надважливе завдання, яке полягає у побудові національної системи правового виховання, до якої будуть залучені родина, навчальний заклад та соціум, що сприятиме удосконаленню усіх форм життєдіяльності людей, їх соціальній адаптації, підвищенню суспільної правосвідомості та правової культури.

¹ Конституція України : чинне законодавство станом на 3 берез. 2014 р. : (офіц. текст). Київ : ПАЛИВОДА А.В., 2014. 64 с.

² Подберезський М. Педагогічні аспекти правової соціалізації особистості. *Новий колегіум*. 2001. № 1–2. С. 40–44.

³ Філософія правового виховання : навч. посіб. / А.П. Гетьман, О.Г. Данильян, О.П. Дзьобань та ін.; за ред. А.П. Гетьмана, О.Г. Данильяна. Харків : Право, 2012. С. 27.

⁴ Дзьобань О.П. Вплив традицій на правосвідомість і правову культуру українства. *Правосвідомість і правова культура як базові чинники державотворчого процесу в Україні*: монографія / Л.М. Герасіна, О.Г. Данильян, О.П. Дзьобань та ін. Харків: Право, 2009. С. 22.

⁵ Баліцька О.П. Теоретичні підходи до типізації персоналу як однієї із основ кадрового менеджменту. *Міжнародна економіка та менеджмент*. Зовнішня торгівля: економіка, фінанси, право. 2013. № 4 (69). С. 54.

⁶ Braithwaite J. Crime, Shame and Reintegration: Some Reflections on Theory and Criminology / John Braithwaite, Published by Cambridge University Press, 1989. P. 54.

⁷ Там само. Р. 64.

⁸ Калиновський Ю.Ю. Взаємообумовленість правового виховання, правової культури та правосвідомості у соціальних відносинах. URL: https://cyberleninka.ru/article/v/vzaemoobumovlenist_pravovogo_vihovannya_pravovoyi_kulturi_ta_pravosvidomosti_u_sotsialnih_vidnosinah

Резюме

Бровко Н.І. Правове виховання як визначальний фактор взаємовідносин людської особистості та соціуму.

Стаття присвячена осмисленню правового виховання, що виступає визначальним фактором взаємовідносин особистості і соціуму. З'ясовано вплив, який здійснює правове виховання на особистість як активного члена соціуму.

Встановлено, що правове виховання ґрунтується на загальновизначених принципах права: верховенстві, справедливості, свободі, рівності, гуманізмі, законності, добросовісності, які визначають становлення правосвідомої особистості. Маючи в собі аксіологічну складову, правове виховання покликане захищати цінності буття людини.

Ключові слова: правове виховання, правосвідомість, особистість, формування правосвідомості, правова культура.

Резюме

Бровко Н.И. Правовое воспитание как определяющий фактор взаимоотношений человеческой личности и социума.

Статья посвящена осмыслению правового воспитания, выступающего определяющим фактором взаимоотношений личности и социума. Выяснено влияние, которое осуществляет правовое воспитание на личность как активного члена социума.

Установлено, что правовое воспитание основано на общепризнанных принципах права: верховенстве, справедливости, свободе, равенстве, гуманизме, законности, добросовестности, которые определяют процесс формирования правосознательной личности. Имея в себе аксиологическую составляющую, правовое воспитание призвано защищать ценности бытия человека.

Ключевые слова: правовое воспитание, правосознание, личность, формирование правосознания, правовая культура.

Summary

Brovko N. Legal education as a determination factor of relationship between human personality and society.

The article is devoted to comprehension of legal education, which acts as the determining factor of mutual relations of personality and society. The influence exercised by the legal education on the personality as an active member of the society is revealed.

It has been established that legal education is based on universally recognized principles of law: the rule of law, justice, freedom, equality, humanity, legality, and conscientiousness, which determine the formation of a legal personality. Having an axiological component, legal education is intended to protect the values of human existence.

Key words: legal education, legal consciousness, personality, formation of legal consciousness, legal culture.

УДК 340.15

О.Й. ВОВК

Олександр Йосипович Вовк, кандидат юридичних наук, доцент, доцент Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ORCID: 0000-0003-0094-6106

ДЖЕРЕЛА МІСЬКОГО ПРАВА ГЕТЬМАНЩИНИ ДРУГОЇ ПОЛОВИНИ XVII–XVIII СТОЛІТЬ: ІСТОРИКО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ

Теперішній стан розвитку господарства українських міст в сучасних соціальних умовах всеохоплюючої глобалізації вимагає безперервного удосконалення роботи органів самоврядування на основі науково обґрунтованого законодавства, яке повинно поставати з урахуванням попереднього досвіду функціонування вітчизняного міського права на всіх історичних етапах його застосування, одним із яких є козацько-гетьманська доба нового часу в Європі. Саме в цей період в містах Наддніпрянської України посилюються урбаністичні процеси в економічній, соціальній, політичній та культурній сферах. Тогочасні українські міста Гетьманщини другої половини XVII–XVIII ст. ст., як і західноєвропейські, притримуючись принципів місцевого самоврядування, все більше стають осередками оживлення демократії для всього суспільства.

Актуальність обраної теми обґрунтується тим, що хоча останнім часом окремі питання, пов'язані з аналізом правової системи України козацько-гетьманського періоду, розглядали у своїх працях такі вітчизняні та зарубіжні науковці, як В.Г. Балущок, О.І. Биркович, І.Й. Бойко, М.С. Булкат, К.А. Вислобоков, І.А. Грицьок, В.Д. Гончаренко, Т.Д. Гошко, О.І. Гуржій, О.Г. Дарнопих, Ю.Л. Дмитришин, А.Е. Заяць, І.М. Кісіль, М.М. Кобилецький, О.В. Коваленко, Н.В. Левченко, О.В. Макаренко, Т.О. Матвеева, О.М. Мироненко, В.В. Молдаван, К.В. Мануїлова, Т.О. Остапенко, Я.М. Падох, С.М. Пасічник, В.З. Прус, А.В. Резніков, К.І. Ровинська, Н.П. Сиза, І.М. Ситий, П.С. Сохань, І.Я. Терлюк, І.Б. Усенко, В.З. Ухач, М.Г. Хаустова, Л.В. Хомко, В.В. Цветков, Н.О. Чудик, Є.В. Шаломєєв, В.С. Шандра, Г.К. Швидько, О.О. Шевченко, Ю.С. Шемшученко, С.В. Щербина та інші, однак в історико-правовому аспекті дослідження сукупності джерел міського права українських міст Гетьманщини другої половини XVII–XVIII ст. ст. спеціально не проводилися.

Метою наукового дослідження даної статті є об'єктивне охарактеризування окремих, визначених видів джерел комплексної галузі міського права Гетьманщини другої половини XVII–XVIII ст. ст., змістовна характеристика яких забезпечить їх сприйняття на більш сучасному науковому рівні.

Протягом 1648 р. на підконтрольних козацтву українських землях та містах починає формуватися своєрідне державне об'єднання з притаманними йому інституціональними та субстанціональними ознаками, до яких слід віднести: органи держави, територію, кордони, населення тощо. Становлення особистої правової системи Гетьманщини з середини XVII ст. супроводжувалось внутрішніми змінами окремих галузей українського права взагалі та в галузі міського зокрема, яке мало різноманітні за своїм походженням джерела-форми права його зовнішнього вираження. Простір території Гетьманщини, що як державне утворення згідно з історичними документами мало офіційну назву «Військо Запорозьке», з середини XVII і до другої половини XVIII ст. постійно змінювався залежно від політичних обставин (то розширюючись, то зменшуючись). При цьому публічна влада держави поширювала свою юрисдикцію на все неоднорідне за соціальним становищем населення, яке проживало в містах, селах та інших населених пунктах. З політичних, міжнародних, історичних і географічних позицій Гетьманщина як держава ототожнювалася з її територією в умовних межах кордонів, тому територіальна ознака була одночасною ознакою тогочасного українського суспільства, що відповідає основним науковим постулатам теорії держави та права¹.

Так, коли розпочалася у 1648 р. визвольна війна українського народу проти Польщі, східний кордон, який розмежував Україну з Росією, було більш-менш встановлено. Від нього на українських землях поряд з польсько-литовським діяло й місцеве право². Українські міста у складі Речі Посполитою за своїм правовим

статусом поділялися на королівські, приватновласницькі та самоврядні, але протягом народно-визвольної війни категорія приватновласницьких міст зникає. Тільки в середині 80-х років XVII ст. відповідно до міжнародно-правових актів відбулося правове оформлення кордону між чотирма державними об'єднаннями: Річчю Посполитою, Гетьманщиною, Росією та Туреччиною. Згідно з трактатом про «Вічний мир» 26 квітня 1686 р. між Росією і Польщею досить чітко розмежувалися українські лівобережний і правобережний регіони, які мали риси практично автономних держав у складі різних великих державних утворень, з тією лише різницею, що Правобережжя юридично не відокремлювалося від Польщі (на противагу Лівобережжю, розмежованому з Росією)³. Однозначно з становленням територіального простору Гетьманщини змінювалась чисельність українських міст з правом самоврядування. Надалі протягом 100 років межі Гетьманщини залишалися майже незмінними, на території якої до найбільших міст та містечок з різним ступенем самоврядування слід віднести такі, як: Мглин, Попова Гора, Погар, Почеп, Стародуб, Новгород-Сіверський, Лоїв, Любеч, Седнів, Сосниця, Чернігів, Глухів, Гоголів, Короп, Батурин, Борзна, Конотоп, Кролевець, Ніжин, Остер, Козелець, Бровари, Вишгород, Київ, Васильків, Стайки, Кагарлик, Ічня, Прилуки, Биків, Яготин, Переяслав, Золотоноша, Кропивна, Іркліїв, Ромен, Лохвиця, Пирятин, Липове Городище, Лубни, Жовтін, Гадяч, Зіньків, Котельва, Опішня, Миргород, Хорол, Говтва, Кременчук, Коломак, Полтава, Нехвороща, Царичанка, Переволочна. До міст Гетьманщини XVIII ст. слід також додати ті, які постали до 1764 р., а саме: Нове Місто, Городня, Седнів, Ямпіль, Биків, Бориспіль, Яблунів, Горошин, Городище, Будища, Бельковська, Константинів. Суспільні відносини у вказаних містах регулювалися міським правом, яке мало свої специфічні джерела права.

Відповідно до даної теми в теоретико-правовому розумінні ми підтримуємо твердження вчених про те, що поняття «джерело права» потрібно розглядати в двох аспектах: 1) це зовнішня форма встановлення, форма вираження права; 2) надання норми правового змісту, Тому джерело права є зовнішньою формою об'єктивізації правової норми⁴. Сукупність джерел права Гетьманщини середини XVII – другої половини XVIII ст. ст., між якими існував зв'язок та взаємодія, являла собою визначену систему, що перебувала в постійному розвитку залежно від соціально-політичних змін, що відбувалися в державі та суспільстві. Міське право Гетьманщини на межі середньовіччя та нового часу доцільно розглядати як окрему найбільш виражену галузь українського права. На той час як у Західній Європі та і в Україні зміст міського права становили норми, що регулювали відносини між жителями міста, упорядковували організацію міського життя, що здійснювалося за принципом самоуправління, визначали права, свободи й обов'язки городян⁵. Загальнодержавні та локальні правові норми як джерела міського права регулювали суспільні відносини у сфері міського самоврядування українських міст, що були пов'язані з організацією і здійсненням влади міських громад.

У сучасному розумінні місцеве самоврядування (в тому числі міське. – авт.) являє собою специфічне соціальне явище, яке тісно пов'язане з державною владою, але відрізняється від останньої низкою ознак: по-перше, місцеве самоврядування – це особлива форма публічної влади, яка має принципово інший характер, ніж державна. Це влада підзаконна, яка діє в межах та у порядку, визначених законом; по-друге, місцеве самоврядування має особливий об'єкт управління, сфера його компетенції обмежена питаннями, які пов'язані із задоволенням повсякденних потреб населення тощо. По-третє, місцеве самоврядування – це публічна влада територіальної громади, вона має локально-просторовий характер, здійснюється в інтересах територіальної громади і функціонує лише в межах окремих адміністративно-територіальних одиниць⁶. Якщо дані дефініції місцевого самоврядування екстраполувати, намагаючись дати визначення однорідному соціально-правовому явищу другої половини XVII–XVIII ст. ст., то під міським самоврядуванням українських міст Гетьманщини слід розуміти закріплене правовими звичаями та упорядковане законодавством право та змогу міських громад самостійно вирішувати велике коло питань, що входять до їх визначених повноважень, за допомогою своїх представницьких самоврядних органів. Особливою рисою місцевого управління Гетьманщини було й те, що у системі механізму міських самоврядних органів і державних козацьких адміністрацій не діяв принцип поділу влади на законодавчу, виконавчу і судову, а скоріш за все була присутня взаємна кооперація та консолідація. Магістратські та ратушні самоврядні органи українських міст козацько-гетьманської доби як і у попередній польсько-литовській період, крім господарських функцій, виконували ще й судові повноваження, що було ще однією важливою особливістю вітчизняного міського самоврядування другої половини XVII–XVIII століть.

Міське право Гетьманщини потрібно розглядати вже як комплексну галузь права тому, що її норми дійсно регулювали суспільні відносини, що були предметом впливу, в сучасному розумінні, інших традиційних галузей публічного і приватного (адміністративного, цивільного, кримінального, процесуального тощо) права. Система джерел міського права Гетьманщини характеризувалася як одна із найбільш розгалужених порівняно з джерелами інших галузей права, що помітною мірою спричинило досить стабільне становище та розвиток міського самоврядування українських міст цієї частини України протягом другої половини XVII–XVIII століть.

Одним із найдавніших видів джерел міського права як у західноєвропейських, так і в українських містах до другої половини XVIII ст. залишалися правові звичаї, які сформувалися в період середньовіччя, коли міське право ліквідувало дію персонального принципу в праві та втілило в життя інший прогресивний принцип – територіальний, а саме, до якої б спільноти не належав член міської громади, він повинен був підкорятися нормам міського права⁷. Вітчизняні та зарубіжні науковці по-різному оцінюють значення звичаєвого

права в правовій системі Гетьманщини. Ми притримуємося того твердження, що за козацької – гетьманської доби звичаєве право виявило себе в самій державній організації та в чинності органів, створених на основах звичаєвого права. Держава та її органи і були пам'ятками звичаєвого права цієї доби. Важливу роль відіграло звичаєве право в українському судовому праві, як процесуальному, так і матеріальному, де воно виявилось в застосуванні судом норм звичаєвого права, часом проти або на заміну писаного закону⁸. Підтвердженням застосування правових звичаїв при правовому регулюванні суспільних відносин в сфері міського самоврядування українських міст Гетьманщини насамперед можуть слугувати історичні актові пам'ятки, які в науковій літературі прийнято поділяти на дві підгрупи: публічно-правові та приватноправові, перші з яких виникли внаслідок діяльності органів влади та управління, суду та інших адміністративних і громадських закладів. Особливість джерел цього виду визначається тим, що вони відображають історичну дійсність не в фактах, а в юридичних нормах, аналіз яких дає можливість історика робити висновки про політичний та економічний стан суспільства, розвиток соціальних процесів, культури, моралі, приватних відносин тощо⁹. Реальна дія міського звичаєвого права, норми якого формувалися протягом століть, підтверджується текстом королівських привілеїв Речі Посполитої українським містам Лівобережної України кінця XVI – першої половини XVII ст. ст., що залишалися чинними протягом всього періоду державницької еволюції Гетьманщини. Так, у Привілеї на магдебургію місту Стародубу від 15 лютого 1620 р. король Сигізмунд III, надаючи наказ самоврядним міським урядникам, зазначав, що вони повинні виконувати «... всі справи міські навколо течії права магдебурзького, попередніх звичаїв наших Великого князівства Литовського, служити і правувати мають, винних карати і справедливості поточну та нагальну так міщанам стародубським і всім людям чинити повинні будуть»¹⁰. Тобто, з даного положення видно, що посадовці органу самоврядування повинні керуватися в своїй роботі як збірниками магдебурзького права, так і звичаєвим правом. З інших привілеїв конкретно видно, що насамперед міським звичаєвим правом регулювалися: а) відносини, пов'язані з організацією та проведенням ярмарок у містах; б) встановлення повинностей та торгового мита. Це підтверджується, наприклад, Привілеєм Сигізмунда III місту Гоголеву на магдебургію від 26 лютого 1625 р., де зазначено: «До котрого то міста Гоголева навколо звичаю вольності посполитої, на ярмарки до торгу купців і всім людям обивателям панств наших, і чужоземцям вільно з товарами всілякими товарами і приїжджати, торгувати, продавати і купувати і всілякими речами гедлювати...» і далі по тексту: «... несуть мито торгове по обичаю таких міст...»¹¹. Аналогічні положення з посиланням на міські звичаї закріплені також у Привілеї на магдебургію місту Лубнам (Олександрову) 20 березня 1592 р.¹², Привілеї на магдебургію місту Стародубу 15 лютого 1620 р.¹³, Привілеї на магдебургію містечку Липове Городище від 5 березня 1625 р.¹⁴, Привілеї місту Чернігову від короля польського Яна Казимира 1 липня 1650 р.¹⁵ та інших. Наступними історичними публічними пам'ятками, де зафіксовано застосування правових звичаїв в українських містах Гетьманщини, є гетьманські універсали. Так, в Універсалі Богдана Хмельницького про затвердження Івана Скриндера чернігівським війтом від 8 листопада 1649 р. записано: «... повагою нашою гетьманською за войта и дозорця міста його кор. мил. Чернігова постановляємо і стверджуємо його, которого уряду має заживати і держати аж до живота, як право те звичай свій має»¹⁶, тобто, в нашому розумінні, війт повинен за звичаєвим правом займати свою посаду пожиттєво. В іншому Універсалі Богдана Хмельницького про заборону чинити утиски ніжинським міщанам від 1 серпня 1650 р. гетьман попереджає, що хто наважиться, порушуючи звичаї («важилсе над слушности и звичаи...»), чинити прикrostі та уряд міський зневажати, буде покараний смертю через повішення («на горле карань будет»)»¹⁷. Посилання на міські правові звичаї ми знаходимо також в універсалах наступних гетьманів. Наприклад, в Універсалі Якіма Сомка Козелецькому кушнірському цеху про підтвердження прав і привілеїв від 2 квітня 1663 р., де йдеться про повноваження цехової громади, буквально записано: «... і всілякого брата цеху того кушнірського непослушного вони повинні будуть, навколо стародавніх своїх звичаїв и права карати виною...»¹⁸. В Універсалі Івана Самойловича про права іноземних купців в Україні та про розміри мита, встановленого на товари, які ними ввозяться до України, від грудня 1673 р., цікаво сказано про те, що саме згідно з нормами звичаєвого права визначається розмір податків за торгівлю в містах купцям: «... і тут в городах, купленими і проданими речами вищеописаними торгуючи, аби від належних товарів своїх на ярмарках, згідно давнього звичаю, без відмови і всякого супротиву, ... віддавали індуковану повинність наказуємо»¹⁹. Також І. Самойлович іншим своїм Універсалом про надання на переяславський магістрат броварської скупщини від 7 квітня 1673 р. спирається на звичаєве право при встановленні дозволу міщанам на варіння пива: «... і згідно давнього звичаю з ратуша квит собі та те брати, пильно упоминаєм і приказуємо»²⁰. Далі саме до звичаю міського стародавнього апелює той же гетьман І. Самойлович 23 березня 1680 р. у своєму Універсалові про надання місту Переяславу на 1680 р. прибутків з горілчаних, дьогтьових та тютюнових міських шинків, зі заборонаю шинкування горілкою козакам²¹. Посилання до міських правових звичаїв можна знайти також в інших актах автономної влади Гетьманщини, але у цих публічних документах автором даної роботи їх було знайдено не так багато, як сподівалось, хоча, звичайно, не всі універсали, які дійшли до нашого часу, були в його розпорядженні. Більше, на наш погляд, згадок про застосування міських правових звичаїв є в муніципальних судових декретах, присудах і постановах козацько-гетьманської доби.

Поза всі наукові погляди про роль та значення правових звичаїв в судовому процесі магістратських судів, автор роботи поділяє твердження Д. Багалія, що тогочасні судді виходили безпосередньо з народного гурту і знали краще народні звичаї, ніж закон, та будучи суддями сумління й переконання, готові були прихилитися на бік звичаю коли між ним та законом виникало протиріччя²².

Ми також вважаємо, що конкретні приклади з судових справ, наведені в дослідженні Д. Багалієм, дійсно свідчать про застосування правових звичаїв в кримінальному та цивільному процесах міських судів Гетьманщини²³ і нам немає сенсу їх повторювати. І, нарешті, посилання на матеріальні та процесуальні міські правові звичаї перебувають у чинних збірниках магдебурзького права та Правах за якими судиться малоросійський народ. Так, у збірнику Варфоломея Гроїцького «Порядок судовий у справах міських права магдебурзького» 1559 р., що продовжував найчастіше використовуватися міськими самоврядними органами України XVII–XVIII ст. ст., знаходимо поняття: «звичаю купівлі-продажу нерухомого майна»²⁴; «звичаю приводу свідка»²⁵ тощо. У кодифікованому українському зібранні законів «Права за якими судиться малоросійський народ» 1743 р. під п. 2, артикулу 4, Глави 26 зазначено: «Магістратські вряники, кількісним числом їх в якому місті звичаєм буває, повинні щоденно сходячись в ратуші мати совість і старання про всілякий добрий стан міський»²⁶, тобто, число міських урядовців визначалася не законом, а звичаєвим правом. До приватноправових документів де можна знайти посилання на міські правові звичаї козацько-гетьманської доби, належать: тестаменти, купчі записи, будівельні контракти, описи розподілу майна міщан тощо.

Протягом другої половини XVII–XVIII ст. ст. міщанство продовжувало в основному зберігати у Гетьманщині свої попередні правні позиції, причому більші міста регулювали свої відносини за магдебурзьким правом²⁷. Юридичною основою міського самоврядування українських міст за магдебурзьким зразком насамперед були правові документи, які в у вітчизняній та зарубіжній історико-правовій літературі прийнято називати локаційними привілеями або грамотами, що надавалися монархами населеним пунктам України починаючи з XIV століття.

Саме сукупність локаційних привілеїв (локацій) ми розглядаємо як одне із основних офіційних джерел міського права Гетьманщини. Взагалі латинське слово «locatio» має декілька значень та перекладається українською мовою як «розміщую, розташовую, поміщаю, оселяю», а в сенсі міського права як початкове значення – закладаю нове місто. У наукових роботах зустрічається декілька класифікацій документальних локаційних привілеїв містам, з яких найбільш поширена і проста – це їх загальний поділ на правові та просторові локації. Крім того, автор підтримує Т.Д. Гошко в її більш детальному та конкретному поділі міських локацій XVI–XVII ст. ст. на сім груп, а саме: 1) королівські привілеї містам на магдебурзьке право; 2) для приватних міст, привілеї їх власників на магдебурзьке право та королівські грамоти із підтвердженням правомірності; 3) привілеї окремим особам на вїтївство; 4) привілеї, які вже в рамках запровадженого самоврядування уточнювали взаємини міщан з іншими категоріями міських жителів, представниками державного та місцевого управління, церквою; 5) грамоти, що розширювали спектр дарованих міщанам привілеїв; 6) привілеї, які підтверджували магдебургію (з корективами обсягу самоврядування чи без таких коректив); 7) привілеї, що компенсують втрати представників місцевої влади через використання норм магдебурзького права²⁸. Що стосується періоду Гетьманщини другої половини XVII–XVIII ст. ст., то ми вважаємо за доцільне ще один розподіл локаційних привілеїв (грамот) на дві визначені групи: а) привілеї попередньої литовсько-польської доби, які були визнані новою владою чинними; б) привілеї у вигляді актів гетьманської влади²⁹. До першої групи можна віднести королівські просторові локації, які стосувалися надання або підтвердження кожному конкретному місту магдебурзького права, а саме: Привілей місту Переяславу на магдебурзьке право Стефана Баторія 1585 р.; Привілей на магдебургію місту Лубнам (Олександрову) Сигізмунда III 20 листопада 1592 р.; Привілей на магдебургію Сигізмунда III 6 грудня 1620 р.; Привілей Сигізмунда III на магдебургію Чернігову 4 квітня 1623 р.; Привілей Сигізмунда III місту Гоголеву на магдебургію 26 лютого 1625 р.; Привілей Сигізмунда III містечку Стародубу на магдебурзьке право 27 травня 1625 р.; Привілей Сигізмунда III місту Мглину на магдебургію 26 березня 1626 р.; Привілей Сигізмунда III Миргороду на магдебургію 10 травня 1631 р.; Грамота Владислава IV місту Переяславу на магдебургію 7 березня 1633 р.; Привілей Владислава IV місту Кролевецю на магдебургію 7 березня 1633 р. тощо [8]. Виключне, на наш погляд, місце серед локацій займає «Привілей місту Чернігову від короля польського Яна Казимира, яким король року 1650 липня 1-го підтверджує обмежування Чернігівських земель і встановлює три ярмарки»³⁰ тому, що, по-перше, цей документ наданий вже в розпал народно-визвольної війни, коли Чернігів знаходився на території проголошеної Гетьманщини (Війська Запорозького) гетьмана Богдана Хмельницького, а, по-друге, даний привілей, вручений чернігівській громаді, підтверджував, що місто продовжує перебувати у сфері впливу влади Речі Посполитої. За своєю загальною структурою більшість перелічених вище локаційних привілеїв подібні між собою. Насамперед у кожному привілеї (офіційно – «листі») присутня, в різних варіаціях, формула про надання місту магдебурзького права, наприклад: «... надаємъ право Немецкое называемое Майдебурское, зо со всякою волностю порядком ы владою таковою и ничим намней не отменною...»³¹, «... право Магдеборское и вольность местъскую надаемъ»³², «... местечку своему дедичному Гоголеву названому въ воеводстве Киевскомъ лежачому право Магдебурское отдати»³³ тощо. Усі міські привілеї підписувалися королем Речі Посполитої, скріплювалися коронною печаткою, оригінал передавався вїту магістрату, а копія залишалася в державному архіві Коронної метрики. Проте в тексті кожного міського привілею були свої відмінності відповідно до того, який обсяг повноважень просить у короля та чи інша міська громада або від того, які пожалування вважає за доцільне надати містові королівська влада в кожному конкретному випадку. До другої групи насамперед входять локації у вигляді гетьманських універсалів, починаючи з правління Богдана Хмельницького і до Кирила Розумовського включно. Так, гетьман Б. Хмельницький (1648–1657), формально визнаючи юридичну силу королівських локаційних привілеїв українським містам, видавав універсали, які в основному підтримували адміністративно-господарські вже встановлені порядки самоврядних міст як Правобережної,

так і Лівобережної України, що підтверджується універсалами: Про затвердження Івана Скандера чернігівським війтом від 8 листопада 1649 р.³⁴; Про заборону чинити утиски ніжинським міщанам від 1 листопада 1650 р.³⁵; Про залишення міщанам Козельця міських прибутків від 10 жовтня 1656 р.³⁶ тощо. Активна законодавча практика підтвердження гетьманськими універсалами магдебурзького права українським містам, на наш погляд, продовжується саме за гетьмана І. Брюховецького (1663–1668 рр.), а прикладом можуть бути наступні акти: Універсал про підтвердження давніх прав і володінь міста Чернігова, наданих польськими королями та українськими гетьманами від 7 липня 1663 р.³⁷; універсал про підтвердження місту Козельцю магдебурзького права від 8 липня 1663 р.³⁸; Універсал місту Ніжину на магдебурзьке право від 23 березня 1664 року³⁹. Слід зазначити, що за правління І. Брюховецького 22 жовтня 1665 р. були укладені так звані Московські договірні статті, де у пункті 10 вперше конкретно зафіксовано: «По указу великого государя, його царської пресвітлої величності, привілеї королівські міщанам на право магдебурзьке дані, гетьман відібравши у міщан подав у Приказ Малої Росії. І великий государ, його царської пресвітлої величності, ці статті слухав, вказав їм на право магдебурзьке дати свої государеві жалувані грамоти супроти їх привілеїв»⁴⁰. Себто, згідно цього документа, російський цар Олексій Михайлович таким чином підтвердив українським містам самоврядування за магдебурзьким правом. А вже 3 грудня 1665 р. своїм Універсалом І. Брюховецький повідомляє про надання царем місту Погару магдебурзького права⁴¹, якого раніше в нього не було за королів польських. У вказаних та інших локаційних універсалах І. Брюховецький звертається насамперед до своїх військових адміністраторів – полковників, сотників, міських отаманів, повідомляючи їм факт підтвердження містам магдебурзького права з наказом не порушувати самоврядних порядків, а потім вже – з вітанням до міщан. У своїх правових актах гетьман Д. Многогрішний не тільки стверджував окремим містам магдебурґію, але вже в рамках наданого самоврядування, уточнював соціально-економічні повноваження, наприклад, в Універсалі стародубським міщанам про підтвердження магдебурзького права, прав на прибутки з двох млинів під містом Стародубом на річці Бабинці і в селі Глазукові на річці Ваблі та про надання на міські потреби Шаршовицького млина на річці Росусі від 21 липня 1668 року⁴². Через декілька років гетьман І. Самойлович своїм підтверджувальним універсалом на магдебурзьке право місту Стародубу⁴³, крім того всього, передає до господарського відання міського магістрату ще більше млинів та додатково звільняє стародубських міщан від торгового мита. Під час свого гетьманства І. Мазепа (1687–1708 рр.) також надавав універсали, які підвереджували власність і територіальну юрисдикцію міських магістратів, торгові мита на користь міського господарства та визначав правовий статус міських цехів. Прикладом цього можуть слугувати наступні універсали: Про підтвердження права міста Чернігова на село Петрушевичі, на перевіз на річці Десні, млин на річці Білоус та млин на річці Стрижень від 17 вересня 1687 р.⁴⁴; Про сплату мита мешканцям Києва на товари, що ввозяться та вивозяться з країни від 10 листопада 1699 р.⁴⁵; Оборонний універсал коропському ковальському цеху, від 19 серпня 1707 р.⁴⁶ тощо. Саме таку політику у сфері міського самоврядування своїми універсалами проводили наступні гетьмани І. Скоропадський (1708–1722 рр.) та Д. Апостол (1727–1734 рр.). Відомо, що за останнього гетьмана Гетьманщини К. Розумовського (1750–1764 рр.) було видано два значущі локаційні універсали просторового характеру: Про підтвердження магдебурзького права місту Полтаві від 25 серпня 1752 р.⁴⁷; Про відновлення діяльності магістрату міста Новгород-Сіверська від 17 листопада 1752 року⁴⁸. Наступні універсали К. Розумовського цим та іншим містам Гетьманщини переважно стосувалися надання окремим особам права на вїтівство. Взагалі за своїм змістом всі гетьманські локаційні універсали другої половини XVII–XVIII ст. ст. здебільшого підтверджували магдебурзьке право містам на самоврядування та упорядковували їх соціально-економічне становище.

До наступного виду джерел міського права Гетьманщини належать так звані збірники з магдебурзького права, які вмішували в собі, крім положень з організації міського самоврядування, також норми цивільного, кримінального, процесуального права, на які спиралися магістратські та ратушні урядовці при вирішенні судових справ. Справа в тому, органи міського самоврядування Гетьманщини мали більш широке коло призначень, ніж сучасні міські ради. Разом з адміністративними, господарськими, фінансовими, земельними, торговельними, поліцейськими, охоронними повноваженнями магістрати та ратуші виконували також судові функції з відправлення правосуддя, які надавалися їм локаційними грамотами, оскільки на той час у містах з магдебурзькою моделлю самоврядування не могло бути строгого розподілу між адміністративною і судовою практикою. Детально досліджуючи самоврядування українських міст, М. Володимирський-Буданов зазначає, що до складу суддів входили також всі члени магістрату⁴⁹. Та далі він наводить приклад, що до остерського магістратського суду входили вїт, бургомістр, старші і молодші радці, а також сотник, міський отаман і, нарешті, інколи в ньому засідали міщанські урядники⁵⁰. З магістрацьких книг, судових декретів, протоколів та інших правових пам'яток другої половини XVII–XVIII ст. ст., які дійшли до нашого часу, видно, що найуживанішими збірниками з магдебурзького права в магістратах українських міст були так звані три ручні книги. До найдавнішої з них належить «Зерцало саксонів» (латинською мовою), видане Миколою Яскером при Сигізмунді I в Кракові у 1535 р. під назвою: «Juris provincialis, quod Speculum Saxonum». Це джерело міського права складалося з п'яти частин: 1) «Speculum Saxonum» – три книги; 2) «Jus municipale Magdeburgense» – 140 артикулів; 3) «Promtuarium Juris provincialis Saxonici» – словник юридичних термінів; 4) «Squitur formula proussus» – різні судові випадки латинською мовою; «Statuta serenissimis domini Sgismundi primi» – статuti королів і великих князів литовських⁵¹. Друга книга – це переклад «Speculum Saxonum» польською мовою під загальною назвою «Saxon, sev Prava Polski Maydeburkiy nasyzwace Speculum Saxonum», виданий Павлом Щербичем у 1581 р., що складається з трьох частин⁵². Третьою керівною книгою з

магдебурзького права в містах України вважався «Porządek Sądow u spraw mieyskich prawa maydeburskiego» Варфоломея Гроїцького 1558–1573 рр. у восьми (шість польською та дві латинською мовами) частинах: 1) «Porządek Sądow u spraw mieyskich»; 2) «Artikyly prawa Maydeburskiego...»; 3) «Postempek wibrany iest z Prawie Cesarskich...»; 4) «Ustawa Placey u Sądow w Praw Maydeburskim...»; 5) «Rejestr do Porządku i do Artikulow prawa Maydeburskiego u Cesarskiego»; 6) «Tytuły Prawa Maydeburskiego do Porządku u do Artikulow pierwey po polsku wudanych»; 7) «Enchiridion aliqot lokorum communium Juris Magdeburgensis...»; 8) «Abrogatio et moderatio abusum suptuum...»⁵³. Ми повністю поділяємо думку А.Ф. Кістяківського про те, що саме ці перелічені твори призначалися, з одного боку, керівництвом для вивчення системи магдебурзького права, а, з другого, були тими законними книгами, свого роду кодексами, на які судді Польщі та Литви, а з часом і України постійно посилалися в своїх рішеннях⁵⁴. Крім того, ми вважаємо, що найчастіше магістратські урядовці саме українських міст використовували при вирішенні поточних справ такі збірники, як Зерцало Саксонів («Speculum Saxorum»), Артикули права магдебурзького («Artikyly prawa Maydeburskiego») та Порядок судовий у справах міських права магдебурзького («Porządek Sądow u spraw mieyskich Prawa Maydeburskiego»). Так, суто міського (муніципального, в сучасному розумінні) права стосуються норми Зерцала Саксонів («Saxon, sev Prava Polski Maydeburškiy nasyzwące Speculum Saxorum») Павла Щербича, що вміщені у третій частині цього збірника під назвою Право Хелмінське, де в першій книзі йдеться про порядок обрання вїта, бургомістрів, радців та про їх обов'язки, а в другій викладено положення про лавників, їх обрання, здійснення ними своїх обов'язків та про спосіб виробництва в суді⁵⁵. Все ж таки, за твердженням вітчизняних науковців, потрібно зазначити, що проблеми суду займають в Зерцалі Саксонів панівне місце, насамперед при вирішенні питань, як захистити свої права, якими потрібно забезпечити себе доказами для охорони своїх прав, до якого суду слід звернутися, як вести процес, щоб не зазнати збитків. Усім цим питанням воно приділяло максимальну увагу⁵⁶. Збірник «Артикули права магдебурзького», видання 1560 р., за своєю структурою складається з 31 розділу, що поділені, як правило, на окремі постанови⁵⁷. Найбільший інтерес для характеристики судових повноважень магістратів являє собою Розділ XXII «Про суддів і про відправлення правосуддя», що поділений на 31 постанову. У пунктах постанов переважно вказуються принципи та порядок належної реалізації судових функцій, а саме: суддя повинен судити відповідно до писаного права, а у випадках, коли недостатньо постанов магдебурзького права, то повинен застосовувати право імперське (римське) (п. 1); ніхто не повинен бути сам собі суддею (п. 3); справа повинна бути закінчена в тому суді, де почата (п. 5); суддя повинен вирішувати справу без зайвої поспішності, за винятком справ за гарячими слідами (п. 10); судді повинні відстоювати інтереси слабких (п. 16); не можна судити на основі недоведених припущень (п. 20); судді та лавники повинні судити, будучи у тверезому стані (п. 21); суддя не повинен збільшувати не зменшувати покладеного за правом покарання (п. 22)⁵⁸ тощо. «Порядок судовий у справах міських права магдебурзького» 1559 р. складений з чотирьох частин, кожна з яких поділена на титули. У частині першій йдеться про осіб як суб'єктів процесу, в частині другій – про відмінність міщанських судів, у третій частині – про порядок судовиробництва, у четвертій – про покарання злочинців⁵⁹. Так, у Частині I вміщені наступні титули, які визначають судові функції: міщанської ради (т. 4); райців (т. 5); вїта (т. 7); присяжних (шеффенах) (т. 13); міського писаря (т. 14); подвойського (т. 35); ката (т. 41)⁶⁰ тощо. Все ж таки слід зазначити, що хоча вказані вище збірники з магдебурзького права вважалися авторитетними, фактично чинними нормативними актами у міському самоврядуванні, але за твердженням більшості науковців вони юридичного закріплення урядовою владою (імператорською, королівською, великокняжою) так і не отримали. Саме ще й через цей факт доцільно виділяти їх в самостійну групу джерел міського права. Важливим є те, що за гетьмана Данила Апостола протягом 1728–1735 рр. Кодифікаційною комісією вказані вище збірники повністю або частково були перекладені з польської, латинської та німецької на тогочасну канцелярську російську мову. Так, у 1732 р. був підготовлений переклад «Зерцала Саксонів або право саксонське й магдебурзьке», а у 1735 р. завершився переклад збірників «Право Хелмінське» та «Право громадське магдебурзьке»⁶¹, які також можна віднести до джерел міського права Гетьманщини.

Серед офіційних законодавчих актів як джерела міського права Гетьманщини на особливому місті продовжував залишатися Литовський статут 1588 р., в якому, як і в попередніх литовсько-руських статутних зводах XVI ст., більшість положень цивільно-правового, кримінального, процесуального змісту стосувалася представників всіх верств населення, включаючи міщан, причому без конкретної вказівки на стану належність в артикулах, але були й такі (біля 20 артикулів), які безпосередньо торкалися правових інтересів міських мешканців. Литовський статут 1588 р. своїми дозвільними положеннями підтримував право підданих на здобуття міського громадянства, сприяв подальшому кількісному збільшенню населення міст за рахунок новоприбулих людей, серед яких також були досить безправні особи (без певних занять, бродяги, бігли панські люди, потерпілі від голодоморів тощо), які мали підстави увійти до міських громад. З окремих постанов видно, що Литовський статут 1588 р. сприяв розвитку торгівлі в містах. Так, положення 9 арт. XIV розділу «Для спокою посполитого перепона від злодійства» визначали місця й правила торгівлі в містах, містечках та торгах, а головне – зобов'язували, щоб важливі цивільно-правові угоди фіксувалися позаяк в міських самоврядних органах: «... хто продасть або проміняє, якщо те на торгу сталося, відразу ж до вряду, замку або двору нашого або до вряду нашого міського, особливо, де є право магдебурзьке [йти має]... А хто купив, випси собі взяти має»⁶². Важливе значення для розвитку міської торгівлі та ремесла мало встановлення єдиних для всієї держави еталонів виміру про що й було зазначено в 36 арт. III розділу «Про міри і лікті, аби були рівні, і ціна напоям і продуктам стравним була встановлена через вряду гродський», наприклад:

«Уставуємо, аби в місті нашому столичному Віденському і в кожному місті нашому панства нашого, Великого князівства Литовського, як у привілейованих містах, так і у менших містечках, також у містах князівських, панських, духовних і світських, і в домах гостинних, на дорогах, на торгах і без торгів збіжжя всяке продавалося мірою однаково рівною»⁶³. Окреме місце в Литовському статуті 1588 р. займали артикули, в яких визначалась організація суду та судове провадження, завданням якого було неупереджене розслідування і судовий розгляд справ. Норми про судоустрій та судочинство зустрічаються у всьому текстові Литовського статуту 1588 р., але найбільше їх зосереджено в Розділі IV «Про суддів і про суди», деякі з яких спеціально стосуються відправлення правосуддя в містах всіх категорій. Із таких положень нас цікавлять ті, сторонами процесу в яких були саме міщани. Наприклад, у 28 арт. IV розділу «Про кривди гостям приїжджим чужоземцям» визначається підсудність для міщан за злочини проти чужоземців: «... а міщан, проста людина, – без років, не відволікаючись нічим, повинен судитися за наказом перед нами, перед воеводами і врядниками нашими, замковими і двірними, а міщани, що мешкають під магдебурзьким правом, – перед місцевим врядом»⁶⁴, тобто, кримінальні справи міщан за злочин проти чужоземця рядових міст розглядалися державними судами, а міщан в містах з магдебурзьким правом – в магістратських лавних судах. У другій половині XVII – першій половині XVIII ст. ст. Литовський статут 1588 р. зазнав ще п'ять перевидань – 1614 р., 1619 р., 1648 р. 1691 р. та 1744 року. Треба думати, що разом з першими екземплярами всі ці наступні перевидання, вже польською мовою, діяли майже у всіх містах України. У міському самоврядуванні чинність Литовського статуту 1588 р. періоду Гетьманщини підтверджується численними архівними даними, насамперед магістратськими та судовими історико-правовими документами.

Збірники законодавства автономної влади Гетьманщини репрезентують собою окремих, ще один вид вітчизняних джерел міського права. Насамперед потрібно зазначити, що на відміну від деяких західноєвропейських держав нового часу окремого закону про організацію органів міського самоврядування в Гетьманщині так і не було прийнято, а норми міського права були розпорошені по різних правових актах, включаючи насамперед такі значущі збірники українського законодавства, як «Інструкція судам» 13 липня 1730 р., «Процес короткий приказний» 17 серпня 1734 р. та «Права за якими судиться малоросійський народ» 1743 року. Взагалі, Інструкція судам 1730 р., що була ухвалена гетьманом Данилом Апостолом, в основному регламентувала організацію та функціонування державних козацьких судів (полкових, сотенних, сільських), але окремі її положення стосувалися також діяльності магістратів. Так, п. 14 Інструкції включав постанову, згідно з якою: «Сотники та городові в містах де магістратів немає та урядники де магістрати є, мають видавати на вимоги людей магістратські купчі записи з продажу ґрунтів знатних, великої суми; також протести та духовні записи складати і видавати по правам, без хабарів, противних праву»⁶⁵. Процес короткий приказний 1734 р. як збірник здебільшого процесуальних норм, крім всього іншого, наказував в обов'язковому порядку у полкових, магістратських та сотенних канцеляріях завести дві книги протокольні – одну книгу висхідної документації («исходящих доношеній іли писемь») до вищестоящих органів, а другу книгу вхідної документації («приходящих доношеній іли писемь») для чолобитників та вказував порядок ведення цих книг⁶⁶. Майже у всіх главах «Прав за якими судиться малоросійський народ» 1743 р. розміщені норми права, які стосуються правового становища мешканців міст (міщан), їх відповідальності за порушення договорів та за скоєння злочинів, зокрема у гл. 2 арт. 6; гл. 3, арт. 2 п. 8, арт. 7 п. 9, артикул 10 п. 1, 4, 5; гл. 4 арт. 1, 13 п. 4; гл. 5 арт. 1 п. 4, арт. 20 п. 2; гл. 7; гл. 8 арт. 2 п. 1; гл. 14 арт. 3, 4, 8, 9 п. 1; гл. 16 арт. 49; гл. 20 арт. 19 п. 3; гл. 21 арт. 2, 3, 4, 5; гл. 22 арт. 5; гл. 24 арт. 4; гл. 26; гл. 28 арт. 1⁶⁷. Найбільший інтерес для дослідження міського права Гетьманщини являє собою Глава 26 «О магистрате или уряде гродскомъ упривиліюванихъ и другихъ меншихъ городоувъ, о судахъ градскихъ и о другихъ должностяхъ»⁶⁸. За своєю структурою вказана глава складається із шести артикулів, поділених на окремі за нумерацією тридцять 34 пункти, які вміщували наступні положення: про вибори до магістрату та його склад у містах з привілейним правом самоврядування; про вибори урядників до ратуші та її склад в непривілейних містах; про допоміжний склад урядників у магістратах та ратушах; про склад магістратського («градского») суду та про організацію судочинства; про судові книги; про апеляції; про скарги на вйтів та інших урядників; відповідальність за порушення імунітету вйта та інших міських урядників; відповідальність за порушення порядку в судовому засіданні; права й обов'язки вйта та інших магістратських урядників в міському самоврядуванні; про дотримання стандартних вимірів ваги та довжини; про встановлення ціни на хліб; про організацію міських розваг; про належний порядок в шинках; про міські прибутки та витрати; про контроль над міськими цехами; про господарський порядок у містах містами (утримання в належному стані мостів, вулиць, дворів тощо); про протипожежну безпеку⁶⁹. До кандидатів на головні посади міста встановлювалося особливі вимоги, а саме: вони повинні походити зі знатних міщан; постійно проживати у місті; мати такі моральні якості, як совісність, розсудливість, добронравність; мали освіту; бути законородженими; розбиратися в праві; за віком не молодші 25 та не старше 70 років; мали середній матеріальний достаток. Не допускалися до виборів на міські посади лихварі, перелюбодії, іновірці (нехристияни) та іноземці тощо. Відповідно до «Прав за якими судиться малоросійський народ» 1743 р. в магістратських містах головними виборними членами повинні бути: вйт, бургомістри, райці та лавники, а в ратушних містах – тільки вйт та три бургомістри. До складу рядового штату урядовців у магістратських та ратушних містах належали: писар, межових (земельних) справ комісар або межовик та підмежовик, городничий, один або два возних, які також обиралися. За новими положеннями «Прав за якими судиться малоросійський народ» 1743 р. до магістратського суду повинен входити вйт та не менше п'яти вказаних вище персон (бургомістри, райці та лавники), а до ратушного – не менше трьох пер-

сон саме для вирішення чолобитних і кримінальних справ, які б виносили рішення та вироки тільки згідно з артикулами. Відповідно до артикулів Глави сьомої «О судахъ, судяихъ и другихъ персонахъ к суду надлежащихъ, и о содержаніи правного порядка в делахъ судебныхъ»⁷⁰, за скоєння злочинів проти суддів та суду винні підлягали суровим покаранням. Незважаючи на те, що царська адміністрація Росії не поспішала із введенням збірника в дію, тексти «Прав за якими судиться малоросійський народ» 1743 р. поширювалися в Україні у вигляді рукописних списків, за якими вивчали українське право та на які посилалися у судовій практиці⁷¹. Крім того, текст «Прав за якими судиться малоросійський народ» 1743 р. використовувався вітчизняними правниками у подальших кодифікаційних роботах другої половини XVIII – початку XIX ст. ст. в Україні.

Ще одну видову групу джерел міського права козацько-гетьманської доби становлять нормативно-правові акти (в найширшому розумінні) магістратів, ратуш та ремісничих цехів, які, по-перше, були найбільш численними та різноманітними, по-друге, здебільшого втрачені з різних причин та, по-третє, найменше досліджені науковцями. До них можна віднести розписні книги міст, протоколи магістратів про запис поточних справ, книги купчого письма, цехові статuti, рапорти та доношення магістратів до Генеральної військової канцелярії тощо. За підрахунками Г.К. Швидко, в фонді 51 Центрального державного історичного архіву України зберігається 49 справ, у яких містяться рапорти і доношення магістратів до Генеральної військової канцелярії з питань загальноміських або тих, що належать виключно до міщанського стану. Хоча деякі магістратські рапорти і доношення «обросли» дотичними до їх змісту документами – копіями універсалів і грамот, матеріалами слідств, тощо⁷². Потрібно зазначити, що перелік вказаних вище джерел міського права Гетьманщини не є вичерпним та може бути доповнений іншими видами.

Враховуючи сказане вище, ми можемо зробити висновок, що до основних формальних джерел міського права Гетьманщини другої половини XVII–XVIII ст. ст. потрібно віднести наступні види: міські правові звичаї; локаційні привілейні грамоти та універсали; ручні книги з магдебурзького права (Зерцало Саксонів, Артикули права магдебурзького, Порядок судовий у справах міських права магдебурзького тощо); Литовський статут 1588 р. та його наступні перевидання; законодавчі збірники автономної влади (Інструкція судам, Процес короткої приказний, Права, за якими судиться малоросійський народ тощо); правові акти суб'єктів міського самоврядування (магістратів, ратуш тощо). Саме за допомогою їх правових норм здійснювалося правове регулювання суспільних відносин у сфері міського самоврядування українських міст козацько-гетьманської доби. Вивчення еволюції формування джерел міського права та функціонування органів самоврядування українських міст потребує подальшого ретельного, історико-правового та порівняльно-правового досліджень, які приведуть правознавців до нових наукових відкриттів.

¹ Котюк В.О. Загальна теорія держави та права: навч. посіб. Київ: Атіка, 2005. 592 с. С. 87.

² Гуржій О. Українська козацька держава в другій половині XVII–XVIII ст.: кордони, населення, право. Київ: Основи, 1996. 222 с. С. 19.

³ Там само. С. 52.

⁴ Пархоменко Н.М. Джерела права: проблеми теорії та методології: монографія. Київ: ТОВ «Видавництво «Юридична думка», 2008. 336 с. С. 62.

⁵ Попко В.В. Порівняльне муніципальне право. Київ: ВГЦ «Київський університет», 2016. 351 с. С. 52.

⁶ Кравченко В.В., Пітцик М.В. Муніципальне право України: навч. посіб. Київ: Атіка, 2003. 672 с. С. 62.

⁷ Толкачова Н.С. Звичаєве право: Навчальний посібник. 2-е вид., перероб. і доп. Київ: Видавничо-поліграфічний центр «Київський університет», 2006. 367 с. С. 242.

⁸ Енциклопедія українознавства. Загальна частина: Перевидання в Україні / НАН України, Інститут української археології; НТШ у Сарселі; Фундація Енциклопедії України в Торонто. Репринтне відтворення видання 1949 року. Київ. 1995. Т. 2. С. 369–800. С. 635.

⁹ Гуржій О. Вказана праця. С. 358.

¹⁰ Корпус магдебурзьких грамот українським містам: два проекти видань 20-х – 40-х років XX століття / Фонд муніцип. реформ «Магдебурзьке право», Київ. нац. ун-т ім. Тараса Шевченка, Ін-т укр. археології та джерелознавства ім. М.С. Грушевського НАН України, Держ. арх. Ставропольського краю Рос. Федерації; упоряд. і авт. дослідження В. Андрійцев [та ін.] ; ред. П.С. Сохань [та ін.]. Ксерокопія. Київ: Прайм, 2000. 215 с. С. 50.

¹¹ Там само. С. 56.

¹² Там само. С. 48.

¹³ Там само. С. 50.

¹⁴ Там само. С. 57.

¹⁵ Там само. С. 72.

¹⁶ Універсали Богдана Хмельницького. 1648–1657 / Нац. акад. наук України, Ін-т історії України; упоряд. І. Крип'якевич, І. Бутич; ред. кол. В. Смолій [та ін.]. Київ: Альтернативи, 1998. 383 с. С. 93.

¹⁷ Там само. С. 108.

¹⁸ Універсали українських гетьманів від Івана Виговського до Івана Самойловича (1657–1687) / упоряд.: І. Бутич, В. Ринсевич, І. Тесленко; ред. кол.: П. Сохань (голова), Г. Боряк, В. Брехуненко, І. Бутич (заст. голови), Я. Дашкевич, О. Купчинський, О. Маврін, Ю. Мицик, О. Музичук, О. Романів, В. Смолій, Ю. Шемшученко. Інститут української археології та джерелознавства ім. М.С. Грушевського; Наукове товариство ім. Шевченка; Центральний державний історичний архів України. Київ; Львів: НТШ, 2004. 1118 с. С. 211.

¹⁹ Там само. С. 680.

²⁰ Там само. С. 745.

- ²¹ Там само. С. 754.
- ²² *Багалій Д.* Магдебурзьке право на Лівобережній Україні / розвідки про міста і міщанство на Україні – Русі в XV–XVIII в. Частина друга. Львов: В друкарні Наукового Товариства імені Шевченка, 1904. 462 с. С. 436.
- ²³ Там само. С. 437–441.
- ²⁴ *Тарановський Ф.В.* Обзор памятников магдебургского права западно-русских городов литовской эпохи. Историко-юридическое исследование. Варшава: Типография Варшавского учебного корпуса, 1897. 167 с. С. 99.
- ²⁵ Там само. С. 104.
- ²⁶ «Права за якими судиться малоросійський народ» 1743 р. / відп. ред. Ю.С. Шемшученко. Київ, 1997. 547 с. С. 455.
- ²⁷ Енциклопедія українознавства. Загальна частина ... С. 645.
- ²⁸ *Гошко Т.Д.* Нариси з історії магдебурзького права в Україні (XVI – початок XVII ст.). Львів: Афіша, 2002. 255 с. С. 105.
- ²⁹ Доба гетьмана Івана Мазепи в документах / упоряд. С.О. Павленко. 2-ге вид. Київ: Вид. дім «Києво-Могилянська академія», 2008. 1144 с. С. 70.
- ³⁰ Корпус магдебурзьких грамот українським містам: два проекти видань 20-х – 40-х років XX століття / Фонд муніцип. реформ «Магдебурзьке право», Київ. нац. ун-т ім. Тараса Шевченка, Ін-т укр. археографії та джерелознавства ім. М.С. Грушевського НАН України, Держ. арх. Ставропольського краю Рос. Федерації; упоряд. і авт. дослідження В. Андрейцев [та ін.]; ред. П.С. Сохань [та ін.]. Ксерокопія. Київ: Прайм, 2000. 215 с. С. 70.
- ³¹ Там само. С. 46.
- ³² Там само. С. 48.
- ³³ Там само. С. 55.
- ³⁴ Універсали Богдана Хмельницького. 1648–1657 ... С. 93.
- ³⁵ Там само. С. 108.
- ³⁶ Там само. С. 211.
- ³⁷ Універсали українських гетьманів від Івана Виговського до Івана Самойловича (1657–1687) ... С. 211.
- ³⁸ Там само. С. 287.
- ³⁹ Там само. С. 289.
- ⁴⁰ Там само. С. 272.
- ⁴¹ Там само. С. 342.
- ⁴² Там само. С. 478.
- ⁴³ Там само. С. 623.
- ⁴⁴ Доба гетьмана Івана Мазепи в документах ... С. 17.
- ⁴⁵ Там само. С. 69.
- ⁴⁶ Там само. С. 110.
- ⁴⁷ Інститут рукопису Національної бібліотеки України імені В.І. Вернадського. Ф. 1. Спр. 54554. Арк. 249–250.
- ⁴⁸ Центральний державний історичний архів України, м. Київ. Ф. 57. Оп. 1. Спр. 138. Арк. 687–688.
- ⁴⁹ *Володимирський-Буданов М.* Німецьке право в Польщі та Литві. *Розвідки про міста і міщанство на Україні – Русі в XV–XVIII в.* Частина друга. Львов: В друкарні Наукового Товариства імені Шевченка, 1904. 462 с. С. 431.
- ⁵⁰ Там само. С. 432.
- ⁵¹ *Кистяковський А.Ф.* Очерк исторических сведений о своде законов, действовавших в Малороссии под заглавием: Права, по которым судится Малороссийский народ. Киев: Университетская Типография, 1879. 1027 с. С. 978.
- ⁵² Там само. С. 980.
- ⁵³ Там само. С. 983–990.
- ⁵⁴ Там само. С. 990.
- ⁵⁵ Там само. С. 988.
- ⁵⁶ Саксонское зеркало. Памятник, комментарии, исследования / отв. ред. В.М. Корецкий; ред. кол.: Г.А. Аксененко, В.А. Кикоть, В.М. Корецкий, Л.С. Мамут, В.С. Нерсисянц, Е.А. Скрипилев. АН СССР. Институт государства и права. Москва: Наука, 1985. 273 с. С. 210.
- ⁵⁷ *Багалій Д.* Вказана праця. С. 60.
- ⁵⁸ Там само. С. 78–80.
- ⁵⁹ Там само. С. 89.
- ⁶⁰ Там само. С. 94–97.
- ⁶¹ «Права за якими судиться малоросійський народ» 1743 р. ... С. XX.
- ⁶² Статути Великого князівства Литовського: у 3 т. / за ред. С. Ківалова, П. Музиченка, А. Панькова. Одеса: Юридична література, 2004. Т. III: Статут Великого князівства Литовського 1588 року: у 2 кн. Кн. 2. 568 с. С. 335.
- ⁶³ Там само. С. 105.
- ⁶⁴ Там само. С. 137.
- ⁶⁵ Інструкція судам 13-го июля 1730 года. *Матеріали до історії українського права* / Н.П. Василенко. Київ, 1929. LXIII, 336 с. С. 16.
- ⁶⁶ Процесс краткий приказный, выданный при резиденции гетманской, 1734 года августа 17 дня. *Матеріали до історії українського права* / Н.П. Василенко. Київ, 1929. LXIII, 336 с. С. 19.
- ⁶⁷ «Права за якими судиться малоросійський народ» 1743 р. ... 547 с.
- ⁶⁸ Там само. С. 452.
- ⁶⁹ Там само. С. 460.
- ⁷⁰ Там само. С. 80.
- ⁷¹ Там само. С. VII.
- ⁷² *Швидько Г.К.* Діловодчі акти козацьких органів влади як джерело до історії міст Гетьманщини другої половини XVII–XVIII століть. URL: <https://uaaterra.in.ua/2006/07/17>

Резюме

Вовк О.Й. Джерела міського права Гетьманщини другої половини XVII–XVIII століть: історико-правовий аналіз.

У статті здійснено історико-правовий аналіз системи основних джерел міського права Гетьманщини другої половини XVII–XVIII ст. ст., охарактеризовано їх за видами, формами та походженням. Встановлено значення норм міських правових звичаїв, локаційних привілеїв, збірників нормативних актів при регулюванні суспільних відносин в українських містах вказаного історичного періоду.

Ключові слова: джерела права, міське право, українські міста, Гетьманщина, міські правові звичаї, локації, збірники законодавства, самоврядування, магістрат.

Резюме

Вовк А.И. Источники городского права Гетманщины второй половины XVII–XVIII веков: историко-правовой анализ.

В статье осуществлен историко-правовой анализ системы основных источников городского права Гетманщины второй половины XVII–XVIII вв., дана характеристика их по видам, формам и происхождению. Установлено значение норм городских правовых обычаев, локационных привилегий, сборников нормативных актов при регулировании общественных отношений в украинских городах указанного исторического периода.

Ключевые слова: источники права, городское право, украинские города, Гетманщина, городские правовые обычаи, локации, сборники законодательства, самоуправление, магистрат.

Summary

Vovk O. The sources of municipal law of the Cossack Hetmanate in the second half of the 17th and 18th centuries: historical and legal analysis.

The article deals with the historical and legal analysis of the system of the main sources of municipal law of the Cossack Hetmanate in the second half of the 17th and 18th centuries, characterizes their types, forms and origins. The importance of norms of city legal customs, location privileges, compilations of normative acts in regulating social relations in Ukrainian cities of the specified historical period has been established.

Key words: sources of law, municipal law, Ukrainian cities, the Cossack Hetmanate, city legal customs, locations, compilations of legislation, self-government, magistrate.

УДК 342.565:342

І.М. ЄВХУТИЧ

Ірина Миколаївна Євхутич, кандидат юридичних наук, доцент Інституту з підготовки фахівців для підрозділів Національної поліції Львівського державного університету внутрішніх справ

ORCID: 0000-0003-2926-1071

**ПРОПОРЦІЙНІСТЬ ТА ЗБАЛАНСОВАНІСТЬ СУДДІВСЬКИХ ВІНАГОРОД
У СВІТЛІ СУДОВОЇ РЕФОРМИ**

На розгляд Верховної Ради України 26 лютого 2019 р. внесено законопроект «Про внесення змін до Закону України «Про судоустрій і статус суддів» щодо радикального обмеження шалених суддівських винагород та забезпечення пропорційності і збалансованості стосовно їх виплат» (№ 10085). Метою цього документа є врегулювання питання виплати винагороди суддям задля запобігання фінансової катастрофи та створення передумов для економічного зростання в Україні, збільшення надходжень до бюджету й удосконалення законодавства. Зокрема, законопроектом № 10085 пропонується: 1) виключити збільшення розміру посадового окладу судді та встановити базовий розмір посадового окладу для судді місцевого суду – у розмірі 25 прожиткових мінімумів для працездатних осіб, для судді апеляційного суду та вищого спеціалізованого суду – у розмірі 35 прожиткових мінімумів та для судді Верховного Суду – у розмірі 45 прожиткових мінімумів; 2) скасувати регіональні коефіцієнти, вилучити норми щодо входження наукового ступеня; 3) встановити, що винагорода члена Вищої кваліфікаційної комісії суддів України складається з посадового окладу та доплат, встановлених для судді Верховного Суду; 4) зменшити щомісячну доплату за науковий ступінь кандидата (доктора філософії) або доктора наук із відповідної спеціальності в розмірі відповідно 5 і 10 відсотків посадового окладу судді відповідного суду¹.

Незалежність суддів є базовим принципом існування судової влади. При цьому незалежність судової влади – головна умова реалізації принципу верховенства права, ефективного захисту прав і свобод людини та громадянина, забезпечення правового порядку². Н. Шульгач виділяє такі ознаки принципу незалежності

суддів: незалежність суддів не абсолютна, вона обмежена законом, процедурними рамками, у межах яких здійснюється судова влада; незалежність суддів легітимна лише в процесі здійснення процесуальної діяльності судді; зміст незалежності суддів містить також елемент особистісної незалежності суддів (тобто наявність у судді певних морально-психологічних якостей, які сприяють реалізації права судді самостійно приймати рішення зі справи); незалежність судді передбачає незалежність і від зовнішнього (від факторів, що містяться за межами судової системи), і внутрішнього (від факторів усередині самої судової системи) впливу на процес прийняття суддею рішення у справі; за посягання на незалежність суддів передбачено найбільш серйозний вид відповідальності – кримінальне покарання тощо³.

У висновку № 1 (2001) Консультативної ради європейських суддів для Комітету міністрів Ради Європи про стандарти незалежності судових органів та незмінюваність суддів від 1 січня 2001 р. зазначено, що незалежність судової влади повинна гарантуватися національними стандартами на максимально можливному високому рівні⁴. Консультативна рада європейських суддів визначила, що оплата праці суддів повинна відповідати їхній ролі та відповідальності і має передбачати виплати допомоги у зв'язку з хворобою та виходом на пенсію. До того ж така оплата праці на основі конкретного законодавчого положення має бути захищена від зниження. Також мають існувати положення, що передбачають підвищення винагороди відповідно до зростання вартості життя.

У Європейській хартії про закон «Про статус суддів» визначено засади винагороди і соціального забезпечення суддів⁵. Зокрема, наголошено на необхідності встановлення винагороди на такому рівні, що забезпечить суддям незалежність, неупередженість та захист від тиску при прийнятті рішень. Так само вказано на те, що при виході у відставку їм має надаватися пенсія на рівні, максимально наближеному до розміру їхньої останньої зарплати, одержаної на посаді судді. Як зазначено в п. 1 і 2 Основних принципів незалежності судових органів, схвалених резолюціями 40/32 та 40/146 Генеральної Асамблеї ООН від 29 листопада та 13 грудня 1985 р., незалежність судових органів гарантується державою та закріплюється в Конституції або законах країни. Усі державні та інші установи зобов'язані шанувати незалежність судових органів і дотримуватися її⁶.

На національному рівні незалежність як складова конституційного статусу суддів гарантується Конституцією України і забезпечується, зокрема, особливим порядком державного фінансування та належними умовами для функціонування судів і діяльності суддів шляхом визначення в Державному бюджеті України окремо видатків на утримання судів, а також надання суддям за рахунок держави суддівської винагороди.

У рішенні від 8 квітня 2016 р. № 4-рп/2016 у справі № 1-8/2016 Конституційний Суд України зазначив, що конституційний принцип незалежності суддів забезпечує важливу роль судової влади в механізмі захисту прав і свобод людини та громадянина і є запорукою реалізації права на судовий захист, передбаченого ч. 1 ст. 55 Основного Закону України; положення Конституції України стосовно незалежності суддів, яка є невід'ємним елементом статусу суддів та їхньої професійної діяльності, пов'язані з принципом поділу державної влади та обумовлені необхідністю забезпечувати основи конституційного ладу і права людини, гарантувати самостійність і незалежність судової влади; гарантії незалежності суддів як необхідні умови здійснення правосуддя неупередженим, безстороннім і справедливим судом встановлені в базових законах з питань судоустрою, судочинства, статусу суддів, мають конституційний зміст і разом з визначеними Основним Законом України становлять єдину систему гарантій незалежності суддів та повинні бути реально забезпечені; конституційний статус судді дає підстави ставити до судді високі вимоги і зберігати довіру до його компетентності та неупередженості, передбачає надання йому в майбутньому статусу судді у відставці, що також є гарантією належного здійснення правосуддя⁷.

Важливо зазначити, що однією з гарантій незалежності суддів є їх належне матеріальне і соціальне забезпечення, зокрема надання суддям за рахунок держави суддівської винагороди, а суддям у відставці – щомісячного довічного грошового утримання або пенсії за вибором. При прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних законів не допускається звуження змісту та обсягу визначених Конституцією України гарантій незалежності суддів. На підставі цього у рішенні від 3 червня 2013 р. № 3-рп/2013 у справі № 1-2/2013 Конституційний Суд України зазначив, що будь-яке зниження рівня гарантій незалежності суддів суперечить конституційній вимозі неухильного забезпечення незалежного правосуддя та права людини і громадянина на захист прав і свобод незалежним судом, оскільки призводить до обмеження можливостей реалізації цього конституційного права, а отже, суперечить ч. 1 ст. 55 Конституції України⁸. Відповідно до ч. 2 ст. 130 Конституції України розмір винагороди судді встановлюється законом про судоустрій. Згідно з ч. 1 ст. 135 Закону України (далі – ЗУ) «Про судоустрій і статус суддів» від 2 червня 2016 р. № 1402-VIII суддівська винагорода регулюється цим Законом та не може визначатися іншими нормативно-правовими актами⁹. Зазначимо, що це узгоджується з приписами ч. 2 ст. 130 Конституції України.

Пунктом 1 ч. 3 тієї ж ст. 135 визначено базовий розмір посадового окладу судді місцевого суду – 30 прожиткових мінімумів працездатних осіб, розмір якого встановлено на 1 січня календарного року. В абзаці 1 ст. 22 розділу XII «Прикінцеві та перехідні положення» того ж ЗУ № 1402-VIII «Про судоустрій і статус суддів» підкреслено, що право на отримання суддівської винагороди в розмірах, визначених цим Законом, мають судді, які за результатами кваліфікаційного оцінювання підтвердили відповідність займаній посаді (здатність здійснювати правосуддя у відповідному суді) або призначені на посаду за результатами конкурсу, проведеного після набуття чинності цим Законом. Натомість п. 23 розділу XII «Прикінцеві та перехідні положення» цього ж Закону визначено, що до проходження кваліфікаційного оцінювання суддя отримує суддів-

ську винагороди, визначену відповідно до положень ЗУ «Про судоустрій і статус суддів» від 7 липня 2010 р. № 2453-VI. Так, згідно з ч. 3 ст. 133 цього Закону посадовий оклад судді місцевого суду встановлюється в розмірі 10 мінімальних заробітних плат. Отже, посадовий оклад судді, який не пройшов кваліфікаційне оцінювання, визначається відповідно до розміру, встановленого в ч. 3 ст. 133 ЗУ «Про судоустрій і статус суддів» № 2453-VI, тобто 10 мінімальних заробітних плат.

Відповідно до ч. 2 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. Згідно з ч. 1 ст. 151 ЗУ «Про судоустрій і статус суддів» від 2 червня 2016 р. Державна судова адміністрація України є державним органом у системі правосуддя, який здійснює організаційне та фінансове забезпечення діяльності органів судової влади у межах повноважень, установлених законом. Натомість, незважаючи на вищевикладені норми, беручи до уваги гарантію, передбачену ч. 2 ст. 130 Конституції України стосовно встановлення розміру винагороди судді законом про судоустрій, процедура прийняття якого (чи внесення змін до нього) визначає особливий порядок, органами Державної судової адміністрації України не виконується обов'язок щодо нарахування та виплати суддям, які не пройшли кваліфікаційного оцінювання, грошового забезпечення у розмірі, визначеному ч. 3 ст. 133 ЗУ «Про судоустрій і статус суддів» від 7 липня 2010 р., чим порушується гарантоване державою право на належне матеріальне забезпечення судді як одну із складових його незалежності.

Варто зазначити, що мінімальна заробітна плата після набуття чинності цим Законом не застосовується як розрахункова величина для визначення посадових окладів та заробітної плати працівників та інших виплат. Однак, зважаючи на приписи ч. 1 ст. 135 ЗУ «Про судоустрій і статус суддів» № 1402-VIII від 2 червня 2016 р., немає законодавчих підстав враховувати п. 3 розділу II «Прикінцеві та перехідні положення» Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України» від 6 грудня 2016 р. № 1774-VIII при нарахуванні суддівської винагороди.

Більше того, незастосування п. 23 розділу XII «Прикінцеві та перехідні положення» ЗУ «Про судоустрій і статус суддів» від 2 червня 2016 р. суперечить позиції Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ), викладеній у рішенні від 10 березня 2011 р. у справі «Сук проти України» (заява № 10972/05), яке набуло статусу остаточного 10 червня 2011 року¹⁰. Згідно з п. 20 цього рішення ЄСПЛ заявник стверджував, що остаточна відмова державних органів надати йому грошове забезпечення, на яке він мав право за законодавством, становила втручання в його майнові права. Відповідно до п. 23 зазначеного рішення суд вважає, що держава на власний розсуд визначає, які доплати надавати своїм працівникам з державного бюджету. Держава може ввести, призупинити або припинити їх виплату, вносячи відповідні законодавчі зміни. Однак, якщо законодавча норма, яка передбачає певні доплати, є чинною, а передбачені умови – дотриманими, державні органи не можуть відмовляти у їх наданні, доки законодавче положення залишається чинним (рішення у справі «Кечко проти України» (Kechko v. Ukraine))¹¹.

Отже, ЄСПЛ дійшов висновку, що було порушено ст. 1 Першого протоколу. Зважаючи на те, що ЗУ «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України» № 1774-VIII від 6 грудня 2016 р. не є спеціальним актом, який встановлює розмір мінімальної заробітної плати з метою застосування для розрахунку суддівської винагороди, ним не внесено змін до Закону № 1402-VIII або до Закону № 2453-VI в частині регулювання розміру суддівської винагороди суддів, які не пройшли кваліфікаційного оцінювання, відсутні правові підстави для застосування положень п. 3 розділу II «Прикінцеві та перехідні положення» ЗУ «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України» від 6 грудня 2016 р. № 1774-VIII при нарахуванні суддівської винагороди, яка, як одна зі складових гарантій незалежності суддів, не може бути змінена іншим законом, ніж змінами до ЗУ «Про судоустрій і статус суддів».

Також п. 3 «Прикінцевих та перехідних положень» ЗУ «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України» № 1774-VIII від 6 грудня 2016 р. встановлено, що мінімальна заробітна плата після набуття чинності цим Законом не застосовується як розрахункова величина для визначення посадових окладів і заробітної плати працівників та інших виплат. Отже, з 1 січня 2017 р. розмір посадового окладу суддів місцевого суду, які за результатами кваліфікаційного оцінювання підтвердили відповідність займаній посаді, або призначені на посаду за результатами конкурсу після 30 вересня 2016 р., відповідно до п. 24 розділу XII «Прикінцеві та перехідні положення» ЗУ «Про судоустрій та статус суддів» № 1402-VIII від 2 червня 2016 р., становив 15 прожиткових мінімумів для працездатних осіб. А з 1 січня 2018 р. розмір посадового окладу таких суддів уже становить 20 прожиткових мінімумів для працездатних осіб (тобто, 35 240,00 грн). Судді, які не пройшли кваліфікаційного оцінювання, отримують суддівську винагороду у фіксованому розмірі, незважаючи на збільшення вартості життя в Україні.

На практиці дія положень вказаного пункту вже призвела до того, що судді, які не пройшли кваліфікаційного оцінювання, отримують суддівську винагороду, розмір якої є меншим, ніж заробітна плата працівників апарату судів, та вдвічі меншим від суддівської винагороди суддів, які пройшли кваліфікаційне оцінювання. Водночас потрібно звернути увагу на існування необґрунтованої диференціації в розмірі заробітних плат суддів, які виконують однакові обов'язки, мають однаковий рівень відповідальності та визнаються рівними за іншими складовими свого професійного статусу, окрім розміру суддівської винагороди. Існування цієї диференціації, внаслідок відповідної законодавчої норми, зумовлено однією підставою – проходженням або непроходженням кваліфікаційного оцінювання. Однак необґрунтованість диференціації, яка залежить від такої умови, є очевидною, оскільки проведення або не проведення кваліфікаційного оцінювання ніяк не

впливає на рівень відповідальності, обсяг виконуваних судьями повноважень та статус прийнятих ним рішень.

Статтею 8 Конституції України передбачено, що в Україні визнається і діє принцип верховенства права. Конституція України має найвищу юридичну силу. Закони та інші нормативно-правові акти приймаються на основі Конституції України і повинні відповідати їй. Частиною 2 ст. 52 ЗУ «Про судоустрій і статус суддів» визначено, що судді в Україні мають єдиний статус незалежно від місця суду в системі судоустрою чи адміністративної посади, яку суддя обіймає в суді. Відповідно до п. 2 ч. 1 ст. 1 ЗУ «Про засади запобігання і протидії дискримінації в Україні» дискримінація – це ситуація, за якої особа та/або група осіб за їх ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, віку, інвалідності, етнічного та соціального походження, громадянства, сімейного та майнового стану, місця проживання, мовними або іншими ознаками, які були, є та можуть бути дійсними або припущеними, зазнає обмеження у визнанні, реалізації або користуванні правами і свободами в будь-якій формі, встановленій цим Законом, крім випадків, коли таке обмеження має правомірну, об'єктивно обґрунтовану мету, способи досягнення якої є належними та необхідними¹².

Статтею 4 ЗУ «Про засади запобігання і протидії дискримінації в Україні» дія цього Закону поширюється на відносини між юридичними особами публічного і приватного права, місцезнаходження яких зареєстровано на території України, а також фізичними особами, які перебувають на території України. Дія цього Закону поширюється, зокрема, на такі сфери суспільних відносин: правосуддя; трудові відносини, у тому числі застосування роботодавцем принципу розумного пристосування. Тож визначення для суддів різного розміру суддівської винагороди залежно від проходження первинного кваліфікаційного оцінювання є проявом дискримінації.

Відповідно до Конституції України, загальновизнаних принципів і норм міжнародного права та міжнародних договорів України, всі особи незалежно від їхніх ознак мають рівні права і свободи, а також рівні можливості для їх реалізації. Форми дискримінації з боку державних органів, їх посадових осіб, юридичних осіб публічного та приватного права, а також фізичних осіб забороняються. Державна політика щодо запобігання та протидії дискримінації спрямована на: недопущення дискримінації; застосування позитивних дій; створення умов для своєчасного виявлення фактів дискримінації та забезпечення ефективного захисту осіб та/або груп осіб, які постраждали від дискримінації; виховання і пропаганду серед населення України поваги до осіб незалежно від їхніх певних ознак, поширення просвітницької діяльності у цій сфері.

Отже, можемо зробити висновок, що Конституція України забороняє дискримінацію, оскільки відповідно до її ст. 24 громадяни мають рівні конституційні права і свободи та є рівними перед законом. Статтею 14 Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод визначено, що користування правами та свободами, визнаними в цій Конвенції, має бути забезпечене без дискримінації за будь-якою ознакою – статі, раси, кольору шкіри, мови, релігії, політичних чи інших переконань, національного чи соціального походження, належності до національних меншин, майнового стану, народження або за іншою ознакою. Згідно із ст. 23 Загальної декларації прав людини кожен має право на працю, на вільний вибір роботи, на справедливі та сприятливі умови праці, на захист від безробіття. Кожна людина, без будь-якої дискримінації, має право на рівну оплату за рівну працю. Кожний працюючий має право на справедливу і задовільну винагороду, яка забезпечує гідне його існування та його сім'ї. Отже, застосування при нарахуванні та виплаті суддівської винагороди обмежень, встановлених Законом України «Про судоустрій і статус суддів», є проявом дискримінації у сфері праці.

¹ Проект Закону про внесення змін до Закону України «Про судоустрій і статус суддів» щодо радикального обмеження шалених суддівських винагород та забезпечення пропорційності й збалансованості стосовно їх виплат. *Офіційний веб-портал Верховної Ради України*. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=65555 (дата звернення: 10.04.2019).

² Подорожна Т.С. Правовий порядок: теоретико-методологічні засади конституціоналізації: монографія. Київ: Юрінком Інтер, 2016. С. 22.

³ Шульгач Н.М. Поняття та сутність принципу незалежності суддів. *Наукові записки Львівського університету бізнесу та права*. 2011. Вип. 6. С. 227–230. URL: http://nbuv.gov.ua/j-pdf/Nzlubp_2011_6_53.pdf (дата звернення: 10.04.2019).

⁴ Висновок № 1 (2001) Консультативної ради європейських суддів для Комітету міністрів Ради Європи про стандарти незалежності судових органів та незмінюваність суддів від 01.01.2001. *База даних «Законодавство України»* / ВР України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_a52 (дата звернення: 10.04.2019).

⁵ Європейська хартія про закон «Про статус суддів» від 10.07.1998. *База даних «Законодавство України»* / ВР України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_236 (дата звернення: 10.04.2019).

⁶ Основні принципи незалежності судових органів, схвалених резолюціями 40/32 та 40/146 Генеральної Асамблеї ООН від 29 листопада та 13 грудня 1985 р. *База даних «Законодавство України»* / ВР України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_201 (дата звернення: 10.04.2019).

⁷ Рішення Конституційного Суду України у справі про щомісячне довічне грошове утримання суддів у відставці від 08.04.2016 № 4-рп/2016. *База даних «Законодавство України»* / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v004p710-16> (дата звернення: 10.04.2019).

⁸ Конституція України: Закон від 28.06.1996 (у ред. від 21.02.2019). *База даних «Законодавство України»* / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80> (дата звернення: 10.04.2019).

⁹ Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 02.06.2016 (в ред. від 05.08.2018). *База даних «Законодавство України»* / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1402-19> (дата звернення: 10.04.2019).

¹⁰ Рішення ЄСПЛ у справі «Сук проти України» (Заява № 10972/05) від 10.03.2011 (остаточне – 10.06.2011). *База даних «Законодавство України»* / ВР України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_715 (дата звернення: 10.04.2019).

¹¹ Рішення ЄСПЛ у справі «Кечко проти України» (Заява № 63134/00) від 08.11.2005. *База даних «Законодавство України»* / ВР України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_025 (дата звернення: 10.04.2019).

¹² Про засади запобігання і протидії дискримінації в Україні: Закон України від 06.09.2012 № 5207-VI (в ред. від 30.05.2014). *База даних «Законодавство України»* / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5207-17> (дата звернення: 10.04.2019).

Резюме

Євхутич І.М. Пропорційність та збалансованість суддівських винагород у світлі судової реформи.

У статті досліджено проблеми радикального обмеження надміру високих суддівських винагород та забезпечення пропорційності і збалансованості щодо їх виплат. Зазначено, що користування правами і свободами має бути забезпечене без дискримінації за будь-якою ознакою – статі, раси, кольору шкіри, мови, релігії, політичних чи інших переконань, національного чи соціального походження, належності до національних меншин, майнового стану, народження, або за іншою ознакою. Кожен має право на працю, на вільний вибір роботи, на справедливі та сприятливі умови праці, на захист від безробіття. Кожна людина, без будь-якої дискримінації, має право на рівну оплату за рівну працю. Кожний працюючий має право на справедливу і задовільну винагороду, яка забезпечує гідне існування людини та її сім'ї і яка за потреби доповнюється іншими засобами соціального забезпечення. Зроблено висновок про те, що застосування при нарахуванні та виплаті суддівських винагород обмежень, встановлених Законом України «Про судоустрій і статус суддів», є проявом дискримінації у сфері праці.

Ключові слова: права людини, захист прав людини, ЄСПЛ, справедливе правосуддя, незалежність суддів, суддівська винагорода, пропорційність, збалансованість, законність, обґрунтованість.

Резюме

Євхутич І.Н. Пропорциональность и сбалансированность судебных вознаграждений в свете судебной реформы.

В статье исследованы проблемы радикального ограничения судебных вознаграждений и обеспечения пропорциональности и сбалансированности относительно их выплат. Указано, что пользование правами и свободами должно быть обеспечено без дискриминации по какому-либо признаку – пола, расы, цвета кожи, языка, религии, политических или иных убеждений, национального или социального происхождения, принадлежности к национальным меньшинствам, имущественного положения, или по другому признаку. Каждый имеет право на труд, на свободный выбор работы, на справедливые и благоприятные условия труда, на защиту от безработицы. Каждый человек, без какой-либо дискриминации, имеет право на равную оплату за равный труд. Каждый работающий имеет право на справедливое и удовлетворительное вознаграждение, обеспечивающее достойное существование человека и его семьи. Сделан вывод о том, что применение при начислении и выплате судебных вознаграждений ограничений, установленных Законом Украины «О судоустройстве и статусе судей», является проявлением дискриминации в сфере труда.

Ключевые слова: права человека, защита прав человека, ЕСПЧ, справедливое правосудие, независимость судей, судебское вознаграждение, пропорциональность, сбалансированность, законность, обоснованность.

Summary

Evkhutych I. Proportionality and balance of judicial fees in the light of judicial reform.

The article examines the problems of a radical restriction of excessively high judicial fees and ensuring proportionality and balance in their payments. It is stated that the enjoyment of rights and freedoms should be ensured without any discrimination on any grounds – sex, race, color, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status. Everyone has the right to work, to free choice of employment, to just and favorable conditions of work, to protection against unemployment. Everyone, without any discrimination, has the right to equal pay for equal work. Everyone who works has the right to just and favorable remuneration, ensuring for himself and his family an existence worthy of human dignity, and supplemented, if necessary, by other means of social protection. It is concluded that the use of restrictions established by the Law of Ukraine “On the Judicial System and Status of Judges” in the calculation and payment of judicial fees is a manifestation of discrimination in the working place. The Constitution of Ukraine prohibits discrimination, as in accordance with its Article 24 citizens have equal constitutional rights and freedoms and are equal before the law. Article 14 of the European Convention on Human Rights stipulates that the enjoyment of the rights and freedoms set forth in this Convention shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, color, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status. According to Article 23 of the Universal Declaration of Human Rights everyone has the right to work, to free choice of work, to just and favorable working conditions, to protection against unemployment.

Key words: human rights, protection of human rights, ECHR, fair justice, independence of judges, judicial remuneration, proportionality, balance, legality, validity.

О.Ю. ІВАНОВ

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

ORCID: 0000-0002-5890-5369

ЕТНІЧНІ ВИТОКИ ЄВРОПЕЙСЬКОЇ ЦИВІЛІЗАЦІЇ ЯК ОСНОВИ ПРАВОВОГО ПРОСТОРУ

В умовах сучасних геополітичних трансформацій наріжним каменем у світовій системі міжнародних відносин та міжнародного правопорядку є питання створення єдиного геополітичного та політико-правового простору в Європі. У цьому аспекті важливе значення має ідея об'єднаної Європи в її еволюційному, просторовому та сутнісному вимірах. Останній передбачає залучення категорії європейської цивілізації як бази-су для становлення ідеології загальноєвропейської єдності. При цьому, незважаючи на очевидну наукову та практичну значущість означеної проблематики, її ґрунтовну історіографічну базу, дискусійним залишається факт наявності європейської цивілізації як геополітичного, політико-правового та етнічного цілого, а також питання меж її поширення. Попри значну увагу наукових кіл, найбільш гостро стоїть питання етнічної однорідності Європи як основи творення цивілізації і, відповідно, спільного правового простору.

З огляду на зазначене, **метою** пропонованої статті є висвітлення витоків формування етнічної структури сучасної Європи в контексті становлення єдиного цивілізаційного та правового простору.

Радянські суспільствознавці середини 1960-х рр. на протигагу західним ідеям об'єднаної Європи, названими «буржуазним європоцентризмом», розробляли концепцію історичної єдності культур¹. Метою цієї концепції було довести неможливість утворення будь-якої іншої міжнаціональної спільноти на протигагу радянській. Під культурою в цьому випадку розуміли рівень розвитку суспільства у відповідну історичну епоху. Тобто, термін цей міг бути застосований до будь-якого суспільства на будь-якому рівні його розвитку. Історична єдність культур, як стверджували дослідники, не означає їхньої тотожності. У свою чергу, під тотожністю розумілася цілковита повторюваність явищ, їхня безумовна ідентичність. Однак це не заважало апологетам радянської ідеології стверджувати, що у світовому історичному процесі не можна віднайти цілком тотожних явищ, оскільки сутність світового розвитку полягає в безперервному становленні нового, того, якого іще не було. Втім, елементи тотожності розглядалися як такі, що характерні для історичних явищ, адже це зумовлено спадкоємністю в їхньому розвитку як сутнісною рисою всесвітньої історії. Тобто тотожними можуть бути лише окремі риси культур, а не культури як цілісності. На підставі цього вчені висували гіпотезу про те, що кожен історичний феномен нетотожний і тотожний водночас з іншими історичними явищами, він утворює єдність цих двох діалектичних моментів – еволюційної подібності та відмінності з іншими такими феноменами. «Єдність» неодмінно включає діалектичну суперечливість, вона не формально протилежна «множинності», а, навпаки, передбачає її існування. На підставі цього поряд із категорією єдності культур до наукового обігу було введено термін «єдність та множинність культур» як більш обширний за змістом. Єдність між культурами допускалася лише з точки зору поширення на них дії подібних загальних закономірностей історичного процесу, але не формування спільного соціокультурного середовища.

У парадигмі згаданої концепції історичної єдності культур дослідники оперували також і поняттям «особливості різних народів», під яким розуміли історично сформовану племінну чи національну самобутність відповідних народів². Поряд із тим культивувалась ідеологема, за якою в межах одного народу можуть існувати окремі етнографічні групи, якими є стійкі соціальні об'єднання, що відрізняються за комплексом історико-географічних ознак (видозміни мови, релігії, національних традицій та ін.). Виходячи з цього, можна дійти висновку, що народи, які мають суміжні ареали розселення, також можуть набувати схожих ознак і формувати спільний соціокультурний простір, тобто створювати основу для цивілізації. А це деякою мірою суперечить згаданому вище основному постулату концепції історичної єдності культур стосовно того, що єдність означає лише наявність загальних закономірностей у розвитку культур, а не їхню взаємодію. Попри вказану неузгодженість, ця концепція відкидала існування будь-яких поліетнічних утворень як явище, що суперечить закономірностям історичного процесу.

Очевидно, що висвітлена вище концепція історичної єдності культур доволі заідеологізована і в цілісному вигляді була придатною лише для застосування під час її створення. Емпірична база, залучена розробниками, доволі ґрунтовна та включає дані не лише історичної, а й природничих наук, однак ідеологічний ухил методології дослідження майже повністю нівелює її цінність. Водночас важливим здобутком розробників концепції є розширене розуміння поняття культури та включення до нього не лише соціально-економічних факторів. Незважаючи на те, що культурою визначено будь-який рівень розвитку суспільства, а не найвищий, заслуговує на увагу відзначення еволюційності цієї категорії. Ідея тотожних та нетотожних явищ у

розвитку культур має важливе науково-практичне значення (у тому числі, для дослідження формування ідей об'єднаної Європи), однак, на нашу думку, її реалізація повинна базуватися на аналізі чинників етнічної спорідненості культур як таких, що опосередковують особливості політичного, релігійного, соціально-економічного та інших аспектів життя відповідного суспільства.

Наприкінці XIX ст. німецький професор Ф. Ратцель видав ґрунтовну працю в двох томах під назвою «Народознавство». У ній було подано історію формування всіх відомих на той час етносів у світі. Розділ під назвою «Європейці» містить характеристику кількох десятків етносів, які в різні часи населяли європейський континент³. До цього переліку було включено всі народи, які зазнали впливу східних культур, у ході чого змогли зберегти свою етнічну самобутність. Порушуючи вкотре питання про етнічні та географічні межі Європи, Ф. Ратцель наголошує на тому, що європейські народи завжди перебували у стані спільної боротьби проти завойовників зі Сходу. Спочатку це були арабські, потім – монголо-татарські, а згодом і османські війська. Усі зараховані вченим до когорти європейців етноси набували подібних рис нібито саме в ході протистояння названим загрозам. Разом із тим османські турки названі серед європейських народів з огляду на те, що вони, як і мадьяри, будучи різновидом тюркських народів, суттєво відрізнялися від них за ознаками раси та способу життя. Також зазначимо, що прагнення султанської верхівки в Османській імперії до розширення її завоювань (насамперед за рахунок територій західноєвропейських країн) призводило до переважання у місцевому суспільстві арабських елементів над турецькими (турки мислили себе спадкоємцями династії Омейядів, представники якої за часів свого правління в Арабському Халіфаті здійснили масштабні завоювання) і, відповідно, втрати населенням відповідних рис національної ідентичності.

Етносом, який дав початок усім іншим європейським народам, професор Ф. Ратцель називав семітів. Увібравши в себе впливи культури імперії халдеїв, а також християнства та ісламу, семіти в умовах гонінь проти перших християнських поселень почали розповсюджувати територією Римської імперії елементи названих течій. Пізніше фінікійці, завоювавши Грецію та Італію, розповсюдили на їхні території семітський елемент, сприявши зародженню там власних цивілізацій. Відтак, Ф. Ратцель вважав становлення основ європейської цивілізації історичною місією семітів. Впливам же арабської, тюркської та монгольської культур відводилася провідна роль на завершальному етапі утвердження цивілізації в Європі як єдиного цілого за доби раннього Середньовіччя. На цьому, на переконання дослідника, характеристику історії становлення етнічної структури європейської спільноти слід завершувати, оскільки подальша консолідація місцевих етносів реалізувалася виключно в політичній площині (шляхом утворення воєнних союзів, скликання конгресів за результатами війн та ін.).

Окреслена Ф. Ратцелем схема національного складу Європи та генези його формування стала квінтесенцією наукових концепцій, розроблених представниками західноєвропейських наукових кіл у середині – другій половині XIX століття. Вони розроблялися в умовах зміцнення монопольного становища провідних країн у політичній та економічній сферах, а також перегляду світової колоніальної системи. Саме за таких умов і зароджувалися теорії про вищі та нижчі нації, раси, базовані на досягненнях як суспільних, так і природничих наук. Повноцінними та вартими окремого наукового аналізу вбачалися лише ті етноси, які спромоглися зберегти власну державність, навіть попри високий рівень розвитку їхньої культури. Це, зокрема, стосувалося народів Східної Європи, не врахованих французьким професором і одночасно міністром закордонних справ Ф. Гізо у курсі лекцій під назвою «Історія цивілізації в Європі»⁴. У такій парадигмі слід розглядати й те, що учасниками європейських конгресів протягом XIX ст. (Віденського (1815 р.), Паризького (1858 р.), Берлінського (1878 р.) та ін.) ставали далеко не всі держави, а лише ті, які мали імперські амбіції на континенті та у світі загалом. Період XIX ст. збагатив істориків значним арсеналом артефактів, здобутих під час експедицій, які направлялися метрополіями до колоній з метою вивчення природно-географічного середовища останніх. Разом із тим зроблені на підставі цих артефактів висновки узгоджувались із пріоритетами переділу світу та зміцнення колоніалізму. Тому подальше застосування їх у науковому обігу повинно здійснюватися лише з урахуванням зазначених вище факторів.

Аналізуючи витоки етнічної історії Європи, встановлюємо, що в ході формування національного складу регіону сформувалися відокремлені «вогнища» європейської культури – греко-римське та германське. Ці процеси історики відносять приблизно до VIII ст. до н. е., а їхню консолідацію та єднання у спільну цивілізацію – до V ст. н. е., коли припинила своє існування Західна Римська імперія і розпочалося Велике переселення народів. Водночас такі хронологічні межі видаються доволі умовними, оскільки об'єднувачі фактори мали місце від самого початку етногенезу на континенті. Саме вони і підтверджують те, що єднання європейських народів – це необхідна історична закономірність, а не прояв ситуативної співпраці між ними. Очевидно, що в цьому випадку народ розглядається не як політичний суб'єкт, рис якого він набуде на тлі досягнень Великої Французької буржуазної революції наприкінці XVIII ст., а як етнічна спільнота. Проте між зазначеними аспектами розуміння категорії народу існують діалектичні взаємозв'язки і взаємна обумовленість.

У II тис. до н. е. на територію Європи стали поширювати вплив так звані «східні високі культури», носії яких населяли територію сучасного Близького Сходу та Середньої Азії. З огляду на порівняно більш сприятливі природно-географічні умови на цих землях, їхнє населення оволоділо значно ширшим арсеналом засобів та способів для обробки природних матеріалів в умовах бронзового віку. Проникнення та поширення цих культур у сучасну Європу відбувалося через її південно-східні кордони: Іберійський півострів, Балкани та Закарпаття. Наслідком цих процесів стало формування власних культур (аунетицерської, курганної, полів

поховальних урн та нордичного кола), які охоплювали ареал від нижньої течії Дунаю і до сучасних західних кордонів Франції та Іспанії⁵. Істотно, що вказані культури охопили майже всю європейську територію, зародившись у Східній Європі та почавши подальше поширення саме з неї. Спільними для названих культур були такі явища, як ієрархічне розшарування суспільства, інтенсивний розвиток торгівлі та торгових зв'язків з іншими поселеннями, споріднені традиції поховань, виробництво посуду та прикрас із дорогоцінних металів тощо. У такий спосіб на європейських теренах починала зароджуватися самобутня культура, у тому числі й політична: правитель не прирівнювався до божества, як це вже було на той час у розвинених країнах Сходу (зокрема, Месопотамії), але все ж управлінська верхівка була чітко відокремленою в суспільстві.

Із переходом до залізного віку в Європі в першій чверті I тис. до н. е. сформувалася гальштатська культура з ареалом поширення від сучасної Хорватії до Північної Іспанії⁶. Розвинувшись із культури полів поховальних урн, вона охопила ті племенні центри, населення яких зосереджувалося на видобуванні солі. Нові залізні знаряддя праці, відкривши можливості для видобутку природних мінералів, сприяли завдяки цьому формуванню нових торгівельно-економічних центрів із власною сировинною базою. Серед їхнього населення чітко виділялися такі прошарки, як селяни, ремісники й торгівці, що свідчило про рівномірну ліквідацію залишків ознак первіснообщинного ладу в усій Європі. Поряд із тим артефакти матеріальної культури (насамперед залізна зброя) також були свідченням спорідненості протидержавного ладу на європейській території. Відтак, гальштатська культура поєднала поселення, що охоплювало практично всю територію сучасної Європи, причому як Західної, так і Східної. Саме за часів її поширення почалося становлення єдиного соціокультурного простору як основи для формування середовищ («вогнищ») поширення європейської цивілізації та для подальшої політики єднання етносів за часів Великого переселення народів.

Історіографія знає також інші фактори, які свідчать про спільне походження європейських етносів. Одним із них є спільне індоєвропейське походження, котре наразі відображається у спорідненості мов відповідних народів. Не пізніше першої половини II тис. до н. е. індоєвропейські племена почали розселятися на території Центральної та Східної Європи, мігрувавши зі степів Поволжя та Північного Причорномор'я⁷. Як вважають дослідники, саме на цій території сформувалися ті діалектні спільноти, мови яких згодом поширилися на європейських теренах. При цьому відкритим залишається питання щодо співвіднесення цієї території з ареалом зародження племен індоєвропейської спільноти. Загалом же племенами, поєднаними під назвою індоєвропейських, населялися землі від крайнього заходу Європи і аж до півострова Індостан (звідси й етимологія назви цієї групи племен). Усі вони, незважаючи на різні місця зародження, активно займалися землеробством, одомашнювали диких тварин і мали високорозвинене військо. Серед членів суспільства чітко виокремлювалися прошарки царів (жерців), воїнів та общинників. Такий поділ, базований на ідеях давньоіндійського трактату «Ригведа», передбачав, що кожен із названих прошарків уособлював відповідно владу, силу та родючість.

Очевидною видається подібність між наведеною градацією верств населення в індоєвропейських племенах та в суспільстві середньовічної Європи за часів розвиненого феодалізму. Так, у структурі феодального суспільства виділялися три стани: *oratores* («ті, що моляться»), *regnatores* («ті, що воюють») та *laboratores* («ті, що працюють») – духовенство, дворянство та «третій стан» (залежні верстви населення). Як за часів поширення індоєвропейської спільноти жерці, будучи служителями культу, здійснювали судочинство і мали право вирішального голосу на зборах племені, так і в середньовічну добу під юрисдикцію церковних судів підпадали практично всі сфери суспільного життя. Воїни в обидва періоди були гарантами особистої безпеки правителя та реалізації його політики, за що наділялися найвигіднішими землями. Статус селян як феодально залежного населення поступово пригнічувався, однак общинна форма організації господарювання на теренах як Західної, так і Східної Європи залишалася незмінною в окремих випадках аж до початку XX століття. Описана структура суспільства з урахуванням незначних видозмін була характерною для всіх європейських країн, що неодмінно виступає додатковим аргументом на користь їхньої етнічної однорідності.

Найбільш відчутного впливу, за даними сучасної історіографії, європейська цивілізація зазнала з боку кельтів⁸. Їхні племена з'явилися на території Європи близько середини V ст. до н. е., зайшовши за кількома напрямками як із боку Середземного моря, так і з боку Дунаю. Розселившись на європейському суходолі, кельти зайняли території від східних Альп до Атлантики, Піренейського півострова та Британських островів. На середину III ст. до н. е. їхні поселення досягали на сході середньої течії Дніпра. Загалом на той час нараховувалось уже 25 розрізнених кельтських племен, які рівномірно охоплювали всю означену вище територію. Місцями їх найбільшої концентрації були: північ Аппенінського півострова (ценомани, лінгони, бойї, анари, сенони), нижня течія Рейну (нантуанти, салувії, інсубри), північно-західна та центральна частини півострова Мала Азія (толїстобойї, тектосаги, трокми). А станом на I ст. н. е. внаслідок зміцнення позицій Римської імперії ще 18 кельтських племен розселилися на території сучасної Ірландії. Зазначене свідчить, що до того часу, коли кельти стали основою населення англосаксонських королівств, їхній вплив був відчутним на всій території Європи та Передньої Азії. Із цього очевидно також те, що саме кельти сприяли поширенню традицій континентального соціокультурного середовища на територію острова Велика Британія. Кельти межували із представниками греко-римської та германської цивілізацій і будучи завойованими останніми сприяли їхньому уподібненню шляхом сприйняття схожих традицій політичної, релігійної та інших напрямів культури. Цивілізації античного світу сприймали від завойованих народів найкращі досягнення, і підкорені кельти не стали винятком із цього правила.

На відміну від племен гальштатської культури та індоєвропейської групи у кельтів сформувалася відносно чітка протодержавна організація. Першоджерела достеменно зафіксували, що на середину V ст. до н. е. припав період правління царя Амбігата на західних від Рейну територіях, де пізніше стали проживати племена галлів. Амбігат здобув владу в результаті боротьби між племінними вождями, наслідком якої було, серед іншого, усунення від влади гельветів – великих землевласників. За правління цього царя мала місце експансія рейнських кельтів на схід, і вожді підкорених племен мусили ставати до нього на службу. Так сформувалася система, що нагадувала пізнішу військову демократію. У зв'язку із завойовницьким вектором політичного курсу Амбігата роль воїнства в його протодержаві суттєво зміцнювалась, а в результаті численних походів з'являлися полонені, яких потім перетворювали на рабів. Професійні жерці більше не становили правлячої верхівки, цар набував ознак виборного військового ватажка. За цією ознакою кельти суттєво відрізнялися від «високих східних культур», де правителі вважалися намісниками божеств на землі (держави Месопотамії, Єгипет, Індія, Китай). Якщо племена індоєвропейської групи запозичили цю традицію, хоч і у власній інтерпретації, і тривалий час її зберігали, то кельти вже достатньою мірою сформували самобутню культуру і були спроможними відмовитися від східних звичаїв.

У кельтів сформувалася доволі розвинена соціальна стратифікація. Кожне із підвладних цареві племен володіло землями, які його члени мали самостійно обробляти і захищати від зовнішніх нападів. Для таких потреб у кожному племені формувалося власне військо, представникам якого було надано у володіння найкращі землі. Окрім цього, мир та злагода у племені підтримувалися завдяки розвиненій системі переговорів із потенційними нападниками – сусідніми племенами, краще розвиненими в економічному і воєнному аспектах. Зазначене уподібнювало звичаї кельтів із політичною культурою Давньої Індії, описану в «Артхашастрі». Однак якщо вожді Імперії Маур'їв могли вести переговори лише з рівними за статусом правителями, то в кельтів такої диференціації не було. Ближче до нової ери вони починали вести все більш осілий спосіб життя, і постійні завоювання не узгоджувались із землеробством як основним видом їхньої господарської діяльності. Тому європейська дипломатія багато в чому завдячує саме кельтам і їхній культурі.

Поряд із військовими звичаями, у кожному із кельтських племен було вироблено власний порядок землекористування⁹. Розвиток землеволодіння призвів до становлення основ соціальної нерівності, залежності одних верств населення від інших. Однак спільним для всіх племен було те, що землі, призначені для сільськогосподарських потреб, перебували в общинному володінні. На початку кожного року загальні збори відповідного племені розподіляли між його членами землі для обробки. У такий же спосіб проводився і розподіл зібраного врожаю відповідно до участі кожної особи в його вирощуванні та збиранні. Усю зібрану продукцію землероби мали передавати старійшинам, які вже й відповідали за її розподіл загальними зборами. За порушення названого порядку розподілу врожаю винних осіб карали на смерть, що може свідчити про таке: по-перше, земля у кельтських племен мала високу цінність як засіб виробництва і тому підлягала посиленій охороні; по-друге, розпорядження землею та вирощеними на ній плодами було прерогативою вищих верств населення, а общинне землеволодіння реалізувалось на розподілених між общинами за рішенням старійшин племені землях. До обробки землі залучались і захоплені в результаті війн полонені, яких перетворювали на рабів як засіб праці. Описана система, за якої правителю належала верховна власність на засоби виробництва, майже ідентична тій, яка під назвою «азійський спосіб виробництва» існувала у східних деспотіях. На відміну від країн Азії, у кельтів абсолютно всі вільні члени племені брали участь у розподілі земель та врожаю. Система, подібна до зазначеної вище, склалась у Франкському королівстві, а також у країнах Балкан і у Східній Європі, що неодмінно виступає додатковим аргументом на користь етнічної однорідності європейської цивілізації.

Звичаї кельтських племен, які дійшли до наших днів, зберегли доволі детальні відомості щодо організації владних структур у кельтів та їхнього функціонування¹⁰. Так, правителі (царі та племінні вожді) були виборними і щорічно переобиралися на загальних зборах племені. Спиралися вони на бюрократичний апарат, який складався із великих землевласників. На період війни цар виконував функції верховного воєначальника. У мирний час він мав двох помічників, один із яких відповідав за організацію війська та підтримання його у стані бойової готовності, а інший – за управління на місцях та підтримання належного правопорядку. Судочинство здійснювали вже не жерці, а місцеві вожді, які також посідали відповідні щаблі у воєнній ієрархії. Причому карали кельтів лише за ті дії, які вони вчиняли на території проживання племені. Будь-яке рішення вождя завжди вважалось істинним і не підлягало перегляду, а у випадку, якщо загальні збори племені не підтримували його, це вважалось саботажем і тягнуло за собою невідворотне покарання. За цим звичаєм підлягали відповідальності також і окремі особи, не згодні з рішенням вождя, і каралися вони як за зраду або дезертирство. Судочинство здійснювалось вождями виключно в межах своїх племен, за чим стежив один із згаданих вище помічників царя. Разом із тим цар не втручався у здійснення судочинства особисто.

Описана система організації влади в кельтів була більш розвиненою порівняно з тими, які сформувались у східних суспільствах. Загальні збори племені хоч й обмежено, але брали участь в управлінській діяльності. Воєнна система організації суспільства була характерною як, наприклад, у царський період історії Давнього Риму, так і в Давньоруській державі та суміжних із нею східноєвропейських царствах. Таку ж систему запозичили і франки, розвинувши на основі неї інші, більш досконалі. Формування земельної аристократії з числа вірних цареві воїнів також стало характерним для держав на теренах усїєї Європи. Общинна

форма організації влади та господарства, видозмінена відповідно до місцевих умов, домінувала на всьому європейському континенті протягом багатьох століть.

Таким чином, огляд витоків формування етнічної структури Європи свідчить, що на початкових його етапах існували соціальні спільноти, які розселялися на території всього континенту, поширюючи свій культурний вплив. Йдеться про племена гальштатської культури, індоєвропейської групи та кельтів, які, перебуваючи на вищому рівні розвитку порівняно із населенням тогочасної Європи та рівномірно розселяючись на всій її території, розповсюджували скрізь стійкі традиції політичної, економічної та релігійної культури. Зокрема, ці племена, що мігрували зі сходу, сформували традиції прийняття рішень на зборах племені, общинного способу реалізації землекористування, воєнної організації територіального устрою та деякі інші, котрі були втілені у державно-правовій практиці країн усіх європейських регіонів за часів Середньовіччя. Вплив «високих культур сходу» в такий спосіб сприяв тому, що їхні традиції були вдосконалені європейськими племенами та доведені до більш довершених форм. Відтак, очевидним є спільне походження всіх європейських етносів на початковому етапі та збереження ними споріднених традицій політичної, економічної й інших видів культури. Подальша перспектива досліджень із заявленої проблематики вбачається у порівняльному аналізі впливу етнічних чинників на розвиток права у різних народів Європи.

¹ Артановский С.Н. Историческое единство человечества и взаимное влияние культур. Ленинград : Просвещение, 1967. С. 43.

² Там само. С. 34.

³ Ратцель Ф. Народоведение. Санкт-Петербург, 1900. С. 795.

⁴ Гизо Ф. История цивилизации в Европе. Санкт-Петербург, 1898. С. 8.

⁵ Киндер Г., Хингельман В. Всесвітня історія: dtv-Atlas / пер. з нім. Київ : Знання-Прес, 2001. С. 19.

⁶ Там само. С. 21.

⁷ Баюн Л.С. Древняя Европа и индоевропейская проблема. *История Европы*. Москва : Наука, 1988. Т. 1: Древняя Европа. С. 97–110.

⁸ О зОгейн Д. Історія кельтів. Київ : Вид-во Жупанського, 2011. С. 10.

⁹ Там само. С. 67.

¹⁰ Там само. С. 23.

Резюме

Іванов О.Ю. Етнічні витоки європейської цивілізації як основи правового простору.

У статті проаналізовано початковий етап становлення етнічного складу Європи. Окрему увагу приділено впливу культур Сходу на формування споріднених ознак у розвитку політичної культури племен на всій території європейського континенту.

Ключові слова: етнос, цивілізація, єдність, культура, племена.

Резюме

Іванов А.Ю. Этнические истоки европейской цивилизации как основы правового пространства.

В статье проанализирован начальный этап становления этнического состава Европы. Особое внимание уделено влиянию культур Востока на формирование родственных признаков в развитии политической культуры племен на всей территории европейского континента.

Ключевые слова: этнос, цивилизация, единство, культура, племена.

Summary

Ivanov O. Ethnic Origins of the European Civilization as the Background for the Legal Space.

The article deals with the primitive stage of the European ethnic structure arrangement. The way Eastern cultures influenced formation of the similar features within political culture of the tribes all over the European continent has been profoundly analyzed.

Key words: ethnosc, civilization, unity, culture, tribes.

І.П. ЛИХОЛАТ

Ірина Петрівна Лихолат, кандидат юридичних наук, докторант Національного університету «Києво-Могилянська академія»

ORCID: 0000-0001-6681-5331

ПРАВОВІ КОНФЛІКТИ ТА ПРАВОВІ СПОРИ: ДИФЕРЕНЦІАЦІЯ ПОНЯТЬ І ОСОБЛИВОСТІ ЇХ ВЖИВАННЯ

25 квітня 2019 р. було прийнято Закон України «Про забезпечення функціонування української мови як державної», завданням якого, зокрема, є вимога складання проектів нормативно-правових актів і актів індивідуальної дії відповідно до стандартів української правничої термінології (частина друга ст. 12 Закону)¹. Це означає підвищення вимог до юридичної термінології, мови законодавства у цілому, а отже, й до якості понятійного апарату правової науки та, зокрема, детермінує уважніше ставлення до окремих наукових понять, якими, наприклад, є поняття «правовий конфлікт» і «правовий спір».

Об'єктом дослідження статті є правові конфлікти та правові спори; предметом – надання загальної характеристики понять «правовий конфлікт» та «правовий спір» і спроба їх розмежування; метою – аналіз специфічних характеристик правового конфлікту та правового спору на підставі їх термінологічних особливостей і закономірностей вживання в чинному законодавстві України, а також характеру співвідношення між ними.

Різноманітні аспекти цієї проблеми вже були в центрі уваги науковців, наприклад: правовий конфлікт як ціннісний вимір права, визначені характеристики та ознаки юридичного (правового)* конфлікту, розмежовані поняття «правовий конфлікт» та «правовий спір» у трудовому законодавстві тощо. Ці та інші питання вивчали С.В. Бобровник, А.В. Дмитрієв, М.І. Зан, В.М. Іванов, О.В. Іванова, М.І. Іншин, В.Н. Кудрявцев, І.Є. Переш, В.І. Руснак та інші.

Поняття «конфлікт» є полісемантичним і означає відкриту, тривалу боротьбу, бій, війну, дисгармонію у відносинах між людьми, ідеями або інтересами, зіткнення протилежностей, психічну боротьбу, що виникає як результат одночасного функціонування імпульсів, бажань та тенденцій, які взаємовиключають один одного². Це поняття може виражатися декількома термінами, тобто словами, які позначають поняття певної галузі знання чи діяльності людини. Змістова гамма його відтінків є доволі широкою, адже кожен термін має свою «спеціалізацію»: конфлікт (conflict) означає гострі розбіжності, зіткнення інтересів або ідей, підкреслює процес більшою мірою, ніж результат; боротьба (fight) – найбільш загальне слово для позначення будь-якого спору (contest), боротьби (struggle) або сварки (quarrel), що підкреслює фізичне або рукопашне єдиноборство; боротьба (struggle) – зусилля або жорсткі прояви фізичного чи будь-якого іншого характеру; спір, суперечка (contention) – гарячий вербальний спір чи диспут; суперництво (contest) – дружня або ворожа боротьба³. Отже, поняття «конфлікт» є родовим стосовно багатьох термінів, які мають близький до нього зміст.

У законодавстві України використовуються, як правило, терміни «конфлікт» та «спір».

У теоретико-правовій літературі немає загальноновизнаної дефініції правового конфлікту, але спроби визначити його характеристики та ознаки були: «або усі елементи конфлікту (мотивація, учасники, об'єкти та інше) повинні мати юридичну характеристику для того, щоб конфлікт був визнаний юридичним, або для цього достатньо, щоб правові ознаки мав хоча б один елемент... юридичним конфліктом слід визнати будь-який конфлікт, в якому спір так або інакше зв'язаний з правовими відношеннями сторін (їх юридично значимими діями або станами) та, відповідно, суб'єкти, або мотивація їх поведінки, або об'єкт конфлікту має правові ознаки, а конфлікт тягне юридичні наслідки»⁴. На наш погляд, таке формулювання є надто абстрактним, а тому можна погодитися із думкою, що «широке розуміння правового конфлікту в запропонованій редакції не відповідає вимогам щодо окреслення ним чіткого кола явищ та їх відокремлення від подібних правових феноменів... практично не буває так, щоб не можна було за допомогою правових норм та інститутів вплинути на розвиток конфлікту»⁵. При цьому принциповим у структурі конфлікту є двосторонній зв'язок суб'єктів, який заснований на правових протиріччях⁶. Такий зв'язок можна охарактеризувати як правовідносини між суб'єктами конфліктної ситуації, а за його відсутності визначити конфлікт як правовий неможливо.

Для визначення конфлікту як правового повинен бути юридичний факт, який надає конфлікту характеру правового: «для виникнення юридичного конфлікту в його чистій формі необхідним є юридичний факт – передумова виникнення конфліктної юридичної ситуації»⁷. Але далеко не усі правові факти сприяють виникненню правового конфлікту, а лише ті, завдяки яким устанавлюються правові відносини між сторонами. Правовий конфлікт, як і будь-який інший, має динамічний характер та є процесом у смислі руху, зміни станів системи відносин і ситуацій. Доповнення ознак конфлікту юридичними наслідками, на наше переконання, є зайвим, оскільки юридичний факт з необхідністю викликає юридичні наслідки.

© І.П. Лихолат, 2019

* Оскільки у сучасній українській теорії права диференціації понять «правовий конфлікт» та «юридичний конфлікт» не проведено, вважаємо, що їх можна розглядати як синоніми.

Отже, до істотних ознак правового конфлікту слід віднести юридичний факт, що «переводить» конфлікт у правове поле, а також правові відносини, що виникають між його учасниками і завдяки яким вони набувають взаємних прав та обов'язків. Відповідно до наявності або відсутності цих ознак конфлікт може одразу виникнути як правовий або перерости в такий згодом.

Найбільш часто термін «конфлікт» вживається в розумінні міжнародного воєнного, збройного, локального* – більш як у 70 нормативних актів. Такого роду конфлікти з самого початку підпадають до категорії правових, оскільки пов'язані з певними юридичними фактами, а саме: порушенням територіальної цілісності кордонів, їх сторонами є держави або окремі адміністративно-територіальні одиниці, а взаємовідносини між такими суб'єктами регулюються міжнародним правом: «Юридичним слід вважати будь-який міждержавний конфлікт, у тому числі і між сторонами, не пов'язаними договором»⁸, а «усі конфлікти, що відбуваються в міжнародній системі або такі, що виходять на її рівень, неминуче пов'язані із поведінкою держав як основних учасників ... системи – міжнародних відносин»⁹.

Пункт перший частини першої ст. 1 Закону України «Про національну безпеку України»¹⁰ надає визначення воєнного конфлікту як форми вирішення міждержавних або внутрішньодержавних суперечностей із двостороннім застосуванням воєнної сили. Юридичним фактом, що запускає такий конфлікт, є протиправні дії із застосуванням воєнної сили однією державою або адміністративно-територіальною одиницею щодо іншої держави або адміністративно-територіальної одиниці.

Також у чинному законодавстві України термін «конфлікт» вживається у контексті збройного конфлікту внутрішнього характеру.

Наступний випадок, у якому використовується цей термін, – конфлікт інтересів у діяльності осіб, які виконують посадові, службові, представницькі або професійні обов'язки. Найбільш розгорнуте визначення конфлікту інтересів надано у Законі України «Про запобігання корупції» (щодо вдосконалення заходів запобігання конфлікту інтересів)¹¹. У ньому міститься визначення як потенційного конфлікту інтересів – наявності у особи приватного інтересу у сфері, в якій вона виконує свої службові чи представницькі повноваження, що може вплинути на об'єктивність чи неупередженість прийняття нею рішень, або на вчинення чи невчинення дій під час виконання зазначених повноважень (абзац сьомий частини першої ст. 1 Закону), так і реального – суперечності між приватним інтересом особи та її службовими чи представницькими повноваженнями, що впливає на об'єктивність або неупередженість прийняття рішень, або на вчинення чи невчинення дій під час виконання зазначених повноважень (абзац тринадцятий частини першої ст. 1 Закону).

Конфлікт інтересів з самого початку має характер правового, оскільки пов'язаний із посадовими, службовими, представницькими або професійними повноваженнями осіб. Суб'єктом такого роду конфліктів є одна особа, але в різних статусах – як приватна особа та як особа, яка наділена відповідними повноваженнями. Отже, конфлікт інтересів являє собою потенційний або реальний конфлікт між приватними інтересами особи та інтересами установи, органу, держави.

Конфлікт інтересів має змішану природу: він, безумовно, є правовим, оскільки пов'язаний із характеристиками суб'єкта як носія певних повноважень, його статусом, але має також психологічні та соціальні складові: різноспрямовані інтереси, усвідомлення особою суперечності між приватним інтересом і її повноваженнями (психологічна складова), та вимога об'єктивності або неупередженості під час прийняття рішень, вчинення чи невчинення дій під час виконання зазначених повноважень (соціальна складова). Такого роду конфлікти завжди є наслідком психічної боротьби та реалізується у вчиненні або невчиненні належних згідно статусу дій.

Термін «конфлікт» використовується щодо характеристики розбіжностей внутрішньополітичного та зовнішньополітичного характеру. Такі конфлікти можуть виникати як правові або перетворюватися на них згодом. Вони належать до сфери публічно-правових відносин, а їх вирішення, як правило, неможливе за допомогою виключно правових інструментів: необхідним є залучення також політичних засобів.

«Конфлікт» вживається також для характеристики суперечок, що виникають у трудових правовідносинах. Для цієї категорії є характерним вживання поряд із терміном «конфлікт» терміна «спір». Особливості такого терміновживання можна пояснити специфікою вирішення трудових спорів, яка включає як юрисдикційні, так і неюрисдикційні методи їх вирішення: «Трудовий конфлікт – це розбіжності інтересів і потреб сторін трудового або колективного договорів, які вони намагаються вирішити самостійно під час безпосередніх переговорів. Трудовий спір – це розбіжності інтересів і потреб сторін трудового або колективного договорів, що не були врегульовані ними під час безпосередніх переговорів і передані на розгляд до спеціально створеного для цього юрисдикційного органу»¹². Можна сказати, що трудовий спір є наслідком невіршеного в результаті переговорів трудового конфлікту, а підхід до диференціації понять – логічним, обґрунтованим та підтвердженим практикою їх вживання в законодавстві.

«Правовий конфлікт» також використовується щодо відносин, які виникають між фізичними особами та призводять до порушень, за які настає адміністративна або кримінальна відповідальність, наприклад, гострих розбіжностей, зіткнень інтересів, що виникають на побутовому підґрунті, результатом яких є адміністративне або кримінальне порушення.

* «Термін „локальна війна” з'явився наприкінці 1950-х років. В США Г. Кіссінджер та його однодумці виступили з „концепцією обмеженої війни” та визначили її як міжнародний збройний конфлікт, що розгортається відносно невеликими силами двох трьох держав, ведеться з обмеженими політичними і воєнними цілями, внаслідок чого вона може бути лімітована за територією, бойовими силами і засобами, що застосовуються, та часом» (цит. за: Сірій С. Сутність понять „локальна війна” і „воєнний конфлікт” та їх типологія. Політичний менеджмент. 2006. № 4. С. 124–134. С. 129–130).

Контекстний аналіз вживання терміна «спір» доводить, що він має інше логіко-лінгвістичне навантаження, ніж «конфлікт» та означає дискусію, полеміку, контрверсію і використовується для означення законним шляхом вирішення правових конфліктів. Цей термін використовується в більшості кодифікованих актів матеріального та процесуального права, зокрема, у спеціалізованих нормативних актах стосовно розгляду справ у суді, для означення юрисдикційного шляху вирішення спору.

Для розвитку права наявність конфліктів може відігравати позитивну роль, оскільки є каталізатором нових правових норм: «законодавче утвердження нових правових норм має місце, скоріше, в тих галузях, де на їх необхідність вказує наявність конфлікту»¹³.

Всебічне і ґрунтовне дослідження правових конфліктів і спорів має неабиякі перспективи подальшого наукового пошуку, оскільки предмет такого дослідження тісно пов'язаний із вивченням природи конфліктів і спорів, шляхами їх юрисдикційного та позаюрисдикційного вирішення та, нарешті, засобами і методами їх попередження, що має не тільки теоретичне, а й практичне значення.

Отже, можемо зробити такі висновки.

Істотною ознакою правового конфлікту є юридичний факт, завдяки якому між сторонами, що мають гостри протиріччя та різноспрямовані інтереси і потреби, виникають правові відносини, а його учасники набувають взаємних прав та обов'язків. Наявність юридичного факту «переводить» конфлікт із побутового, економічного, політичного в правовий. Конфлікт може одразу виникнути як правовий або перетворитися на такий із іншого виду конфлікту.

Термін «конфлікт» є родовим щодо інших, які мають близький до нього зміст, зокрема до терміна «спір».

У чинному законодавстві України «конфлікт» вживається щодо: міжнародного або внутрішнього воєнного, збройного або локального конфлікту; конфлікту інтересів у діяльності осіб, які виконують посадові, службові, представницькі або професійні обов'язки; суперечок, що виникають у трудових правовідносинах; щодо характеристики розбіжностей зовнішньо- або внутрішньополітичного характеру; щодо правовідносин, які виникають між фізичними особами та призводять до правопорушень, за які настає адміністративна або кримінальна відповідальність.

Правовий конфлікт може бути вирішений у позаюрисдикційний спосіб (шляхом переговорів, медіації тощо). Якщо його не було врегульовано у такий спосіб, то він переходить у фазу правового спору та вирішується юрисдикційними органами (комісія з трудових спорів, суд тощо).

¹ Про забезпечення функціонування української мови як державної: Закон України № 2704-VIII від 25 квітня 2019 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2704-19/print>

² Гришина Н.В. Психологія конфлікту. 2-е изд. Санкт-Петербург: Питер, 2008. 544 с.: ил. С. 16 (Серія «Мастера психологии»).

³ Там само.

⁴ Юридическая конфликтология / А.Д. Бойков, Н.Н. Варламова, А.В. Дмитриев ; отв. ред.: В.Н. Кудрявцев; Российская академия наук: центр конфликтологических исследований. Москва, 1995. 316 с. С. 14.

⁵ Бобровник С.В. Правовий компроміс і правовий конфлікт як ціннісні виміри права. С. 110. URL: <http://dspace.nbuv.gov.ua/bitstream/handle/123456789/63891/21-Bobrovnyk.pdf?sequence=1>

⁶ Там само. С. 112.

⁷ Переш І.Є., Зан М.І., Руснак В.І. Юридичні факти в системі попередження та вирішення юридичних конфліктів. *Науковий вісник Ужгородського національного університету*. 2015. Вип. 31. Т. 1. С. 24–27. С. 25 (Серія ПРАВО).

⁸ Дмитриев А.В. Конфликтология: учеб. пособ. Москва: Гардарики, 2000. 320 с. С. 38.

⁹ Юридическая конфликтология / А.Д. Бойков, Н.Н. Варламова, А.В. Дмитриев ; отв. ред.: В.Н. Кудрявцев; Российская академия наук: центр конфликтологических исследований. Москва, 1995. 316 с. С. 177.

¹⁰ Закон України «Про національну безпеку України». URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2469-19/print>

¹¹ Про запобігання корупції (щодо вдосконалення заходів запобігання конфлікту інтересів) : Закон України № 1700-VII від 14.10.2014 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1700-18/print>

¹² Ишин М.І. Трудові конфлікти та трудові спори у системі соціальних конфліктів. *Форум права*. 2006. № 2. С. 71–75. С. 74. URL: <http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2006-2/06imisk.pdf>

¹³ Козер Льюис. Функции социального конфликта / пер. с англ. О.А. Назаровой. Москва: Идея-Пресс, Дом интеллектуальной книги. 2000. 205 с. С. 71.

Резюме

Лихолат І.П. Правові конфлікти та правові спори: диференціація понять і особливості їх вживання.

У статті надано характеристику понять «правовий конфлікт» та «правовий спір», досліджено практику їх вживання в чинному законодавстві України. Ознаками правого конфлікту є правовий факт та правові відносини між сторонами конфлікту. Поняття «правові конфлікти» застосовується щодо міжнародного або внутрішнього воєнного, збройного або локального конфлікту; конфлікту інтересів у діяльності осіб, які виконують посадові, службові, представницькі або професійні обов'язки; суперечок у трудових правовідносинах; розбіжностей зовнішньо- або внутрішньополітичного характеру; відносин між фізичними особами, які призводять до порушень, за які настає адміністративна або кримінальна відповідальність. Правові конфлікти вирішуються у позаюрисдикційний спосіб (переговори, медіація тощо), правові спори – юрисдикційним способом (комісія з трудових спорів, суд тощо).

Ключові слова: правовий конфлікт, правовий спір, законодавство України, вирішення конфліктів та спорів.

Резюме

Лихолат І. П. Правовые конфликты и правовые споры: дифференциация понятий и особенности их применения.

В статье охарактеризованы понятия «правовой конфликт» и «правовой спор», исследована практика их употребления в действующем законодательстве Украины. Определено, что признаком правового конфликта является правовой факт и правовые отношения между сторонами конфликта. Понятие «правовые конфликты» применяется в отношении международного или внутреннего военного, вооруженного или локального конфликта; конфликта интересов в деятельности лиц, которые осуществляют должностные, служебные, представительские или профессиональные обязанности; споров в трудовых правоотношениях; расхождений внешнеполитического или внутреннеполитического характера; отношений между физическими лицами, приводящими к нарушениям, которые влекут за собою административную или криминальную ответственность. Правовые конфликты разрешаются внеюрисдикционным путем (переговоры, медиация и т.д.), правовые споры – юрисдикционным (комиссия по трудовым спорам, суд и т.д.).

Ключевые слова: правовой конфликт, правовой спор, законодательство Украины, решение конфликтов и споров.

Summary

Lykholat I. Legal conflicts and legal disputes: differentiation of notions and peculiarities of their use.

The article gives a description of the notions «legal conflict» and «legal dispute», investigational practice of their use, is in the current legislation of Ukraine. Defined that the signs of right conflict are a legal fact and legal relations between the sides of conflict. The notion legal conflicts applies to an international or internal military, armed or local conflict; conflict of interests in the activities of persons performing official, service, representative or professional duties; disputes in labor relations; divergences of foreign policy or internal political character; relations between individuals that lead to violations for which administrative or criminal liability arises. Legal conflicts are resolved in a secretive way (negotiations, mediation, etc.), legal disputes – jurisdictional (labor disputes, court, etc.).

Key words: legal conflict, legal dispute, legislation of Ukraine, conflict and dispute resolution.

УДК 351.746.1(477)

В. Т. ОКІПНЮК

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

ВІЙСЬКА ОРГАНІВ ДЕРЖАВНОЇ БЕЗПЕКИ В УКРАЇНІ В ПЕРІОД ТОТАЛІТАРНОГО РЕЖИМУ: ІСТОРИКО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ

Радянські органи державної безпеки в Україні в період тоталітарного режиму (1929–1953 рр.) для виконання покладених на них функцій мали в своєму підпорядкуванні спеціальні військові формування. Для охорони державного кордону використовувалися прикордонні загони, а для боротьби з бандитизмом, придушення антидержавних виступів, національно-визвольного руху та утримання в покорі Українського народу – внутрішні війська.

Організаційна структура управління військами ОДПУ-НКВС-МВС-МДБ, характеристика керівного складу цих військових формувань у загальносоюзному масштабі були висвітлені в роботах О.І. Кокуріна, М.В. Петрова, К.В. Скоркіна. Юридичний статус і діяльність внутрішніх та прикордонних військ в Україні у досліджуваній період проаналізували Л.В. Бородич і О.М. Калюк¹.

Разом із тим комплексного історико-правового дослідження військових формувань органів державної безпеки в Україні в період тоталітарного режиму не проводилося. Тому проблематика ролі та місця військ ДПУ-ОДПУ-МДБ у забезпеченні реалізації функцій органів державної безпеки залишається лакуною сучасної вітчизняної історико-правової науки.

З огляду на це історико-правовий аналіз юридичного статусу військ ДПУ-ОДПУ-МДБ в Україні та їх взаємодії з територіальними органами державної безпеки має актуальний характер. Вивчення зазначеної теми набуває особливого значення в сучасних умовах, коли наша країна змушена уже шостий рік поспіль вести напружену боротьбу з агресивними діями з боку сусідньої держави із застосуванням Збройних Сил та інших військових формувань.

Юридичний статус військ ОДПУ, порядок їх комплектування та проходження служби особовим складом на початок досліджуваного періоду регулювалися законом про обов'язкову військову службу, який було затверджено постановою ЦВК і РНК СРСР від 8 серпня 1928 року. Стаття 2 цього нормативного акта визначила, що війська ОДПУ входять до складу РСЧА СРСР і є військами особливого призначення.

Згідно зі ст. 23 Статуту про комплектування, відбування обов'язкової військової служби військовослужбовцями військ ОДПУ, а також правила взяття їх на облік визначались Наркоматом військових і морських справ (далі – НКВМС) СРСР за погодженням з головою Колегії ОДПУ.

Дійсна військова служба військовослужбовців рядового складу становила п'ять років, призов відбувався при досягненні особою на 1 січня року призову 21 року. Середній начальницький склад перебував на дійсній службі до 40 років, старший – до 45 років, вищий – до 50 років.

Відповідно до ст. 35 для військовослужбовців морських частин прикордонної охорони ОДПУ, які пройшли курс спеціальних шкіл, навчальних загонів або корабельну підготовку, строк безперервної служби становив чотири роки перебування в частині і рік перебування в довгостроковій відпустці. Для всіх інших військовослужбовців морських частин прикордонної охорони ОДПУ – відповідно три роки перебування в частині і два роки – у довгостроковій відпустці. Для військовослужбовців сухопутних частин – два роки перебування в частині і три роки – у довгостроковій відпустці².

Як бачимо, закон про обов'язкову військову службу лише в загальних рисах окреслював функції військ органів державної безпеки. Їх практичне використання визначалося відомчими підзаконними актами. Незмінним залишався принцип жорстко централізованого управління військами ОДПУ. Командуючим військами ОДПУ в Україні був голова ДПУ УСРР. Внутрішніми та прикордонними військами він керував особисто або через спеціалізований орган – Управління прикордонної охорони та військ ДПУ (далі – УПО ВДПУ). Тільки з дозволу голови оперативне керівництво військами могли здійснювати начальники місцевих органів державної безпеки.

Наприкінці 1920-х рр. війська ОДПУ мали забезпечувати карально-репресивні акції, які проводились територіальними та спеціалізованими органами ДПУ, вести боротьбу з відкритими збройними виступами. Наказом ДПУ УСРР № 44722 від 11 лютого 1930 р. було визначено, що для ліквідації повстань і бандитизму, які можуть виникнути при проведенні виселення «куркулів», мають використовуватись війська ОДПУ. Наказ встановив план прикріплення та переміщення в округи військових частин ОДПУ. У Київському, Чернігівському, Одеському, Дніпропетровському та Запорізькому округах постійно дислокувались 3-й, 4-й і 5-й дивізіони 4-го Українського полку, дивізіон Осприз, навчальний прикордонний взвод і школа міліції. В інші внутрішні округи висилались взводи від 1-го та 2-го дивізіонів 4-го Українського полку та його полкової школи, взводи 107-го і 108-го дивізіонів і 6-го кавалерійського полку. Прикордонні округи в разі необхідності забезпечувались військовою підтримкою з боку маневрових груп відповідних прикордонних загонів. В якості резерву при голові ДПУ УСРР залишались частини 6-го кавалерійського полку³.

У лютому 1930 р. 11 округів прикордонної зони були охоплені селянськими повстаннями. Найбільшого розмаху та гостроти антирадянська боротьба селянства досягла в Тульчинському та Могилівському округах. У доповідній записці на ім'я Генерального секретаря ЦК КП(б)У С.В. Косіора голова ДПУ УСРР В.А. Балицький повідомляв, що ліквідувати ці небезпечні збройні повстання вдалось завдяки рішучим діям оперативних груп і військ ДПУ. У березні 1930 р. у довідці інформаційного відділу ДПУ УСРР про політичний стан Одеського округу зазначалось, що в окремих його місцевостях відбувались збройні сутички між прикордонними військами ДПУ і повсталими селянами, які намагались перетнути державний кордон⁴.

У квітні 1930 р. ліквідацію селянського повстання у Павлоградському, Петропавлівському, Близнюківському, Васильківському та деяких інших районах Дніпропетровського округу здійснювала оперативна група ДПУ чисельністю в 35 осіб на чолі із заступником начальника Дніпропетровського окрвідділу ДПУ З.М. Галицьким. Цій групі були підпорядковані збройні загоны місцевої міліції та партійних працівників у загальній кількості близько 200 бійців. У діяльності оперативної групи були відновлені окремі методи «червоного терору» періоду «воєнного комунізму», зокрема взяття заручників⁵.

Після проведення в УСРР адміністративно-територіальної реформи порядок взаємодії військ ОДПУ з місцевими територіальними органами ДПУ УСРР визначало Положення про структуру, оперативні й адміністративні функції та права місцевих органів ДПУ УСРР, прийняте восени 1930 року. Згідно зі ст. ст. 35–41 цього нормативного акта війська ОДПУ, розташовані на території сектору, в оперативному відношенні підлягали начальнику сектору. На нього, як на оперативного керівника частини військ ОДПУ, покладалась відповідальність за боєздатність, політико-моральний стан, «чекістсько-бойову підготовку», повсякденне несення служби та побутове становище підпорядкованих військових частин. У разі виявлення недоліків у цих питаннях начальник сектору мав доповідати в центральний апарат ДПУ УСРР.

Начальники секторів могли з попереднього дозволу Голови ДПУ УСРР використовувати військові частини для придушення масових повстань і заворушень, ліквідації масових «волинок» і безпорядків, припинення «контрреволюційних» демонстрацій.

Залучення військ ДПУ до проведення обшуків, облав, арештів, здійснювалось за розпорядженнями начальника сектору. Конвоювання затриманих і заарештованих війська ДПУ проводили тільки у випадку неможливості використання конвойної варті. До несення караульної служби частини військ ОДПУ залучались на підставі затвердженої головою ДПУ УСРР таблиці постам. Збільшення нарядів для караульної служби відбувалось тільки з дозволу начальника УПО ВДПУ⁶.

У подальшому правила взаємовідносин органів і військ ДПУ доповнювались і деталізувались. Відповідно до наказу ДПУ УСРР № 275 від 21 грудня 1932 р. передбачалось, що при проведенні операцій за участі військ ОДПУ начальники оперсекторів при складанні планів проведення таких операцій мають залучати командирів відповідних військових частин ОДПУ⁷.

Зростання соціальної нестабільності в УСРР під час колективізації вимагало посилення охорони не тільки важливих промислових об'єктів, а й забезпечення безперешкодної роботи залізничного транспорту. Згідно з постановою РНК СРСР від 4 грудня 1931 р. воєнізовану охорону НКШС замінила військова охорона.

Було створено війська ОДПУ для охорони залізничних споруд чисельністю 47 тис. осіб. Війська ОДПУ мали взяти під охорону 1263 залізничних об'єкти. З них 734 залізничних мости, 107 тунелів, 231 водокачка, 44 електростанції, 97 заводів і депо, 36 мобілізаційних баз, 14 інших споруд. В УСРР воєнізована охорона НКВС перейшла у відання УПО ВДПУ з 25 грудня 1931 року. Протиповітряну оборону (далі – ППО) цих об'єктів передбачалось забезпечити також силами військ ОДПУ. Було виділено 3 тис. осіб для формування зенітно-артилерійських і зенітно-кулеметних підрозділів і частин ППО військ ОДПУ⁸.

У першій половині 1930-х рр. чисельність внутрішніх військ ОДПУ в Україні продовжувала зростати. Окрім вже існуючих 4-го Українського полку (командир – М.І. Яценко), який складався з п'яти дивізіонів, 6-го кавалерійського полку (командир – М.Г. Кулеша), 107-го (командир – Л.П. Горшанов) та 108-го (командир – П.С. Отрищенко) окремих дивізіонів, було сформовано ще низку частин і з'єднань військ ОДПУ: 12-й Київський (командир – М.Д. Калмар), 23-й (командир – П.З. Долженков) і 28-й полки, 2-гу залізничну бригаду (начальник – В.Т. Чистов), вісім залізничних полків (4-й – командир А.С. Калінін, 5-й – командир П.А. Артем'єв, 7-й – командир О.О. Мизніков, 8-й – командир А.І. Сенькін), 123-й (командир – С.Г. Талашенко), 125-й Зуєвський і 127-й дивізіони, зенітно-кулеметну школу ВОДПУ тощо. Було створено окремі дивізіони ППО ВОДПУ – 25-й і 26-й артилерійсько-зенітні, 27-й, 28-й зенітний, 32-й і 33-й артилерійський. Нарощувався також військовий потенціал прикордонних загонів⁹.

Кількісне збільшення супроводжувалося процесами функціональної спеціалізації військ ОДПУ. З огляду на це, дислоковані на території України війська ОДПУ умовно можна поділити на кілька груп. До першої групи входили військові частини, які забезпечували придушення «антирадянських» виступів і заворушень населення. Вони, як правило, перебували в безпосередньому контакті з місцевими органами ДПУ. До другої групи належали військові частини, які здійснювали охорону важливих промислових підприємств. До третьої – військові формування із охорони залізниць і об'єктів залізничного транспорту. До четвертої – військові частини ППО.

З 1934 р. після ліквідації ДПУ-ОДПУ внутрішні та прикордонні війська вийшли з прямого підпорядкування органів державної безпеки і до другої половини 1940-х рр. перебували у віданні НКВС-МВС СРСР і УСРР. З 1934 по 1939 рр. керівництво ними було зосереджено в Управлінні прикордонної і внутрішньої охорони НКВС УСРР і Головному управлінні прикордонної і внутрішньої охорони (далі – ГУПВО) НКВС СРСР. У 1939 р. ГУПВО було розділено на шість головних управлінь. Три з них забезпечували функціонування прикордонних і внутрішніх військ – головне управління прикордонних військ, головне управління військ НКВС з охорони залізничних споруд, головне управління з охорони особливо важливих підприємств промисловості¹⁰.

Після 1941 р. функціонування військових формувань в системі НКВС-МВС СРСР і УРСР забезпечувало поряд зі згаданими вище підрозділами також управління (згодом – головне управління) оперативних (згодом – внутрішніх) військ¹¹.

У цей же період було сформовано систему комплектування прикордонних і внутрішніх військ, яка мала забезпечити політичну благонадійність призовників. Для цього запроваджувалися поглиблене вивчення та спецперевірка призовного контингенту, залучення до цього процесу представників УДБ місцевих органів НКВС. Зазначену процедуру регулювала спеціальна інструкція з відбору призовників для прикордонних і внутрішніх військах НКВС СРСР, яка була введена в дію наказом НКВС СРСР № 00658 «Про роботу органів НКВС з відбору призовників до прикордонних і внутрішніх військ НКВС і проведення чергових призовів»¹².

З другої половини 1940-х рр. партійно-державне керівництво взяло курс на розширення каральних повноважень органів державної безпеки. У цьому контексті, на наш погляд, слід розглядати й процеси переведення під юрисдикцію МДБ військових формувань.

Першим кроком у цьому напрямі стало передання до МДБ внутрішніх військ. З метою посилення боротьби з українським національно-визвольним рухом відповідно до спільного наказу МВС і МДБ СРСР № 0074/0029 від 21 січня 1947 р. внутрішні війська були передані з підпорядкування МВС у підпорядкування МДБ. Порядок та основні принципи взаємодії між органами та військами МДБ було визначено в директиві МДБ УРСР № 20 від 10 лютого 1947 року¹³.

До завдань військ МДБ належали: ліквідація груп і організованих «антирадянських» виступів українського націоналістичного підпілля; знищення груп і «одинаків», які були «закинуті» в СРСР іноземними розвідувальними органами або емігрантськими «антирадянськими» організаціями; «очистка» території західних областей України від «нелегалів»; розшук і вилучення зброї, боєприпасів, воєнного спорядження, продовольства, які зберігалися повстанцями або населенням.

Взаємодія органів і військ МДБ ґрунтувалася на тому, що оперативно-службова та бойова діяльність внутрішніх військ МДБ здійснювалася під оперативним керівництвом органів МДБ. Підрозділи та частини внутрішніх військ МДБ, які дислокувалися в межах адміністративних кордонів районів, перебували в оперативному підпорядкуванні начальників відповідних райвідділів МДБ, а в межах адміністративних кордонів областей – начальників відповідних УМДБ областей. Начальники органів МДБ, у підпорядкуванні яких знаходилися війська, виступали для військових командирів старшими оперативними начальниками.

Дислокація підрозділів і частин військ МДБ затверджувалась начальником внутрішніх військ МДБ УО за погодженням з міністром державної безпеки УРСР. Вона не могла змінюватися самостійно командирами військових підрозділів. Кожний гарнізон внутрішніх військ отримував визначений район оперативно-військового обслуговування. Заборонялося використання військ не за прямим призначенням. З цією метою начальниками органів МДБ і командирами військових з'єднань, частин і підрозділів, виходячи з оперативної

обстановки кожного окремого району та області, складалися плани оперативно-військових заходів з використання військ.

У рамках цих планів військові командири та начальники гарнізонів внутрішніх військ вели постійний пошук українських підпільників шляхом надсилення в закріплені райони різноманітних службових нарядів, які у випадку відсутності офіцерів дозволялося очолювати досвідченим сержантам.

Для оперативного керівництва військовими підрозділами та збору оперативної інформації про націоналістичне підпілля начальниками УМДБ і райвідділів МДБ до кожного гарнізону внутрішніх військ прикріплювався оперативний працівник.

За наявності достатніх оперативних даних, зібраних ним, начальник органу МДБ вручав підписане письмове орієнтування начальнику гарнізону внутрішніх військ МДБ. Військовий командир на його підставі складав план заходів або план чекістсько-військової операції. До її проведення мали залучатись найбільш досвідчені офіцери військ МДБ, а сама операція здійснюватися за умови тісного контакту оперативного та військового керівництва.

У директиві МДБ УРСР № 20 також докладно визначався порядок проведення внутрішніми військами МДБ військової розвідки, яка мала спиратися на так звану базу сприяння. Її становили «перевірені» та «відданні радянській владі» представники місцевого населення.

Начальники органів МДБ були зобов'язані піклуватися про побутові умови розміщення військ, вести серед особового складу систематичне «чекістське виховання», ознайомлювати з тактикою дій українського націоналістичного підпілля.

Переведення внутрішніх військ у підпорядкування МДБ супроводжувалось заходами з посилення дисципліни. Наказ МДБ СРСР № 00424 від 19 серпня 1947 р. констатував серйозні прорахунки в бойовій підготовці, дисципліні, вихованні та матеріально-побутовому забезпеченні внутрішніх військ МДБ. Зокрема, серед військових частин з низьким рівнем «чекістсько-військової дисципліни» і «поганим порядком» називалися підрозділи військ МДБ УО – 18-й, 91-й, 215-й, 290-й стрілецькі полки.

Начальнику військ МДБ УО, командирам з'єднань і частин наказувалося для покращення якості службово-бойової та політичної підготовки провести комплекс заходів щодо підвищення вимогливості до підлеглих, зміцнення кадрів офіцерського складу, особливо у віддалених гарнізонах, систематичного навчання та виховання всього особового складу, своєчасного й повного матеріально-технічного забезпечення потреб військовослужбовців внутрішніх військ МДБ¹⁴.

Внутрішні війська МДБ УО включали п'ять стрілецьких дивізій, які були розквартировані в семи областях західної України. Вони розосереджувалися невеликими підрозділами, від взводу та нижче, в найбільш небезпечних з точки зору діяльності українського націоналістичного підпілля населених пунктах. У середньому припадало від 60 до 70 гарнізонів на дивізію. 62 стрілецька дивізія була розквартирована у Львові, 64 стрілецька дивізія – у Дрогобичі і Трускавці, 65 стрілецька дивізія – у Збаражі та Надвірній, 81 стрілецька дивізія – у Дубно та Рівному, 82 стрілецька дивізія – у Станіславі¹⁵.

Поряд з дивізіями в межах УО в різний час діяли окремі полки, батальйони і дивізіони внутрішніх військ МДБ як з постійною дислокацією, так і залучені з інших регіонів СРСР: 2-й стрілецький полк 64 стрілецької дивізії у Золочеві (з 18 листопада 1947 р. перейменований у 4-й стрілецький полк), зведений і 3-й стрілецький батальйони та 2-й і 3-й дивізіони 8-го мотострілецького полку в Межиричах, 10-й, 12-й і 18-й стрілецькі полки у Радехові, Львові, Кременці та Самборі, 1-й стрілецький батальйон у Здолбунові, 86-й, 88-й, 91-й стрілецькі полки у Бережанах, Бродах, Золочеві, Болехові та Трускавці, 141-й стрілецький полк у Богородчанах і Надвірній, 215-й стрілецький полк у Калуші, 277-й стрілецький полк у Луцьку, 290-й окремий стрілецький полк з охорони особливо важливих об'єктів з дислокацією в Києві, 445-й, 446-й і 450-й полки у Сарнах, Костополі, Дубно, Рівному, Надвірній і Копиченцях, 3-й окремий мотострілецький батальйон у Кременці, Трускавці та Надвірній, 1-й і 2-й мотострілецькі полки дивізії ім. Ф.Е. Держинського з постійною дислокацією в Москві, 261-й стрілецький полк з дислокацією у Вільнюсі, особовий склад Саратовського військового училища та інші¹⁶.

До проведення операцій проти українських націоналістів залучалися також деякі полки внутрішніх військ з охорони особливо важливих об'єктів промисловості та залізниць: 54-й (Київ), 61-й (Ківерці), 62-й (Львів, Шепетівка), 69-й (Вінниця), 117-й (Рівне), 128-й (Тисмениця), 130-й (Борислав) та інші¹⁷.

Після створення в 1951 р. на базі Управління внутрішніх військ і управління військ урядового зв'язку Управління внутрішньої охорони, проведення бойових операцій проти українського підпілля в західних областях УРСР забезпечували 11 загонів внутрішньої охорони МДБ¹⁸.

У діяльності внутрішніх військ МДБ мали місце суттєві недоліки, які призводили до зриву операцій, що проводилися спільно з органами МДБ. В основному це було пов'язано з недисциплінованістю військовослужбовців внутрішніх військ, невмілим керівництвом операціями з боку командирів, відсутністю тісного контакту в проведенні операцій між командирами військових частин, начальниками органів МДБ і оперуповноваженими, недостатнім використанням військовими частинами баз сприяння, незабезпеченістю військ вантажним автотранспортом¹⁹.

Щодо забезпечення автотранспортом було прийнято навіть окреме розпорядження Ради Міністрів СРСР від 11 травня 1948 р., а на його виконання – наказ МДБ УРСР № 054 від 21 травня 1948 року. Для матеріально-технічного забезпечення боротьби з українським підпіллям органам МДБ західних областей було виділено 300 автомашин, з яких 202 передавалися внутрішнім військам МДБ у тимчасове користування²⁰.

Також негативно впливав на бойові показники незадовільний морально-психологічний стан внутрішніх військ МДБ: чисельні випадки венеричних захворювань серед військовослужбовців, висловлювання ними незадоволення службою у внутрішніх військах МДБ, «антирадянських поглядів», небажання вести боротьбу з націоналістами. Станом на 1 червня 1948 р. органами військової контррозвідки МДБ КВО в частинах внутрішніх військ МДБ УО було виявлено 55 військовослужбовців, які підозрювалися у зв'язках з українським націоналістичним підпіллям. На підставі цього було заведено справи оперативного обліку – три справи-формуляри та шість облікових справ²¹.

Поряд із тим у діяльності внутрішніх військ МДБ мали місце грубі порушення законності, грабежі, насильства. За даними ОВ МДБ КВО, з грудня 1947 р. по 15 березня 1948 р. тільки в 65 стрілецькій дивізії за вчинення подібних злочинів було заарештовано та засуджено 33 військовослужбовця, серед яких – два офіцери²².

Подальшим кроком партійно-державного керівництва у цей період стало включення в систему МДБ військ урядового зв'язку. На підставі постанови Ради Міністрів СРСР від 25 серпня 1947 р. і відповідно до спільного наказу МВС і МДБ СРСР № 00987/00458 від 26 серпня 1947 р. разом із відділом урядового зв'язку від МВС до МДБ було передано війська урядового зв'язку. Керівництво ними здійснювало Управління військ урядового зв'язку МДБ СРСР.

Завершальним етапом формування військової складової органів державної безпеки стало введення до складу МДБ прикордонних військ. Відповідно до постанови Ради Міністрів СРСР від 13 жовтня 1949 р. це закріпив спільний наказ МВС і МДБ СРСР № 00968/00334 від 17 жовтня 1949 року²³.

Керівництво в системі МДБ СРСР військовими формуваннями здійснювали Головне управління прикордонних військ, Головне управління внутрішніх військ та Управління військ урядового зв'язку. Останні два підрозділи у 1951 р. були об'єднані в Головне управління внутрішньої охорони²⁴. В Україні функціонували Управління внутрішніх військ МДБ (до 30 червня 1951 р.) і Управління внутрішньої охорони МДБ (з 30 червня по 31 грудня 1951 р.), розташовані в Києві²⁵.

Таким чином, партійно-державним керівництвом СРСР перед органами державної безпеки у період тоталітарного режиму ставилися глобальні за своїми масштабами задачі щодо проведення різноманітних каральних і обмежувальних заходів: колективізації та розкуркулення, масових депортацій населення, знищення організованого збройного спротиву радянській системі, особливо в регіонах, остаточно приєднаних до СРСР після Другої світової війни, Західній Україні, Західній Білорусі та Прибалтиці, формування максимально закритого суспільства й забезпечення повної ізоляції радянської країни від зовнішнього світу. Їх вирішення було можливим тільки шляхом залучення значної військової сили. Роль такої військової сили, яка мала сприяти органам державної безпеки у виконанні визначених задач, відігравали внутрішні, прикордонні війська та війська урядового зв'язку. Їх підпорядкування органами державної безпеки було спрямовано на більш ефективне вирішення останніми проблем оперативної діяльності.

У розвитку юридичного статусу військ органів державної безпеки в період тоталітарного режиму, з урахуванням змін у їх відомчій підпорядкованості, можна виділити три етапи. Під час першого (1929–1934 рр.) відбувся процес збільшення чисельності військ ДПУ та поглиблення їх функціональної спеціалізації з виділення окремих видів внутрішніх військ. У цей час військові частини органів державної безпеки залучалися до збройного придушення виступів українського селянства, спрямованих проти насильницької колективізації, забезпечували охорону важливих промислових підприємств, залізниць, здійснювали заходи ППО. Були юридично визначені засади взаємовідносин військ і органів державної безпеки. Зберігаючи самостійність у питаннях внутрішнього життя, в оперативному відношенні військові частини підпорядковувалися територіальним органам. Суворо централізована підпорядкованість забезпечувалася через пряме керівництво військами з боку голови ДПУ УСРР, який вважався командуючим військами ОДПУ в Україні. Опосередковане керівництво військами відбувалося через спеціальний орган – УПО ВДПУ та начальників місцевих територіальних органів державної безпеки.

З 1934 р. внутрішні та прикордонні війська вийшли з прямого підпорядкування органів державної безпеки, але продовжували (з деякою перервою в 1941 р.) перебувати з ними в єдиному відомчому механізмі. Після створення в 1943 р. окремих наркоматів державної безпеки і внутрішніх справ військові формування були включені до структури останнього в якості відокремлених структурних підрозділів. Це був другий етап у розвитку юридичного статусу внутрішніх і прикордонних військ (1934–1947 рр.), під час якого вони перебували у складі НКВС і МВС.

Відновлення підпорядкованості внутрішніх і прикордонних військ органам державної безпеки відбулося на третьому етапі розвитку їх юридичного статусу протягом 1947–1953 років. Партійно-державним керівництвом СРСР було здійснено послідовну передачу з МВС до МДБ внутрішніх військ, військ урядового зв'язку та прикордонних військ. Такий захід був зумовлений насамперед необхідністю організації боротьби з українським націоналістичним підпіллям на теренах Західної України. У зв'язку з цим детально визначалися принципи взаємодії військ і територіальних органів державної безпеки. Головною засадою вважалась оперативна підпорядкованість військових підрозділів начальникам відповідних органів МДБ.

¹ Лубянка: Органи ВЧК-ОГПУ-НКВД-НКГБ-МГБ-КГБ. 1917–1991: справочник / под ред. акад. А.Н. Яковлева; авт.-сост.: А.И. Кокурин, Н.В. Петров. Москва: МФД, 2003. 768 с.; *Петров Н.В., Скоркин К.В.* Кто руководил НКВД, 1934–1941:

- справочник / под. ред. Н.Г. Охотина, А.Б. Рогинского. Москва : Звенья, 1999. 504 с.; *Петров Н.В.* Кто руководил органами госбезопасности, 1941–1954 : справочник / Междунар. О-во «Мемориал», РГАСПИ, ГАРФ, ЦА ФСБ России. Москва : О-во «Мемориал»; «Звенья», 2010. 1008 с.; *Бородич Л.В.* Внутрішні й прикордонні війська в Україні у 1917–1941 рр. (Історико-правовий аспект) : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Національна юридична академія України ім. Ярослава Мудрого. Харків, 1999. 164 с.; *Калюк О.М.* Війська НКВС (МВС) в Україні (1939–1953 рр.): історико-правовий аспект: дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Київський національний університет внутрішніх справ. Київ, 2006. 182 с.
- ² СЗ СРСР. 1928. № 51 Ст. 448, 449.
- ³ ЦДАГО України. Ф. 1. Оп. 20. Спр. 3190. Арк. 27(зв.)–28.
- ⁴ Там само. Спр. 3184. Арк. 28, 65.
- ⁵ Павлоградське повстання 1930 р.: Документи і матеріали / упоряд. В.М. Даниленко. Київ: Укр. письменник, 2009. С. 20, 30, 42–44.
- ⁶ Лубянка: Органи ВЧК-ОГПУ–НКВД–НКГБ–МГБ–КГБ. 1917–1991: справочник / под ред. акад. А.Н. Яковлева; авт.-сост.: А.И. Кокурин, Н.В. Петров. Москва: МФД, 2003. 768 с. Арк. 512.
- ⁷ ГДА СБ України. Ф. 9. Спр. 286. Арк. 21.
- ⁸ Органы и войска МВД России. Краткий исторический очерк / Некрасов В.Ф., Борисов А.В., Детков М.Г. и др. Москва, 1996. С. 293; ЦДАВО України. Ф. 183. Оп. 4. Спр. 550. Арк.122.
- ⁹ ГДА СБ України. Ф. 9. Спр. 287. Арк. 161–201 зв.
- ¹⁰ *Петров Н.В., Скоркин К.В.* Кто руководил НКВД, 1934–1941: справочник / под. ред. Н.Г. Охотина, А.Б. Рогинского. Москва : Звенья, 1999. С. 53.
- ¹¹ *Петров Н.В.* Кто руководил органами госбезопасности, 1941–1954 : справочник / Междунар. О-во «Мемориал», РГАСПИ, ГАРФ, ЦА ФСБ России. Москва : О-во «Мемориал»; «Звенья», 2010. С. 23–24, 33.
- ¹² ГДА СБ України. Ф. 9. Спр. 14 (СРСР). Арк. 52–64.
- ¹³ Там само. Спр. 123. Арк. 73–79.
- ¹⁴ Там само. Спр. 17 (СРСР). Арк. 107–110.
- ¹⁵ Там само. Ф. 23. Оп. 1 (1959). Спр. 33. Арк. 169–171; Ф. 9. Спр. 24 (СРСР). Арк. 5.
- ¹⁶ ГДА СБ України. Ф. 9. Спр. 24 (СРСР). Арк. 7–16, 18, 20.
- ¹⁷ Там само. Арк. 7–8.
- ¹⁸ Там само. Арк. 18–19.
- ¹⁹ Там само. Ф. 23. Оп. 1 (1959). Спр. 33. Арк. 172–181.
- ²⁰ Там само. Ф. 9. Спр. 138. Арк. 74–76.
- ²¹ Там само. Ф. 23. Оп. 1 (1959). Спр. 33. Арк. 183–200.
- ²² Там само. Арк. 182.
- ²³ *Петров Н.В.* Кто руководил органами госбезопасности, 1941–1954 : справочник / Междунар. О-во «Мемориал», РГАСПИ, ГАРФ, ЦА ФСБ России. Москва : О-во «Мемориал»; «Звенья», 2010. С. 64.
- ²⁴ Там само. С. 63–64.
- ²⁵ ГДА СБ України. Ф. 9. Спр. 24 (СРСР). Арк. 2.

Резюме

Окіпніук В.Т. Війська органів державної безпеки в Україні в період тоталітарного режиму: історико-правовий аспект.

У статті здійснено історико-правовий аналіз розвитку юридичного статусу військових формувань, які були підпорядковані органам державної безпеки УРСР у період тоталітарного режиму. Визначено етапи еволюції їх юридичного статусу. Охарактеризовано юридичні акти, які регулювали взаємодію військ і територіальних органів державної безпеки.

Ключові слова: війська ОДПУ-МДБ, радянські органи державної безпеки, тоталітарний режим.

Резюме

Окіпніук В.Т. Войска органов государственной безопасности в Украине в период тоталитарного режима: историко-правовой аспект.

В статье осуществлен историко-правовой анализ развития юридического статуса военных формирований, которые были подчинены органам государственной безопасности в период тоталитарного режима. Определены этапы эволюции их юридического статуса. Охарактеризованы юридические акты, которые регулировали взаимодействие войск и территориальных органов государственной безопасности.

Ключевые слова: войска ОГПУ-МГБ, советские органы государственной безопасности, тоталитарный режим.

Summary

Okipniuk V. The troops of state security bodies in Ukraine during the totalitarian regime: the historical and legal aspect.

The article provides historical and legal analysis of the development of the legal status of military formations that were subordinated to the state security organs of the Ukrainian SSR during the totalitarian regime. The stages of the evolution of their legal status are determined. The legal acts regulating the interaction of troops and territorial state security bodies are described.

Key words: OGPU-MDB troops, Soviet state security bodies, totalitarian regime.

І.Д. СОФІНСЬКА

Ірина Дмитрівна Софінська, кандидат юридичних наук, доцент Навчально-наукового Інституту права та психології Національного університету «Львівська Політехніка»

ORCID 0000-0002-3853-7626

ВІЗІЯ ЗАКОНОДАВЧОГО РЕГЛАМЕНТУВАННЯ УКРАЇНСЬКОГО ГРОМАДЯНСТВА (1918–2018)

Напрацювання сучасної концепції динамічного праворозуміння у сфері регламентування конституційно-правового інституту громадянства і застосування правовладдя під час реалізації права кожної людини на громадянство покликане продемонструвати трансформацію усвідомлення кожним засадничого «права мати права»¹.

Розвиток правової доктрини громадянства в Україні відбувався поступово: можемо впевнено констатувати стовікову часову позначку, коли у 1918 р. з'явилася достатньо умовна точка відліку законодавчого закріплення українського громадянства. Однак єдиної позиції щодо періодизації законодавчого регламентування інституту українського громадянства науковцями не було сформовано. Якщо одні українські вчені, розмірковуючи про розвиток інституту громадянства, обмежують його винятково періодом, який пов'язаний зі становленням України як сучасної суверенної держави², то інші науковці детально аналізують його історичний розвиток з часу виникнення без очевидних етапів становлення (Л. Альбертіні³, О. Копиленко⁴). Деякі вчені пропонують конкретні критерії для періодизації становлення та розвитку інституту громадянства в Україні. До прикладу, О. Лотюк пов'язує історичний розвиток інституту громадянства в Україні як з етапами українського державотворення, так і з етапами становлення українського конституціоналізму⁵. Поділяємо думку українських дослідників громадянства (М. Суржинського, Ю. Тодики, Ю. Шемшученка), що інститут громадянства в Україні пройшов декілька конкретних етапів: період відродження національної Української держави (1917–1920 рр.), радянський період інституту громадянства в Україні, конституційно-правовий інститут громадянства в Україні як незалежній суверенній державі⁶.

Вважаємо, що окремим пунктом цієї темпоральної періодизації розвитку правової доктрини громадянства варто додати міжвоєнний період, коли регіони сучасної України входили до різних держав Європи⁷. Візуально процес еволюції законодавчого регламентування правового інституту громадянства в Україні протягом ХХ–ХХІ ст. ст. зримо пройшов такі основні етапи періодизації: *державницький* період (1917–1921 рр., законодавство Української Народної Республіки, Гетьманату, Директорії); *міжвоєнний* період (1922–1945 рр., українці у соціумі Польщі, Радянського Союзу, Румунії, Угорщини та Чехословаччини); *радянський* період (закінчення Другої світової війни і до відновлення Україною незалежності у 1991 р.); *сучасний* період (з 24 серпня 1991 р.)⁸.

Питання законодавчого закріплення громадянства у державотворчих документах України набуло нового значення і актуальності передусім у ХХ ст., у зв'язку з геополітичними змінами на карті Європи, а також з очевидною потребою самовизначення та самоідентифікації громадян України. Для окреслення світоглядного ядра українського громадянства та його ціннісного наповнення ми акцентуємо увагу на двох визначальних періодах розвитку правової доктрини громадянства в Україні: *державницькому* та *сучасному*.

Джерельну базу державницького періоду розвитку правової доктрини українського громадянства становлять закон про громадянство Української Народної Республіки від 2 березня 1918 р. (т. зв. березневий закон 1918 р.)⁹, закон про громадянство Української Держави від 2 липня 1918 р. (т. зв. липневий закон 1918 р.)¹⁰. Сучасний період розвитку правової доктрини громадянства в Україні характеризується законом про громадянство від 8 жовтня 1991 р.¹¹ та законом про громадянство від 18 січня 2001 р. (чинний) зі всіма змінами та поправками¹².

Серед основних маркерів громадянства, які визначають ступінь дихотомії «держава – громадянин», найважливішими є такі: сутність та права природа громадянства, особливі підстави та принципи набуття/припинення громадянства, причини (підстави) відмови у прийнятті особи до громадянства, допустимість/прийнятність подвійного (множинного) громадянства, виникнення безгромадянства тощо. Протягом ХХ ст. ці маркери «заволоділи» світом та набули нового значення на міжнародному рівні: по-перше, були прийняті на рівні ООН та Ради Європи засадничі документи, які стосувалися дискурсу громадянства (Загальна декларація прав людини 1948 р.¹³, Європейська конвенція про громадянство 1997 р.¹⁴ та інші). По-друге, була сформульована концепція громадянства у рішенні Міжнародного суду справедливості ООН у справі *Nottebohm (Lichtenstein v. Guatemala)* від 1955 р., де в п. 23 сказано, що громадянство – це «реальний та ефективний правовий зв'язок між державою та особою, який існує як на підставі інтересів та почуттів, так і взаємних прав та обов'язків»¹⁵.

Понад сто років тому про взаємовідносини між тодішнім суспільством та особою, про місце такої особи у суспільстві писав Б. (Т.) Кістяківський¹⁶. З тих пір філософсько-правове ототожнення громадянства як очевидного взаємозв'язку між державою та громадянином не змінилося, а лише відбулося його істотне осучаснення. Трансформація опредметнення громадянства стосувалася насамперед самого визначення, оскільки громадянство як «взаємозв'язок між державою та особою» набуло нового значення у зв'язку із перманентною міграцією, глобальною локалізацією та локальною глобалізацією.

Сутність «громадянства» на початку ХХ ст. ототожнювалася з людством в цілому (з праці П. Мірчука «Українська державність 1917–1920»)¹⁷. Модерне поняття «громадянство» в ті часи розумілося як «горожанство» незалежно від національності особи¹⁸. Достеменно відомо з уривку програми Української демократично-хліборобської партії (опрацюванням та формулюванням якої займався В. Липинський), що «За горожанами України неукраїнської національності визнаються всі їхні культурно-національні права... Всякі спроби деяких представників цих меншостей зайняти при допомозі чужосторонніх державно-національних впливів упривілейоване становище на Україні – ми будемо поборювати всіма силами»¹⁹.

У давнину, як сказано в «Українській Загальній Енциклопедії» 1930 р., лише громадяни перебували під охороною права (на відміну від чужинців) і не були обмежені ним, до прикладу, у царині приватного права²⁰. Згодом «горожанство» надало громадянину певні політичні права (насамперед активне та пасивне виборче право), доступ до окремих професій та посад, зарезервованих винятково для своїх громадян (державна служба, адвокатура, видання часописів тощо)²¹.

В Україні чи не вперше визначення поняття громадянства було дане у п. 1 т. зв. липневого закону 1918 р., який був чинним під час Гетьманату та Директорії (тоді як у т. зв. березневого законі 1918 р. пояснення сутності громадянства було відсутнє)²². Отже, п. 1 т. зв. липневого закону 1918 р. чітко визначив, що «під громадянством Української Держави розуміється та державно-правна приналежність людини до неї, що надає особі права та обов'язки українського громадянина»²³.

У преамбулі закону про громадянство 1991 р. (втратив чинність) зазначено, що громадянство – це «постійний правовий зв'язок особи та Української держави, що знаходить свій вияв у їх взаємних правах та обов'язках» (відповідає дефініції у справі *Nottebohm*)²⁴. Пізніше у ст. 1 закону про громадянство 2001 р. (у поточній редакції від 19 лютого 2016 р.) було уточнено, що громадянство – це «правовий зв'язок між фізичною особою і Україною, що знаходить свій вияв у їх взаємних правах та обов'язках»²⁵. Таке визначення абсолютно відповідає «духу» Європейської конвенції про громадянство 1997 року²⁶.

Наступним важливим маркером громадянства є присяга особи на вірність державі свого громадянства, виголошена під час набуття нею громадянства, зокрема у зв'язку із натуралізацією (відома нам завдяки *Magna Carta Libertatum* з XIII ст.)²⁷. Присяга на вірність була передбачена в обох законах про громадянство 1918 р.: у п. 4 т. зв. березневого закону 1918 р. («для відібрання свідоцтва про приналежність до громадян Української Народної Республіки мешканці Української Народної Республіки... мають... зложити урочисто клятви (торжественное обещание) на вірність Українській Народній Республіці»)²⁸; у п. 16 т. зв. липневого закону 1918 р. («кожний, прийнятий до українського громадянства, складає... присягу (заприсяжну обіцянку) на вірність республіці»)²⁹. В обох сучасних законах України про громадянство (1991 р. чи 2001 р.) присяга на вірність державі громадянства відсутня. На нашу думку, це – явна політико-правова прогалина, враховуючи збереження традиційних цінностей громадянства та забезпечення національної безпеки. Вважаємо, що виголошення присяги на вірність державі громадянства повинно бути законодавчо закріплене, особливо у контексті набуття особою українського громадянства у зв'язку із натуралізацією, як є в більшості демократичних держав світу.

Первинно, основними критеріями набуття особою громадянства від народження, а звідти і ймовірної її правової ідентифікації, були і є право крові (*ius sanguinis*), як набуття особою громадянства виняткового на підставі походження незалежно від місця народження, і право ґрунту (*ius soli*), як набуття особою громадянства за місцем народження незалежно від походження. Якщо порівнювати ці два принципи набуття громадянства та спробувати визначити їхній вплив на трихотомію взаємовідносин між особою, державою та суспільством, то набуття особою громадянства за походженням на підставі права крові (*ius sanguinis*) спрямоване, вочевидь, на збереження етнічного гомогенного середовища всередині держави та етнічної ідентичності діаспори. Деякі сучасні західні вчені вважають таке набуття громадянства певним анахронізмом, який в окремих державах західної ліберальної демократії є тототним тим давнім феодалним привілеєм, що виникали в людини від народження та успадковувалися від її батьків³⁰. Разом із тим набуття особою громадянства за народженням на підставі права ґрунту (*ius soli*) спроектоване на легалізацію емігрантів, представників національних меншин, які свідомо (у пошуках кращої долі) чи вимушено (в результаті територіальних змін, а відтак трансферту громадянства) опинилися на території іншої держави, а також на їхню поступову інтеграцію у суспільство-реципієнт.

На початку ХХ ст. українське законодавство з огляду на первинні підстави набуття громадянства використовувало спочатку право ґрунту (*ius soli*) у т. зв. березневого законі про громадянство 1918 р. («кожен, хто народився на території України і зв'язаний із нею постійним перебуванням», п. 1)³¹, потім право крові (*ius sanguinis*) у т. зв. липневого законі 1918 р. («особи набувають собі право українського громадянства... за народженням від громадян Української Держави», п. 8)³².

Обидва сучасні закони про громадянство України використовують право крові (*ius sanguinis*) як первинну підставу набуття особою громадянства від народження незалежно від місця народження (в Україні чи екс-

тратериторіально). Підтвердження цієї тези знаходимо у ст. 12 закону 1991 р. («дитина, батьки якої на момент її народження перебували в громадянстві України, є громадянином України незалежно від того, чи народилася вона на території України, чи за її межами»)³³ та у ст. 7 чинного закону про громадянство 2001 р. («особа, батьки або один із батьків якої на момент її народження були громадянами України, є громадянином України»)³⁴. Однак виникає питання щодо набуття громадянства від народження на підставі права крові (*ius sanguinis*) дитиною, народженою *posthumous*, якщо її батько був громадянином України, але помер до її народження. Це питання не врегульоване на даний час.

Вторинними способами набуття особою громадянства, відомими в Україні та визначеними ще з 1918 р., є натуралізація (звичайна, привілейована та виняткова), оптація та трансферт у зв'язку із територіальними змінами чи у випадку одруження особи і народження дітей. Звичайна натуралізація, зазвичай, передбачає набуття будь-якою особою громадянства іншої держави на підставі рішення відповідних компетентних органів державної влади, яке ґрунтується не на суб'єктивному праві конкретної особи, а на виконанні умов, передбачених законодавством конкретної держави: цензу осідлості (строку постійного проживання), наявності фактичного місця проживання та законних джерел існування, знання державної мови, історії та культури, відсутності «кримінального минулого» тощо.

Прикметно, що положення т. зв. березневого закону 1918 р. до основних підстав звичайної натуралізації зараховував такі: особа-заявник постійно проживає протягом трьох років на території УНР; не була ніколи помічена в діяльності, зверненій проти України; є «тісно зв'язаною з Україною своїм промислом чи заняттям» (п. 7)³⁵. У т. зв. липневому законі 1918 р. було зазначено, що звичайна натуралізація може бути застосована, коли особа має правоздатність та дієздатність; перебуває на території України упродовж трьох років; має спроможність годувати себе й родину (п. 9)³⁶.

У законі 1991 р. до офіційних підстав звичайної натуралізації (деякі з них не могли бути застосовані до виняткової та привілейованої) належали такі: відмова від іноземного громадянства; постійне проживання на території України протягом останніх п'яти років; володіння українською мовою в обсязі, достатньому для спілкування; наявність законних джерел існування та визнання і виконання Конституції України (ст. 17)³⁷. Після прийняття Конституції України 28 червня 1996 р. до закону про громадянство були внесені зміни та доповнення у квітні 1997 р., які спричинили частковий перегляд і оновлення підстав звичайної натуралізації особи: визнання і виконання Конституції України та законів України; неперебування в іноземному громадянстві; безперервне проживання на законних підставах на території України протягом останніх п'яти років; володіння українською мовою в обсязі, достатньому для спілкування; наявність законних джерел існування³⁸.

Ймовірною підставою такої видозміни норми у контексті «неперебування в іноземному громадянстві» вважаємо те, що попередньо у ст. 1 закону про громадянство 1991 р. було передбачено, що «на підставі двосторонніх міждержавних договорів допускається подвійне громадянство». У першій редакції закону 2001 р. положення щодо неперебування особи в іноземному громадянстві було замінене на «зобов'язання припинити іноземне громадянство або неперебування в іноземному громадянстві (для осіб, які були громадянами держав, міжнародні договори України з якими дозволяють особам звертатися для набуття громадянства України за умови, якщо доведуть, що вони не є громадянами іншої договірної сторони)». Також до підстав звичайної натуралізації додалося «отримання дозволу на постійне проживання в Україні»³⁹.

У контексті виняткової натуралізації набуття особою громадянства відбувається на підставі рішення відповідних компетентних органів державної влади, яке ґрунтується на виконанні умов, не лише передбачених законодавством, а й додатково встановлених цими органами.

У сучасному світі, як і в минулому, існує декілька різних підстав привілейованої натуралізації особи як окремого способу вторинного набуття громадянства після народження. На окрему увагу заслуговує положення про дароване (октройоване) громадянство. В українському законодавстві відповідне положення було присутнє ще з 1918 р.: «громадянство Української Держави можуть придбати чужоземці, які зробили Українській Державі значні послуги» (п. 10(г) т. зв. липневого закону 1918 р.); до громадянства України можуть бути прийняті «особи, які мають визначні заслуги перед Україною або якщо їх прийняття до громадянства України становить державний інтерес для України» (ст. 16 п. 3 закону 1991 р.⁴⁰ чи ст. 9 ч. 3 чинного закону 2001 р.)⁴¹.

Законодавству України відомі підстави відмови у прийнятті до громадянства. У п. 12 т. зв. липневого закону 1918 р. йшлося про наявні відомості про ганебні вчинки заявника, їхні «плямуючі професії» або про можливу від них шкоду для Української Держави⁴². У ст. 17 п. 6 закону 1991 р. (першої редакції) до основних таких підстав належали: вчинення злочинів проти людства чи здійснення геноциду чи вчинення злочинів проти держави або тяжких злочинів проти особи; засудження особи до позбавлення волі до зняття судимості⁴³. У редакції 1997 р. були додані такі підстави відмови у набутті громадянства України у зв'язку із натуралізацією: перебування під слідством або уникнення покарання чи вчинення злочину на території іншої держави; перебування на військовій службі, в службі безпеки, в правоохоронних органах, органах юстиції або органах державної влади іноземної держави⁴⁴.

У законі про громадянство 2001 р. відбулося уточнення цих підстав: «засудження в Україні до позбавлення волі за вчинення тяжкого злочину (до погашення або зняття судимості)»; «вчинення на території іншої держави діяння, яке визнано законодавством України тяжким злочином»⁴⁵. У редакції 2005 р. таке формулювання було черговий раз відредаговане та доповнене: «особливо тяжким злочином». Востаннє зміна формулювання підстав відмови у прийнятті особи до українського громадянства відбулася у 2011 р. щодо «враху-

вання рівня загрози для національної безпеки держави» у контексті вчинення заявником тяжкого або особливо тяжкого злочину.

Іншим фактором забезпечення національної безпеки держави вважається рівень допуску (не)громадян до участі в здійсненні публічної влади, а також реалізації ними активного та пасивного виборчого права. Закони про громадянство 1918 р. визначили, що «тільки громадяни Республіки користають з усієї повноти громадянських і політичних прав, беруть участь в урудуванні державним і місцевим життям через пасивну і активну участь в виборах до законодавчих установ і органів місцевого самоврядування і мають права служби по державних і державно-громадських установах» (п. 3 т. зв. березневого закону)⁴⁶; «уся повнота політичних прав в Українській Державі, в тім числі активне та пасивне право участі в виборах до публічно-правових установ, а також право державної і публічно-громадянської служби, належить тільки громадянам Української Держави» (п. 3 т. зв. липневого закону)⁴⁷.

На даний час в Україні законодавство про громадянство не використовує громадянство як кваліфікаційну підставу участі в органах публічної влади (спосіб набуття громадянства, наявність подвійного (множинного) громадянства, тощо). І лише п. 2(б) ст. 19 Закону України «Про державну службу» встановлює, що «на державну службу не може вступити особа, яка має громадянство іншої держави»⁴⁸. Однак сфера дії цього закону на коло осіб суттєво зменшилася протягом останнього часу. На підставі даних аналітичної доповіді до щорічного послання Президента України до Верховної Ради України «Про внутрішнє та зовнішнє становище України в 2018 році» відомо, що протягом 2017 р. «виявлено 441 факт набуття іноземного громадянства представниками [органів публічної влади] державних органів та органів місцевого самоврядування, насамперед із числа секретноносців [осіб, які мали доступ до державної таємниці]⁴⁹. Ці дані вважаємо підтвердженням нашого переконання, що громадяни України, які є службовцями органів публічної влади, правоохоронних органів та здійснюють державно-владні повноваження, по-перше, не можуть бути біпатридами, по-друге, повинні бути винятково громадянами України від народження, а не бути особами, які набули українське громадянство після народження у зв'язку із натуралізацією (особливо привілейованою).

А тому наступним важливим маркером громадянства вважаємо наявність у особи подвійного (множинного) громадянства. На думку багатьох сучасних науковців, множинне громадянство і відчуття множинної вірності породжує плутанину між правами особи та її ідентичністю, культурою і політикою, державою та нацією, тобто тими засадничими елементами сутності концепції громадянства⁵⁰. Питання щодо сприйняття суспільством та регламентування національним законодавством (у контексті вироблення державної політики) наявності в особи / набуття особою подвійного (множинного) громадянства від народження чи після нього (як альтернативного) не було і не є проблемою винятково українською.

Враховуючи те, що подвійне громадянство («біпатризм») – це такий правовий статус особи, коли вона одночасно та легально володіє громадянством декількох держав, сум'яття виникає, коли біпатриди виявляють бажання реалізувати пасивне право голосу чи бути призначеними в органи публічної влади і мати доступ до державної скарбниці або таємниці, здійснювати державно-владні повноваження, а також бути представником правничої професії, а також тим, хто здійснює правоохоронні функції для забезпечення державної безпеки і суверенітету України. Ще складнішою виглядає ситуація, коли така особа набула альтернативне громадянство після народження у зв'язку із натуралізацією (будь-якою), оскільки виникають питання щодо вірності, патріотизму, національної безпеки.

У світлі біпатризму, а також виникнення в особи відчуття множинної вірності, в українському законодавстві 1918 р. були затверджені такі положення: «громадянин Української Народної Республіки не може бути громадянином іншої держави» (п. 10 т. зв. березневого закону)⁵¹, «громадянину Української Держави забороняється одночасно бути громадянином чи підданим іншої держави» (п. I.2 т. зв. липневого закону)⁵².

Сучасне законодавство України не передбачає чіткої заборони подвійного громадянства. Важливо наголосити, що законодавче закріплення принципу «єдиного громадянства» абсолютно не означає заборону подвійного громадянства, а йдеться про усвідомлення громадянства цілої держави, а не її територіальних частин (регіонів)⁵³. Інша річ, що подвійне (множинне) громадянство *de jure* в Україні не є передбачене на законодавчому рівні, однак існує *via facti* (до прикладу, діти, народжені у т. зв. «змішаному шлюбі», від народження стають біпатридами, зважаючи на різні громадянства батьків або популярний сьогодні бекітуризм, коли матері на підставі туристичної візи їдуть народжувати дитину у держави, в яких панує право ґрунту (*ius soli*): США, Канада тощо).

Наявність в особи подвійного громадянства часто може стати підставою для втрати (автоматичного припинення) громадянства першої держави. Таке положення присутнє в законодавстві України про громадянство («право громадянства відпадає, коли громадянин Української Держави приймає громадянство або підданство іншої Держави» (п. II.17 т. зв. липневого закону 1918 р.⁵⁴). У п. II.19 т. зв. липневого закону 1918 р. сказано: «хто без належного дозволу вступить до підданства іншої Держави, той підпадає карі, зазначеній у I ч. ст. 325 «Улож. о Наказ», і йому забороняється повертання на Україну»⁵⁵. Далі, «якщо громадянин України добровільно набув громадянство іншої держави» (ст. 20 п. 1 закону 1991 р.)⁵⁶; «добровільне набуття громадянином України громадянства іншої держави» (ст. 19 п. 1 чинного закону 2001 р.)⁵⁷.

Іншими, відомими нам та закріпленими на законодавчому рівні, способами припинення громадянства залежно від волевиявлення особи є такі: вихід із громадянства, коли особа добровільно припиняє своє громадянство; позбавлення і втрата громадянства, коли особу позбавляють громадянства конкретної держави примусово за ініціативою компетентних органів публічної влади; скасування набуття та денатуралізація. Як

відомо у т. зв. березневому законі про громадянство 1918 р. положення про втрату громадянства є відсутнім, однак присутня норма щодо виходу з громадянства: «громадянин Української Народної Республіки має право зрікатися громадянства Української Народної Республіки і через рік після того, як подасть про це заяву місцевій владі про приналежність, вказавши при цьому, в громадянство якої держави він переходить, він позбавляється прав і звільняється від обов'язків українського громадянства» (п. 12)⁵⁸.

Схоже формулювання бачимо у п. П.18 т. зв. липневого закону 1918 р., яким встановлюється, що «кожний громадянин Української Держави має право зректися громадянства України. Але ж те зречення розрішується не раніш як після трьох років перебування в Українськiм громадянстві»⁵⁹. Важливо наголосити, що у п. 21 т. зв. липневого закону про громадянство 1918 р. була передбачений ще одна підстава набуття особою громадянства після народження, а саме поновлення в громадянстві/ренатуралізацію: «хто зрікся громадянства Української Держави, той має право прохати знову про прийняття в громадянство її не раніш, як через 5 років з часу виключення з громадянства»⁶⁰.

У сучасному законодавстві з громадянства питання щодо поновлення у громадянстві України є частково врегульоване (однак відсутнє чітке розмежування з ренатуралізацією). У законі 1991 р., який втратив чинність, передбачалося: «особу, яка раніше перебувала у громадянстві України, може бути поновлено за її клопотанням у громадянстві України» за допомогою процедури прийняття (звичайної натуралізації) без урахування 5-річного строку проживання на території України (ст. 17)⁶¹. Це положення «перейшло» у чинний закон про громадянство України 2001 р. з урахуванням обставин, традиційних для більшості держав Європи та світу. Отже, у ст. 10 ч. 4 є визначено, що у громадянстві України не поновлюються особи, які втратили його у зв'язку з набуттям його внаслідок обману, свідомого подання неправдивих відомостей чи фальшивих документів (йдеться про скасування набуття громадянства) або стосовно яких рішення про оформлення набуття громадянства України було скасоване компетентним органом держави (т. зв. денатуралізація)⁶². Однак і тут не є очевидним: йдеться винятково про поновлення в громадянстві чи про ренатуралізацію особи теж.

Дослідження траєкторії еволюції українського законодавства про громадянство дає усі підстави стверджувати, що опрeдмeтнення громадянства, як «постійного у часопросторі правового та ефективного зв'язку між державою й особою, без зазначення етнічного походження особи, що передбачає певний набір взаємних прав, обов'язків та привілеїв», потребує конкретнішого законодавчого регламентування на підставі європейського та світового досвіду. Окреслена траєкторія еволюції законодавства про українське громадянство 1918, 1991 та 2001 рр., в основному спрямована на гарантування людиноцентризму, ефективно поєднання гарантування і захисту прав людини та забезпечення національної безпеки держави.

Як висновок, вважаємо, що у зв'язку із активізацією різноманітних глобалізаційних, цивілізаційних та міграційних процесів необхідно вдосконалити чинне законодавство України про громадянство у контексті чіткого, юридично аргументованого регламентування подвійного (множинного) громадянства та визначення можливості таких громадян бути обраними (призначеними) до органів публічної влади; підстав денатуралізації та ренатуралізації; визначення поколінь українців, народжених екстратериторіально, які можуть бути громадянами України на підставі права крові *ius sanguinis* від народження.

¹ Ковальчук В., Софінська І. Генеза українського законодавства про громадянство. Науковий журнал «ScienceRise: Juridical Science». 2018. № 1(3). С. 4–10.

² Бедрій Р.Б. Громадянство України: конституційно-правова основа : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.02. К., 2005. С. 8–9.

³ Альбертіні Л.М. Правове регулювання громадянства в європейських державах (порівняльний аналіз) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.02. К., 1998. С. 10.

⁴ Копиленко О.Л. З історії законодавства про громадянство України. Київ: Новий парламентський інститут, Парламентське вид-во, 2001. 72 с.

⁵ Лотюк О.С. Теоретичні основи інституту громадянства України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.02. К., 1998. С. 11.

⁶ Тодика Ю.М. Громадянство України: конституційно-правовий аспект: навч. посіб. Харків : Факт, 2002. С. 28–39.

⁷ Софінська І. Філософсько-правова візія доктрини громадянства. Львів: Вид-во «Каменярь», 2018. С. 224–225.

⁸ Там само.

⁹ Закон «Про громадянство Української Народної Республіки» (2 березня 1918 року). *Збірка нормативно-правових актів з питань громадянства України (1918–2000)* / упоряд.: В. Андрієнко, С. Бритченко, В. Суботенко, С. Чехович. Київ: Континент. 2000. С. 4–5.

¹⁰ Закон про громадянство Української Держави (2 липня 1918 року). URL: [http://www.hai-nyzhnyk.in.ua/doc2/1918\(08\)02.zakon.php](http://www.hai-nyzhnyk.in.ua/doc2/1918(08)02.zakon.php) (дата звернення: 12.02.2019).

¹¹ Про громадянство України: Закон України № 1636-ХІІ від 08.10.1991 р. *Відомості Верховної Ради України*. 1991. № 50. Ст. 701.

¹² Про громадянство України: Закон України № 2235-ІІІ від 18.01.2001 р. *Офіційний вісник України*. 2001. № 9. С. 1. Ст. 342.

¹³ Загальна декларація прав людини від 10.12.1948 р. *Офіційний вісник України*. 2008. № 93. С. 89. Ст. 3103.

¹⁴ Європейська конвенція про громадянство від 06.11.1997 р. *Офіційний вісник України*. 2010. № 56; 2006. № 41. Ст. 2720. С. 59. Ст. 1917.

¹⁵ Nottebohm Case. *Liechtenstein v. Guatemala*; ICJ 1955; Reports. P. 315.

¹⁶ Gesellschaft und Einzelwesen: eine Methodologische Untersuchung. Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde der Philosophischen Fakultät der Kaiser-Wilhelms-Universität zu Strassburg, vorlegt von Theodor Kistiakowski/Berlin: Verlag von Otto Liebmann, 1899. 55 s.

- ¹⁷ Мірчук П. Українська державність. 1917–1920. Філадельфія, 1967. С. 18, 62, 355.
- ¹⁸ Там само. С. 65, 305, 323.
- ¹⁹ Мірчук П. Від Другого до Четвертого Універсалу. Ліга Визволення України: Торонто, 1955. С. 28–30.
- ²⁰ Українська Загальна Енциклопедія: Книга Знання: в 3 т. Львів; Станіславів; Коломия: Рідна школа, 1930. Т. 1: А–Ж / під гол. ред. І. Раковського. С. 832–833.
- ²¹ Там само.
- ²² Закон «Про громадянство Української Народної Республіки» (2 березня 1918 року). *Збірка нормативно-правових актів з питань громадянства України (1918–2000)* / упоряд.: В. Андрієнко, С. Бритченко, В. Суботенко, С. Чехович. Київ: Континент. 2000. С. 4–5.
- ²³ Закон про громадянство Української Держави (2 липня 1918 року). URL: [http://www.hai-nuzhnyk.in.ua/doc2/1918\(08\)02.zakon.php](http://www.hai-nuzhnyk.in.ua/doc2/1918(08)02.zakon.php) (дата звернення: 12.02.2019).
- ²⁴ Про громадянство України: Закон України № 1636-ХІІ від 08.10.1991 р. *Відомості Верховної Ради України*. 1991. № 50. Ст. 701.
- ²⁵ Про громадянство України: Закон України № 2235-ІІІ від 18.01.2001 р. (у поточній редакції від 19.02.2016 р.). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2235-14>
- ²⁶ Європейська конвенція про громадянство від 06.11.1997 р. *Офіційний вісник України* від 02.08.2010. Європейська конвенція про громадянство від 06.11.1997 р. *Офіційний вісник України*. 2010. № 56; 2006. № 41. Ст. 2720. С. 59. Ст. 1917.
- ²⁷ Salmond J.W. Citizenship and Allegiance. *Law Quarterly Review*, Volume XVIII, Number LXIX, January 1902. P. 51.
- ²⁸ Закон «Про громадянство Української Народної Республіки» (2 березня 1918 року). *Збірка нормативно-правових актів з питань громадянства України (1918–2000)* / упоряд.: В. Андрієнко, С. Бритченко, В. Суботенко, С. Чехович. Київ: Континент. 2000. С. 4–5.
- ²⁹ Закон про громадянство Української Держави (2 липня 1918 року). URL: [http://www.hai-nuzhnyk.in.ua/doc2/1918\(08\)02.zakon.php](http://www.hai-nuzhnyk.in.ua/doc2/1918(08)02.zakon.php) (дата звернення: 12.02.2019).
- ³⁰ Carens J.H. Aliens and Citizens: The Case for Open Borders / In *'The Rights of Minority Cultures'*, edited by Will Kymlicka, Oxford New York Oxford University Press, 1995. 387 p.
- ³¹ Закон «Про громадянство Української Народної Республіки» (2 березня 1918 року). *Збірка нормативно-правових актів з питань громадянства України (1918–2000)* / упоряд.: В. Андрієнко, С. Бритченко, В. Суботенко, С. Чехович. Київ: Континент. 2000. С. 4–5.
- ³² Закон про громадянство Української Держави (2 липня 1918 року). URL: [http://www.hai-nuzhnyk.in.ua/doc2/1918\(08\)02.zakon.php](http://www.hai-nuzhnyk.in.ua/doc2/1918(08)02.zakon.php) (дата звернення: 12.02.2019).
- ³³ Про громадянство України: Закон України № 1636-ХІІ від 08.10.1991 р. *Відомості Верховної Ради України*. 1991. № 50. Ст. 701.
- ³⁴ Про громадянство України: Закон України № 2235-ІІІ від 18.01.2001 р. *Офіційний вісник України* від 16.03.2001 р., 2001 р., № 9, стор. 1, стаття 342.
- ³⁵ Закон «Про громадянство Української Народної Республіки» (2 березня 1918 року). *Збірка нормативно-правових актів з питань громадянства України (1918–2000)* / упоряд.: В. Андрієнко, С. Бритченко, В. Суботенко, С. Чехович. Київ: Континент. 2000. С. 4–5.
- ³⁶ Закон про громадянство Української Держави (2 липня 1918 року). URL: [http://www.hai-nuzhnyk.in.ua/doc2/1918\(08\)02.zakon.php](http://www.hai-nuzhnyk.in.ua/doc2/1918(08)02.zakon.php) (дата звернення: 12.02.2019).
- ³⁷ Про громадянство України: Закон України № 1636-ХІІ від 08.10.1991 р. *Відомості Верховної Ради України*. 1991. № 50. Ст. 701.
- ³⁸ Про громадянство України: Закон України № 1636-ХІІ від 08.10.1991 р. (у редакції від 16.04.1997 р.). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/210/97-%D0%B2%D1%80>
- ³⁹ Про громадянство України: Закон України № 2235-ІІІ від 18.01.2001 р. *Офіційний вісник України*. 2001. № 9. С. 1. Ст. 342.
- ⁴⁰ Про громадянство України: Закон України № 1636-ХІІ від 08.10.1991 р. *Відомості Верховної Ради України*. 1991. № 50. Ст. 701.
- ⁴¹ Про громадянство України: Закон України № 2235-ІІІ від 18.01.2001 р. *Офіційний вісник України*. 2001. № 9. С. 1. Ст. 342.
- ⁴² Закон про громадянство Української Держави (2 липня 1918 року). URL: [http://www.hai-nuzhnyk.in.ua/doc2/1918\(08\)02.zakon.php](http://www.hai-nuzhnyk.in.ua/doc2/1918(08)02.zakon.php) (дата звернення: 12.02.2019).
- ⁴³ Про громадянство України: Закон України № 1636-ХІІ від 08.10.1991 р. *Відомості Верховної Ради України*. 1991. № 50. Ст. 701.
- ⁴⁴ Про громадянство України: Закон України № 1636-ХІІ від 08.10.1991 р. (у редакції від 16.04.1997 р.). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/210/97-%D0%B2%D1%80>
- ⁴⁵ Про громадянство України: Закон України № 2235-ІІІ від 18.01.2001 р. *Офіційний вісник України*. 2001. № 9. С. 1. Ст. 342.
- ⁴⁶ Закон «Про громадянство Української Народної Республіки» (2 березня 1918 року). *Збірка нормативно-правових актів з питань громадянства України (1918–2000)* / упоряд.: В. Андрієнко, С. Бритченко, В. Суботенко, С. Чехович. Київ: Континент. 2000. С. 4–5.
- ⁴⁷ Закон про громадянство Української Держави (2 липня 1918 року). URL: [http://www.hai-nuzhnyk.in.ua/doc2/1918\(08\)02.zakon.php](http://www.hai-nuzhnyk.in.ua/doc2/1918(08)02.zakon.php) (дата звернення: 12.02.2019).
- ⁴⁸ Про державну службу: Закон України № 889-VIII від 10.12.2015 р. *Відомості Верховної Ради*. 2016. № 4. Ст. 43.
- ⁴⁹ Аналітична доповідь до щорічного послання Президента України до Верховної Ради України «Про внутрішнє та зовнішнє становище України в 2018 році», Національний інститут стратегічних досліджень: К., 2018. С. 191.
- ⁵⁰ Kastoryano R. *Settlement, Transnational Communities and Citizenship*. International Social Science Journal, Volume 52, Issue 165, September 2000. P. 307–312.
- ⁵¹ Закон «Про громадянство Української Народної Республіки» (2 березня 1918 року). *Збірка нормативно-правових актів з питань громадянства України (1918–2000)* / упоряд.: В. Андрієнко, С. Бритченко, В. Суботенко, С. Чехович. Київ: Континент. 2000. С. 4–5.
- ⁵² Закон про громадянство Української Держави (2 липня 1918 року). URL: [http://www.hai-nuzhnyk.in.ua/doc2/1918\(08\)02.zakon.php](http://www.hai-nuzhnyk.in.ua/doc2/1918(08)02.zakon.php) (дата звернення: 12.02.2019).

⁵³ Про громадянство України: Закон України № 2235-III від 18.01.2001 р. *Офіційний вісник України*. 2001. № 9. С. 1. С. 342.

⁵⁴ Закон про громадянство Української Держави (2 липня 1918 року). URL: [http://www.hai-nuzhnyk.in.ua/doc2/1918\(08\)02.zakon.php](http://www.hai-nuzhnyk.in.ua/doc2/1918(08)02.zakon.php) (дата звернення: 12.02.2019).

⁵⁵ Там само.

⁵⁶ Про громадянство України: Закон України № 1636-XII від 08.10.1991 р. (у редакції від 16.04.1997 р.). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/210/97-%D0%B2%D1%80>

⁵⁷ Про громадянство України: Закон України № 2235-III від 18.01.2001 р. *Офіційний вісник України*. 2001. № 9. С. 1. Ст. 342.

⁵⁸ Закон «Про громадянство Української Народної Республіки» (2 березня 1918 року). Збірка нормативно-правових актів з питань громадянства України (1918–2000) / упоряд.: В. Андрієнко, С. Бритченко, В. Суботенко, С. Чехович. Київ: Континент. 2000. С. 4–5.

⁵⁹ Закон про громадянство Української Держави (2 липня 1918 року). URL: [http://www.hai-nuzhnyk.in.ua/doc2/1918\(08\)02.zakon.php](http://www.hai-nuzhnyk.in.ua/doc2/1918(08)02.zakon.php) (Дата звернення: 12.02.2019).

⁶⁰ Там само.

⁶¹ Про громадянство України: Закон України № 1636-XII від 08.10.1991 р. (у редакції від 16.04.1997 р.). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/210/97-%D0%B2%D1%80>

⁶² Про громадянство України: Закон України № 2235-III від 18.01.2001 р. *Офіційний вісник України*. 2001. № 9. С. 1. Ст. 342.

Резюме

Софінська І.Д. Візія законодавчого регламентування українського громадянства (1918–2018).

У цій статті автор аналізує українське законодавство про громадянство 1918, 1991 та 2001 рр. (зі змінами та доповненнями). Мета статті полягає у спробі з'ясувати ціннісне наповнення сутності громадянства та його трансформацію в Україні протягом ста років, знайти вдаль увідповіднення трихотомії взаємовідносин між особою, державою і суспільством. Унаочнення та збереження єдності триади «особа-державо-суспільство» в його перманентному розвитку є додатковим фактором усвідомлення кожним перманентних цивілізаційних і глобалізаційних викликів. Особливу увагу автор звертає на основні маркери законодавчого регламентування громадянства, за допомогою яких можна визначити ціннісну сутність і правову природу цього конституційно-правового інституту.

Ключові слова: громадянство, законодавство про громадянство, набуття громадянства, подвійне (множинне) громадянство, припинення громадянства, принцип вірності.

Резюме

Софинская И.Д. Видия законодательного регламентирования украинского гражданства (1918–2018).

В этой статье автор анализирует украинское законодательство о гражданстве 1918 г., 1991 и 2001 гг. (с изменениями и дополнениями). Цель статьи заключается в попытке выяснить ценностное наполнение сущности гражданства и его трансформацию в Украине в течение ста лет, найти удачное приведения трихотомии взаимоотношений между лицом, государством и обществом. Иллюстрации и сохранение единства триады «лицо-государство-общество» в его перманентном развитии являются дополнителем фактором осознания каждым перманентных цивилизационных и глобализационных вызовов. Особое внимание автор обращает на основные маркеры законодательного регламентирования гражданства, с помощью которых можно определить ценностную сущность и правовую природу этого конституционно-правового института.

Ключевые слова: гражданство, законодательство о гражданстве, гражданство, двойное (множественное) гражданство, прекращение гражданства, принцип верности.

Summary

Sofinska I. Vision of legislative regulation of Ukrainian citizenship (1918–2018).

In this paper we'd compare Ukrainian nationality laws of 1918, 1991 and 2001 and demonstrate trajectory of Ukrainian citizenship legislation. As we know modern correct application of citizenship issues is a very important tension in frames of such triangle: person – state – society. We should note that till now there are a lot of discussions on this issue in order to determine possible strong ideological baggage, package of rights and duties and full membership in a state (features of citizenship) from every day and personal complexity of social interaction. Obviously, citizenship is a personal question of constitutional matters, therefore we emphasize that it is not only a philosophic or sociological issue, but also a legal one, mainly because of its primary essence which is purely related to legal (constitutional) matters. Therefore, we are sure that a research of citizenship concept' sources, deep analysis of its evolution and interconnection with state development deserves an additional attempt to study being one of the main modern European humanitarian standards and playing a prior role in personal self-consciousness and self-determination. That is why, the main citizenship markers we analyze in this paper are the followings: citizenship concept in the view of Nottebohm case 1955, principles of person's acquisition of citizenship by birth (jus sanguinis and jus soli), dual (multiple) citizenship, modes of its acquisition (naturalization, by marriage, by option or transfer, by investment) and its loss.

Key words: citizenship, citizenship legislation, acquisition of citizenship, dual (multiple) citizenship, termination of citizenship, principle of allegiance.

М.В. ЧУБАТА

Марина Валеріївна Чубата, кандидат юридичних наук, асистент кафедри Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ORCID: 0000-0003-3263-1010

ВИТОКИ ТА СТАНОВЛЕННЯ КИЇВСЬКОЇ ІСТОРИКО-ЮРИДИЧНОЇ ШКОЛИ: ІНТЕРПРЕТАЦІЇ ІСТОРИКІВ ТА ПРАВознавців

Історико-юридична наука в Україні пройшла тривалий шлях становлення та розвитку, а її витoki сучасні дослідники не безпідставно відносять до часів Руської держави. Так, на переконання В. Заруби, добу Київської Русі можна охарактеризувати як «літописний період, коли історичні та юридичні знання не виокремилися в самостійні науки і перебували на рівні переказів та збору документів»¹. Лише в XIX ст., як стверджує в своїй монографії Т. Бондарук, починається «юридизація історії», а початок власне історико-правових досліджень авторка пов'язує передовсім з ім'ям Г. Даниловича, який тривалий час був чи не єдиним знавцем литовсько-руської історії та започаткував традицію, що усталилася в подальших студіях².

Появу наприкінці XIX ст. концепції «західноруського права» сучасні правознавці вважають принциповим зрушенням і своєрідним проривом в становленні українського права, а саму концепцію – найвагомимим результатом багаторічної праці істориків права «Київської школи», тобто тих вчених, творча діяльність яких була пов'язана з Університетом св. Володимира, де вони працювали або проходили навчання і підготовку до викладацької праці³.

Питання про засновників чи основоположників Київської історико-юридичної школи ще й сьогодні в літературі залишається дискусійним. Так, на думку Т. Бондарук, її основоположниками були М. Владимирський-Буданов і Ф. Леонтович⁴. Такої ж точки зору дотримуються і Н. Деркачова⁵, А. Соломаха⁶, Г. Герасимова⁷. Погоджуючись з думкою Т. Бондарук, В. Заруба акцентує увагу на тому, що школу історії західно-руського права (кінець XIX – поч. XX ст.) створили учні М. Іванішева М. Владимирський-Буданов та Ф. Леонтович⁸. Більш категоричний у своїх твердженнях Р. Левінець, який лише Владимирського-Буданова вважає «основоположником Київської історико-юридичної школи»⁹. Водночас С. Михальченко обстоює іншу точку зору, вважаючи засновником історико-юридичної школи М. Іванішева. Цьому питанню сучасний дослідник наукового доробку відомого вченого Київського університету Св. Володимира присвятив у своїй монографії окремий розділ під назвою «Н.Д. Іванишев и основание Киевской школы историков»¹⁰. Більше того, С. Михальченко не безпідставно, на наш погляд, стверджує, що М. Іванішеву довелося стати засновником відразу двох шкіл: історико-правової та історико-документалістської, котрі різнилися юридичним та конкретно-історичним методами дослідження¹¹. Цю позицію С. Михальченка згодом підтримали в своїй монографії, присвяченій новій реконструкції життєвого шляху та багатогранної діяльності відомого вітчизняного правника М. Іванішева, В. Андрейцев та В. Короткий, наголосивши, що стосовно порушеного вище дискусійного питання «загалом сучасний дослідник творчості Іванішева С.І. Михальченко має рацію»¹². Засновником Київської історико-юридичної школи називає М. Іванішева в своєму дослідженні О. Ковальчук¹³. У одній з найновіших публікацій про М. Іванішева дослідниця його біографії Т. Теремецька також констатує, що «вчений відіграв важливу роль у становленні та розвитку історико-юридичної школи»¹⁴.

Найбільш ґрунтовно це питання висвітлено в дослідженні І. Гриценка, який наводить низку аргументів, які красномовно свідчать, що саме М. Іванішев був засновником історико-правової школи Університету Св. Володимира¹⁵. Перша згадка про історико-правову школу Університету Св. Володимира, як стверджує І. Гриценко, була у 1904 р., коли О. Малиновський обґрунтував зв'язок між поглядами М. Іванішева і М. Владимирського-Буданова. Згодом про школу згадувалося в некрологах Ф. Леонтовича і М. Владимирського-Буданова, нарешті, більш детально, але без аналізу концептуальних основ школи, написав у 1935 р. Є. Спекторський¹⁶. Саме І. Гриценко вперше виокремлює чотири критерії існування феномена історико-правової школи: «Першим критерієм існування школи є неординарні особистості, активна педагогічна діяльність засновника школи: «учитель–учень». Другим критерієм є єдність загальних методів і принципів дослідницької діяльності засновника школи та передача наукової культури своїм учням. Третім за значенням критерієм є методологічна (теоретична, філософська) спільність членів школи, четвертим – близькість тематики досліджень, історико-правових концепцій»¹⁷. Серед інших дослідників називає і такий аргумент, що М. Іванішев фактично запозичив метод та термінологію німецької історичної школи права, але застосував їх до слов'янських законодавств. І. Гриценко підтримав думку В. Короткого та В. Андрейцева, що М. Іванішев поєднав методологію історичної школи права та слов'янознавчий зміст у правознавстві на основі богемського, моравського та мазовецького законодавства. Задля цього М. Іванішев широко застосував порівняльний аналіз¹⁸. Нарешті, М. Іванішев обґрунтував основний принцип документалізму в історико-правовій науці – абсолютизація джерела при мінімумі власних інтерпретацій¹⁹.

Заслужують уваги висновки І. Гриценка, в яких він визначає характерні риси історико-правових поглядів М. Іванішева: поділяв основні ідеї історичної школи права; відстоював національні засади розвитку права; виділяв слов'янський субстрат у праві; загальні принципи дослідження ґрунтувалися на визнанні необхідності порівняльного методу дослідження історико-правових явищ на широкій документальній базі; особливий інтерес до історії Великого князівства Литовського, яке визнавав як федеративне утворення; общину визнавав як винятково слов'янський інститут²⁰.

Сучасними науковцями дана висока оцінка не лише науковій, а й організаторській діяльності В. Іванішева. Так, як стверджують у своїй книзі, присвяченій історії юридичного факультету Університету Св. Володимира, І. Гриценко та В. Короткий «фактично весь цвіт юридичного факультету другої половини ХІХ ст. був зібраний М. Іванішевим»²¹. Інші науковці наголошують, що «професор М. Іванішев відіграв значну роль у становленні і розвитку історико-правової науки в Україні і Росії»²². На їх думку, тенденцію вивчення права свого краю М. Іванішев зумів передати молоді, яка його оточувала і займалася наукою. Найбільш видатними серед його учнів були О. Леонтович, О. Кістяківський, М. Владимирський-Буданов, О. Романович-Славатинський²³. Все це дало підстави І. Гриценку зробити висновок, що «в 40–80 рр. ХІХ ст. в Університеті св. Володимира сформувалась наукова історико-правова школа біля витоків якої стояв професор М.Д. Іванішев»²⁴.

Аналіз літератури дає нам підстави стверджувати про існування прикрого непорозуміння, яке пов'язане саме з прізвищем М. Іванішева, правильніше – з варіантами його написання різними авторами. Так, значна частина авторів подає це прізвище як «Іванишев», а інша – як «Іванішев». У монографії В. Андрейцева та В. Короткого «М. Іванішев» знаходимо біографічні дані, що дід Миколи Дмитровича був Олександр Іваниш, однак батько вченого Дмитро Олександрович «русифікував» своє прізвище й першим почав писатися як Іванішев²⁵. Спроба більш ширше ознайомитись з цим дискусійним аспектом проблеми привела нас до дослідження ілюстративного матеріалу, де неодноразово подаються документи з особистим підписом М. Іванішева, причому не знайдено жодного випадку, де б у підписі після літери «Н.» (Николай) при написанні прізвища «Іванишев» використовувалась російська літера «ы». До речі, слід зазначити, що і англійською мовою це прізвище пишеться «Ivanyshev», тобто «Іванішев». У зв'язку з цими фактами ми підтримуємо погляди дослідників С. Михальченка, І. Гриценка, В. Заруби, В. Андрейцева, В. Короткого, О. Ковальчука, І. Безклубого, В. Котюка та ін., що правильнішим буде написання прізвища вченого в транскрипції «Іванішев». Саме так прізвище відомого вченого написано в ювілейних виданнях останніх років про Київський університет²⁶, в той же час у працях енциклопедичного характеру більш поширеним є інший варіант – «Іванишев»²⁷. Питання залишається дискусійним, але не лише воно. Варто погодитись із нещодавно висловленою думкою Т. Теремецької стосовно діяльності М. Іванішева, що «його місце у формуванні вітчизняної історичної та історико-правової науки ще докладно не визначене. ...прийшов час по-новому, глибоко науково і неупереджено дослідити всі грані його таланту і створити інтелектуальну біографію»²⁸.

Досить важливим для дослідження особливостей становлення Київської історико-юридичної школи є з'ясування питання про учнів М. Іванішева. Так, В. Заруба вважає, що найбільш видатними серед них були О. Леонтович, О. Кістяківський, М. Владимирський-Буданов, О. Романович-Славатинський. До цієї наукової школи, на думку дослідника, належали також М. Ясинський, Г. Демченко, О. Малиновський, М. Максимейко, О. Шпаков (учні М. Владимирського-Буданова) та Ф. Тарновський (учень Ф. Леонтовича)²⁹. На переконання В. Заруби, «заслуга названих вчених полягає у тому, що вони вперше поставили питання про існування окремого (хоч і у складі загальноросійського), західно-руського, тобто українського і білоруського права, зі своїми специфічними особливостями. А це вже був крок уперед, сходинка вгору до виокремлення ІДПУ в самостійну науку»³⁰. Субсидіарною стосовно історії національного права виступала, як зазначає В. Заруба, академічна історія України, котра на той час також лише виокремлювалася з так званої «общерусской» історії³¹.

За радянських часів діяльність представників Київської історико-юридичної школи фактично не вивчалася. Одним із невеликих винятків можна вважати статтю О. Скакун, присвячену М. Іванішеву, але в ній вчений характеризується як історик і археограф, а не юрист і, зрозуміло, жодного слова в статті немає про його діяльність як основоположника Київської історико-юридичної школи³².

У ювілейних виданнях радянської доби, присвячених Київському університету, серед істориків згадувався лише В. Іконников, а серед юристів – тільки О. Кістяківський³³. Лише в короткий період «відлиги» в ювілейному виданні 1959 р. вміщено не лише інформацію про К. Неволіна, М. Іванішева, М. Владимирського-Буданова та О. Кістяківського, а й подано їх портрети³⁴. Більше того, характеризуючи діяльність М. Іванішева, автори (С. Ландкоф і С. Макогон) наголошують, що він підбирав собі помічників, які могли б продовжувати справу, розпочату ним, «такими помічниками й продовжувачами виявились О. Романович-Славатинський і М. Владимирський-Буданов»³⁵.

Викликає цікавість і такий факт, що в різні роки в ювілейних виданнях про Київський університет одні й ті ж вчені, яких справедливо називають «незабутніми постатями», в одному виданні відносяться до когорти істориків, в іншому – до правознавців³⁶.

На нашу думку, заслугове уваги одна із зарубіжних публікацій, у якій зазначається, що вплив Київської історико-юридичної школи поширився далеко за межі Київського та Варшавського університетів³⁷, а основна увага звертається на те, як втілювалися ці ідеї науковцями, які змушені були стати емігрантами³⁸.

Серед комплексних праць, присвячених становленню Київської історико-правової школи, виокремлюється монографія Т. Бондарук, але в ній відсутня характеристика діяльності М. Іванішева³⁹.

Таким чином, проблема становлення Київської історико-юридичної школи привертала увагу не одного покоління дослідників, проте багато її аспектів ще й сьогодні залишаються дискусійними та малодослідженими і чекають подальшого ґрунтовного вивчення.

- ¹ Заруба В.М. Огляд історії вивчення українського права. *Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ*. 2010. № 3. С. 73.
- ² Бондарук Т.І. Західноруське право: дослідження і дослідники. Київ: Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України. 2000. С. 10, 21.
- ³ Усенко І.Б. Українська історико-юридична наука та «Руська Правда». Антологія української юридичної думки: в 6 т. Київ: «Юридична книга», 2002. Т. 2. С. 11.
- ⁴ Бондарук Т.І. Основоположники Київської історико-юридичної школи М.Ф. Владимирський-Буданов і Ф.І. Леонтович. Київ: Віпол, 1995. 25 с.
- ⁵ Деркачова Н.О. Наукова концепція західноруського права в поглядах М.Ф. Владимирського-Буданова. *Науковий часопис НПУ імені М.П. Драгоманова*. Серія 18. Економіка і право. 2015. Вип. 27. С. 166; Деркачова Н.О. Теорія походження держави за М.Ф. Владимирським-Будановим. *Науковий часопис НПУ імені М.П. Драгоманова*. Серія 18. Економіка і право. 2015. Вип. 30. С. 100.
- ⁶ Соломаха А. Дослідження історії українського адміністративного права у працях Михайла Владимирського-Буданова. *Вісник Академії управління МВС*. 2010. № 3. С. 103.
- ⁷ Герасимова Г.П. Владимирський-Буданов Михайло Флегонтович. *Енциклопедія сучасної України*. Київ: ІЕД НАН України, 2005. Т. 4. С. 653.
- ⁸ Заруба В.М. Огляд історії вивчення українського права. *Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ*. 2010. № 3. С. 75.
- ⁹ Левінець Р.П. Владимирський-Буданов Михайло Флегонтович. *Історичний факультет Київського національного університету імені Тараса Шевченка: минуле й сьогодення (1834–2004 рр.)*. Київ: ПРАЙМ-М, 2004. С. 170.
- ¹⁰ Михальченко С.И. Киевская школа в российской историографии (школа западно-русского права). Москва; Брянск: Изд-во БГПУ, 1997. С. 17–30.
- ¹¹ Там само. С. 29–30.
- ¹² Андрейцев В.І., Короткий В.А. Микола Іванішев: монографія. Київ: Прайм, 1999. С. 164.
- ¹³ Ковальчук О. Значення історичної школи праворозуміння в збагаченні системи цінностей права. *Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка*. Юридичні науки. 2011. Вип. 87. С. 56.
- ¹⁴ Теремецька Т. До питання про інтелектуальну біографію М. Іванішева. *Історіографічні дослідження в Україні*. 2017. Вип. 27. С. 79.
- ¹⁵ Гриценко І.С. М.Д. Іванішев – засновник історико-правової школи Університету Св. Володимира. *Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка*. Юридичні науки. 2000. Вип. 40. С. 13–17.
- ¹⁶ Там само. С. 14.
- ¹⁷ Там само.
- ¹⁸ Там само.
- ¹⁹ Там само. С. 15.
- ²⁰ Там само. С. 16.
- ²¹ Гриценко І.С., Короткий В.А. Юридичний факультет Університету Святого Володимира, 1834–1920. Київ: Либідь, 2009. С. 7.
- ²² Безклубий І.А., Ковальчук О.М., Котюк В.О. Літопис кафедри теорії та історії держави і права. *Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка*. Юридичні науки. 2009. Вип. 81. С. 4.
- ²³ Там само.
- ²⁴ Гриценко І.С. М.Д. Іванішев – засновник історико-правової школи Університету Св. Володимира. *Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка*. Юридичні науки. 2000. Вип. 40. С. 16.
- ²⁵ Андрейцев В.І., Короткий В.А. Микола Іванішев: монографія. Київ: Прайм, 1999. С. 7.
- ²⁶ Київський національний університет імені Тараса Шевченка: імена славних сучасників. Київ: Світ Успіху, 2004. С. 79; Київський національний університет імені Тараса Шевченка: незабутні постаті. Київ: Світ Успіху, 2005. С. 187.
- ²⁷ Антологія української юридичної думки. Київ, 2002. Т. 2. С. 13–14; Брега Г.С., Кузьминська О.Д., Іванішев Микола Дмитрович. *Енциклопедія історії України*. Київ: Наукова думка, 2005. Т. 3. С. 398; Усенко І.Б. Іванішев Микола Дмитрович. *Юридична енциклопедія*. Київ: Українська енциклопедія, 1999. Т. 2. С. 653–654.
- ²⁸ Теремецька Т. До питання про інтелектуальну біографію М. Іванішева. *Історіографічні дослідження в Україні*. 2017. Вип. 27. С. 89.
- ²⁹ Заруба В.М. Огляд історії вивчення українського права. *Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ*. 2010. № 3. С. 75.
- ³⁰ Там само.
- ³¹ Там само. С. 76.
- ³² Скакун О.Ф. М.Д. Іванішев як історик і археограф. *Український історичний журнал*. 1971. № 9. С. 118–122.
- ³³ Киевский университет. Документы и материалы. 1834–1984. Київ: Вища школа, 1984. С. 4.
- ³⁴ Історія Київського університету. Київ: В-во Київ. ун-ту, 1959. С. 240–256.
- ³⁵ Там само. С. 243.
- ³⁶ З іменем Святого Володимира / упоряд. В. Короткий, В. Ульяновський. Київ: Заповіт, 1994. Кн. 1. С. 17; Історичний факультет Київського національного університету імені Тараса Шевченка: минуле й сьогодення (1834–2004 рр.). Київ: ПРАЙМ-М, 2004. С. 170, 205; Київський національний університет імені Тараса Шевченка: імена славних сучасників. Київ: Світ Успіху, 2004. С. 53, 78; Київський національний університет імені Тараса Шевченка: незабутні постаті. Київ: Світ Успіху, 2005. С. 155, 423; Нариси історії Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Київ: Наша культура і наука, 2004. С. 297.

³⁷ Михальченко С.И. К вопросу о школе «Западно-Русского» права в эмиграции. Культурная миссия российского зарубежья. История и современность. Москва: Российский институт культурологии, 1999. С. 115.

³⁸ Там само. С. 115–118.

³⁹ Бондарук Т.І. Західноруське право: дослідження і дослідники. Київ: Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України. 2000. 160 с.

Резюме

Чубата М.В. Витоки та становлення Київської історико-юридичної школи: інтерпретації істориків та правознавців.

У статті проаналізовано погляди істориків та правознавців щодо витоків та особливостей становлення Київської історико-юридичної школи, звернено увагу на висвітлення цих питань у ювілейних виданнях з історії Київського університету, окреслено дискусійні та малодосліджені аспекти проблеми.

Ключові слова: Київський університет Св. Володимира, Київська історико-юридична школа, ювілейні видання, історія права, історіографія.

Резюме

Чубатая М.В. Истоки и становление Киевской историко-юридической школы: интерпретации историков и правоведов.

В статье проанализированы взгляды историков и правоведов на истоки и особенности становления Киевской историко-юридической школы, обращено внимание на освещение этих вопросов в юбилейных изданиях по истории Киевского университета, очерчено дискуссионные и малоисследованные аспекты проблемы.

Ключевые слова: Киевский университет Св. Владимира, Киевская историко-юридическая школа, юбилейные издания, история права, историография.

Summary

Chubata M. Origins and formation of Kyiv historical and legal school: interpretations of historians and lawyers.

The views of historians and lawyers on the origins and peculiarities of the formation of the Kyiv historical and legal school are analyzed in the article, attention is paid to the coverage of these issues in the jubilee publications on the history of Kyiv University; debatable and under-researched aspects of the problem are outlined.

Key words: St. Volodymyr University of Kyiv, Kyiv historical and legal school, jubilee editions, history of law, historiography.

УДК342.72/.73:340.13

Л.В. ТКАЧУК

Лідія Володимирівна Ткачук, здобувач Національної академії внутрішніх справ

ORCID: 0000-0002-3648-9915

МІСЦЕ ТА РОЛЬ АДВОКАТУРИ УКРАЇНИ В СИСТЕМІ ПРАВОНАХИСНИХ ГАРАНТІЙ ПРАВ ЛЮДИНИ: ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВЕ ДОСЛІДЖЕННЯ

Розглядаючи Україну, відповідно до ст. 1 Конституції України¹ як суверенну, незалежну, демократичну, соціальну та правову державу, необхідно зазначити, що в умовах сьогодення влада повинна діяти лише в інтересах людини за допомогою правових інститутів та створити належні умови для людей, зокрема на захист прав у разі порушення. Слід зауважити, що серед науковців не має єдиної точки щодо розуміння дефініції поняття «правова держава», але ми поділяємо позицію М.В. Баглая, що «правова держава – це високий рівень авторитету державності, реальний режим планування права, який забезпечує всі права людини і громадянина в економічній та духовній сферах»². Проблемним є створення самого ефективного механізму для захисту прав людини, духовних та моральних підвалин суспільства на шляху вступу до європейської спільноти.

Правова захищеність громадян, яка включає в себе, зокрема, наявність надійних гарантій прав і свобод особистості, за твердженням І.І. Зайцевої, є однією з головних ознак що характеризують правову державу, де діяльність адвоката набуває важливого значення, покликана надавати кожному кваліфіковану юридичну допомогу³.

Відповідно до норм Основного Закону, зокрема ст. 3, головним обов'язком держави є утвердження і забезпечення прав людини. Права людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. За свою діяльність держава відповідає перед людиною⁴.

У складній структурі механізму правового захисту особливе місце займають правозахисні гарантії, спрямовані на створення певних умов, способів та засобів, які забезпечують реальну захищеність прав людини.

Проблематика захисту прав людини, зміцнення гарантій, удосконалення чинного законодавства у цій сфері були предметом дослідження у роботах Є.В. Білозьорова, К.Г. Волинка, В.І. Вишківської, Є.О. Гіди, А.М. Завального, М.С. Кельмана, А.М. Колодія, Я.Ю. Кондратьєва, В.В. Копейчикова, Ю.В. Кривицького, С.Л. Лисенкова, О. І. Наливайка, А.Ю. Олійника, Н.М. Оніщенко, Т.І. Пашука, В.Ф. Погорілка, П.М. Рабіновича, О.Ф. Скакун, В.Я. Тація, Ю.М. Тодици, Ю.С. Шемшученка та інших науковців.

Аспекти діяльності адвокатської діяльності висвітлювались такими дослідниками, як: В.Г. Андрусів, А.М. Баєв, А.Г. Волкова, Я.В. Вашук, О.О. Гуртовий, І. М. Долгов, М.Ю. Єфіменко, В.С. Заєць, В.М. Іваків, Т.В. Корчева, Г.Л. Лазько, Ю.Ф. Лубшев, І.О. Насонова, Т.В. Омельченко, О.В. Панчук, Ю.М. Руденко, Г.О. Світлична, Є.Г. Тарло, Р.А. Чайка, О.А. Щерба, В.І Ямковий та інші.

Метою статті є висвітлення на основі комплексного аналізу правової природи адвокатури як необхідного інституту формування громадянського суспільства та правової держави. Дослідити теоретико-правове розуміння правозахисних гарантій прав людини, встановлених інститутом адвокатури України, задля забезпечення належної реалізації права особи на професійну правову (правничу) допомогу.

При розгляді даної проблематики слід насамперед враховувати положення ч. 1 ст. 59 Конституції України⁵, яке визначає, що кожен має право на професійну правничу допомогу. У випадках, передбачених законом, ця допомога надається безоплатно. Кожен є вільним у виборі захисника своїх прав. Відповідно до ч. 1 ст. 131-2 Основного Закону⁶ для надання професійної правничої допомоги в Україні діє адвокатура.

Адвокатура є, без сумніву, одним із основних елементів механізму забезпечення прав, свобод та законних інтересів людини, якому відведена особлива роль, у правовому світі вона «розглядається як індикатор демократії в суспільстві»⁷.

Її роль зумовлена тим, що «головна місія, фундаментальне призначення адвокатури – це захист прав людини»⁸.

Захист відповідно до Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» зокрема ч. 5 ст. 1 – це вид адвокатської діяльності, що полягає в забезпеченні захисту прав, свобод і законних інтересів підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, засудженого, виправданого, особи, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру або вирішується питання про їх застосування у кримінальному провадженні, особи, стосовно якої розглядається питання про видачу іноземній державі (екстрадицію), а також особи, яка притягається до адміністративної відповідальності під час розгляду справи про адміністративне правопорушення⁹.

Відповідно до ст. 2 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» адвокатура України – недержавний самоврядний інститут, що забезпечує здійснення захисту, представництва та надання інших видів правової допомоги на професійній основі, а також самостійно вирішує питання організації і діяльності адвокатури в порядку, встановленому вказаним вище Законом¹⁰.

Адвокатуру України становлять всі адвокати України, які мають право здійснювати адвокатську діяльність¹¹.

З метою забезпечення належного здійснення адвокатської діяльності, дотримання гарантій адвокатської діяльності, захисту професійних прав адвокатів, забезпечення високого професійного рівня адвокатів та вирішення питань дисциплінарної відповідальності адвокатів в Україні діє адвокатське самоврядування¹².

Стаття 5 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» визначає, що адвокатура є незалежною від органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових та службових осіб. Держава створює належні умови для діяльності адвокатури та забезпечує дотримання гарантій адвокатської діяльності¹³.

Ми погоджуємося з думкою І.Л. Трунова, який підкреслює: «Адвокат за своїм статусом – основна персона в механізмі надання кваліфікованої юридичної допомоги. Якщо говорити про лікаря, він відповідає за здоров'я пацієнта, то адвокат може вплинути на все подальше життя людини – долю, професію, добробут тощо»¹⁴.

Розглядаючи норми чинного законодавства України, слід зазначити, що згідно з п. 1 ст. 1 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» адвокат – фізична особа, яка здійснює адвокатську діяльність на підставах та в порядку, що передбачені чинним законодавством, адвокатська діяльність – незалежна професійна діяльність адвоката щодо здійснення захисту, представництва та надання інших видів правової допомоги клієнту; адвокатське самоврядування – гарантоване державою право адвокатів самостійно вирішувати питання організації та діяльності адвокатури в порядку, встановленому цим Законом¹⁵.

Варто зазначити що представництво – вид адвокатської діяльності, що полягає в забезпеченні реалізації прав і обов'язків клієнта в цивільному, господарському, адміністративному та конституційному судочинстві, в інших державних органах, перед фізичними та юридичними особами, прав і обов'язків потерпілого під час розгляду справ про адміністративні правопорушення, а також прав і обов'язків потерпілого, цивільного позивача, цивільного відповідача у кримінальному провадженні. Відповідно, клієнт – фізична або юридична особа, держава, орган державної влади, орган місцевого самоврядування, в інтересах яких здійснюється адвокатська діяльність¹⁶.

Частина 6 ст. 1 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» визначає, що іншими види правової допомоги є: види адвокатської діяльності з надання правової інформації, консультацій і роз'яснень з правових питань, правового супроводу діяльності клієнта, складення заяв, скарг, процесуальних та інших документів правового характеру, спрямованих на забезпечення реалізації прав, свобод і законних інтересів клієнта, недопущення їх порушень, а також на сприяння їх відновленню в разі порушення; договір про

надання правової допомоги – домовленість, за якою одна сторона (адвокат, адвокатське бюро, адвокатське об'єднання) зобов'язується здійснити захист, представництво або надати інші види правової допомоги другій стороні (клієнту) на умовах і в порядку, що визначені договором, а клієнт зобов'язується оплатити надання правової допомоги та фактичні витрати, необхідні для виконання договору¹⁷.

Принципи верховенства права, законності, незалежності, конфіденційності та уникнення конфлікту інтересів лежить в основі здійснення адвокатської діяльності. Слід звернути особливу увагу, що конфліктом інтересів є суперечність між особистими інтересами адвоката та його професійними правами і обов'язками, наявність якої може вплинути на об'єктивність або неупередженість під час виконання адвокатом його професійних обов'язків, а також на вчинення чи невчинення ним дій під час здійснення адвокатської діяльності¹⁸.

Важливим є те, що законодавець передбачив: адвокат може здійснювати адвокатську діяльність індивідуально або в організаційно-правових формах адвокатського бюро чи адвокатського об'єднання (організаційні форми адвокатської діяльності), що дає адвокатуві вибір, як йому зручніше здійснювати свою адвокатську діяльність.

Саме адвокат спроможний домогтися неухильного дотримання процесуальних прав громадянина та реалізувати право на захист.

О.Д. Святоцький зазначив, що розбудова правової держави неможлива без створення гарантій для захисту прав людини, без забезпечення механізму функціонування такого специфічного демократичного інституту, яким є адвокатура¹⁹.

Адвокат безпосередньо реалізовує правозахисні гарантії прав людини. При цьому слід наголосити на його функції щодо правових установ, правосуддя, які можна назвати контрольно-стимулюючою, адже участь адвоката в різноманітних процесах змушує їх учасників працювати більш доброякісно, виважено, відповідно до букви і духу закону. До того ж, сама наявність інституту адвокатури створює можливості для надання широкого кола правових послуг усім верствам населення, особливо тоді, коли без втручання кваліфікованого юриста не обійтись²⁰.

Слід зазначити, що основними видами адвокатської діяльності для реалізації правозахисних гарантій є:

- 1) надання правової інформації, консультацій і роз'яснень з правових питань, правовий супровід діяльності юридичних і фізичних осіб, органів державної влади, органів місцевого самоврядування, держави;
- 2) складення заяв, скарг, процесуальних та інших документів правового характеру;
- 3) захист прав, свобод і законних інтересів підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, засудженого, виправданого, особи, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру або вирішується питання про їх застосування у кримінальному провадженні, особи, стосовно якої розглядається питання про видачу іноземній державі (екстрадицію), а також особи, яка притягається до адміністративної відповідальності під час розгляду справи про адміністративне правопорушення;
- 4) надання правової допомоги свідку у кримінальному провадженні;
- 5) представництво інтересів потерпілого під час розгляду справи про адміністративне правопорушення, прав і обов'язків потерпілого, цивільного позивача, цивільного відповідача у кримінальному провадженні;
- 6) представництво інтересів фізичних і юридичних осіб у судах під час здійснення цивільного, господарського, адміністративного та конституційного судочинства, а також в інших державних органах, перед фізичними та юридичними особами;
- 7) представництво інтересів фізичних і юридичних осіб, держави, органів державної влади, органів місцевого самоврядування в іноземних, міжнародних судових органах, якщо інше не встановлено законодавством іноземних держав, статутними документами міжнародних судових органів та інших міжнародних організацій або міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України;
- 8) надання правової допомоги під час виконання та відбування кримінальних покарань²¹.

На нашу думку, через адвокатуру, як інститут громадянського суспільства, правова держава забезпечує своїм громадянам можливість реально відчувати свої права і свободи. Адвокатура виступає як інститут, що покликаний забезпечити конституційні гарантії громадян на кваліфіковану юридичну допомогу²².

Таким чином, можна стверджувати, що Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» містить принципи основи адвокатської діяльності в Україні і, згідно з оцінкою незалежних експертів, дає можливість існувати та розвиватись адвокатурі як окремому інституту з метою реалізації правозахисних гарантій, передбачених нормами чинного законодавства.

Адвокатура України, що є професійно-правовим правозахисним інститутом, являє собою системоутворюючий елемент механізму забезпечення прав, свобод та законних інтересів людини. Адвокатура є основою, фундаментом правової держави та громадянського суспільства, без професійної діяльності якої, насамперед на засадах абсолютної незалежності, взагалі ставиться під сумнів їх існування. Рівень розвитку адвокатури безпосередньо вказує на рівень демократії в суспільстві.

Розглядаючи правозахисні гарантії прав людини в Україні, які визначають сукупність об'єктивних і суб'єктивних чинників, спрямованих на забезпечення й реалізацію її прав, обов'язків, свобод та інтересів, на усунення можливих причин і перешкод їх реалізації, оскільки є частиною механізму захисту прав людини в Україні.

Якщо правозахисні гарантії прав людини в Україні розглядати як систему засобів, способів, умов, завдяки яким забезпечується ефективна реалізація людиною свого права на захист, то саме звернення за правовою допомогою до адвоката є гарантією на відновлення порушеного права.

На нашу думку, головне призначення правозахисних гарантій прав людини в Україні полягає у забезпеченні всіх і кожного рівними правовими можливостями для захисту прав за допомогою адвоката.

Роль та значення адвокатури в тому, що адвокат допомагає людині реалізувати норми чинного законодавства, що містять правозахисні гарантії прав людини. У свою чергу, вони створюють максимум можливих на даному етапі розвитку суспільства і держави умов для реальної реалізації права людини на захист своїх порушених прав.

Гарантованість прав людини визнано змістом та спрямованістю діяльності держави. Тому держава і все суспільство разом повинні бути зацікавлені у забезпеченні реалізації прав громадян на захист у разі їх порушення, розвиваючи адвокатуру як окремих інститут правової держави, якою є Україна.

¹ Конституція України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР. URL: <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=254%EA%2F96%E2%F0#Find>

² Баглай А.М. Конституционное право Российской Федерации: учеб. для вузов. 6-е изд., изм. и доп. Москва: Норма, 2007. 784 с.

³ Заборовський В.В. Окремі проблемні аспекти ініціювання питання про дисциплінарну відповідальність адвоката. *Травневий конгрес правознавців: матеріали II Міжнародної науково-практичної конференції* (м. Ужгород 15–17 травня 2015 р.). Ужгород: Ужгородський національний університет, 2015. С. 99–101.

⁴ Конституція України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР. URL: <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=254%EA%2F96%E2%F0#Find>

⁵ Там само.

⁶ Там само.

⁷ Хотенець П.В. Правовий статус адвоката в Україні: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.10. Харків, 2002. 23 с.

⁸ Святоцький О.Д., Медведчук В.В. Адвокатура України: навч. посіб. Київ: Ін Юре, 1997. 224 с.

⁹ Про адвокатуру та адвокатську діяльність: Закон України від 05.07.2012 р. *Офіційний вісник України*. 2012. № 62. С. 2509.

¹⁰ Там само.

¹¹ Там само.

¹² Там само.

¹³ Там само.

¹⁴ Трунов И.Л. Что делать с противоправным воспрепятствованием деятельности адвоката. *Адвокат*. 2005. № 12. С. 11–18.

¹⁵ Про адвокатуру та адвокатську діяльність: Закон України від 05.07.2012 р. *Офіційний вісник України*. 2012. № 62. С. 2509.

¹⁶ Там само.

¹⁷ Там само.

¹⁸ Там само.

¹⁹ Святоцький О.Д. Адвокатура в юридичному механізмі захисту прав громадян (історико-правове дослідження): дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.01. Київ, 1994. 281 с.

²⁰ Гусарев С.Д., Тихомиров О.Д. Юридична деонтологія (основи юридичної діяльності: теоретичні і деонтологічні аспекти): навч.-метод. посіб. Київ, 2000. 376 с. С. 242.

²¹ Про адвокатуру та адвокатську діяльність: Закон України від 05.07.2012 р. *Офіційний вісник України*. 2012. № 62. С. 2509.

²² Повышение профессионального уровня защитников – это обязательное условие так называемой адвокатской монополии: интервью с президентом Федеральной палаты адвокатов РФ Е. Семеньяко. URL: <http://www/garant.ru/aktion/interview/553999/> (дата звернення: 15.09.2017).

Резюме

Ткачук Л.В. Місце та роль адвокатури України в системі правозахисних гарантій прав людини: теоретико-правове дослідження.

У статті розглянуто та охарактеризовано поняття правозахисних гарантій прав людини в Україні, адвокатури, а також визначено їх місце в структурі механізму правового захисту. Висвітлено місце та роль адвокатури в системі правозахисних гарантій прав людини в Україні. Встановлено, що адвокатура є основою, фундаментом правової держави та громадянського суспільства, без професійної діяльності якої, насамперед на засадах абсолютної незалежності, взагалі ставиться під сумнів їх існування. Рівень розвитку адвокатури безпосередньо вказує на рівень демократії в суспільстві.

Ключові слова: гарантії прав людини, гарантування, захист, механізм правового захисту, права і свободи людини, правозахисні гарантії, адвокатура.

Резюме

Ткачук Л.В. Место и роль адвокатуры Украины в системе правозащитных гарантий прав человека: теоретико-правовое исследование.

В статье описывается и характеризуется понятие правозащитных гарантий прав человека в Украине, адвокатуры, а также определяется их место в структуре механизма правовой защиты. Освещено место и роль адвокатуры в системе правозащитных гарантий прав человека в Украине. Установлено, что адвокатура является основой, фундаментом правового государства и гражданского общества, без профессиональной деятельности которой, в первую очередь на принципах абсолютной независимости, вообще ставится под сомнение их существование. Уровень развития адвокатуры непосредственно указывает на уровень демократии в обществе.

Ключевые слова: гарантии прав человека, гарантирование, защита, механизм правовой защиты, права и свободы человека, правозащитные гарантии, адвокатура.

Summary

Tkachuk L. Place and role of advocacy of Ukraine in the system of legal-defending guarantees of human rights: theoretical and legal research.

The paper is considered and described signs and concepts of legal-defending guarantees of human rights in Ukraine, advocacy. Additionally, their place in the structure of the mechanism of legal protection is defined. The location and role of advocacy are determined in the system of legal-defending guarantees of human rights in Ukraine. It is set that advocacy is basis, foundation of the legal state and civil society, without professional activity of that, first of all on principles of absolute independence their existence is put under a doubt in general. Level of development of advocacy directly specifies on the level of democracy in society.

Key words: legal-defending guarantees of human rights, guarantee, protection, mechanism of legal protection, human rights and freedoms, advocacy.

УДК 342.5

П.А. РУДИК

Петро Андрійович Рудик, доктор історичних наук, професор, професор Національного університету харчових технологій

ORCID: 0000-0003-3381-9840

КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВА АДАПТАЦІЯ ПОЛОЖЕНЬ СТАТУСУ СУДДІВ СУДІВ ЗАГАЛЬНОЇ ЮРИСДИКЦІЇ УКРАЇНИ ДО МІЖНАРОДНИХ І ЄВРОПЕЙСЬКИХ СТАНДАРТІВ НА СУЧАСНОМУ ЕТАПІ

Внесені зміни до Конституції України щодо правосуддя 2 червня 2016 р. заклали оновлені конституційні засади судової влади. Вони передбачають реалізацію судової реформи відповідно до міжнародних стандартів та відновлення довіри громадян до судової влади. У здійсненні такої реформи провідна роль належить судам та їх суддям. Значимість суддів визначається уже тим, що вони представляють фах, вимоги до якого зафіксовані в Основному Законі держави. Судді безпосередньо реалізують основні функції правосуддя і від якості їхньої роботи залежить рівень захисту прав і свобод людини і громадянина.

Нині до проблем судової реформи прикута увага відомих вчених Національної академії правових наук України, Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, Інституту законодавства Верховної Ради України, окремих закладів вищої освіти. З внесенням змін до Конституції України в 2016 р. дослідження питань реформування судової влади активізувалося. Своїми міркуваннями уже поділилися М.І. Козюбра, О.Л. Копиленко, А.Р. Крусян, О.В. Марцеляк, Л.М. Москвич, С.В. Прилуцький, А.О. Селіванов, О.В. Скрипнюк, П.Б. Стецюк, В.Л. Федоренко, Ю.С. Шемшученко, О.В. Щербанюк, О.І. Ющик та ін.¹ Проте проблема конституційно-правового реформування статусу суддів судів загальної юрисдикції України у світлі сучасних міжнародних і європейських стандартів спеціально не досліджувалася.

Метою даної статті є вивчення модернізації статусу судді суду загальної юрисдикції України у зв'язку з судовою реформою, що проводиться нині в Україні, з урахуванням світового і європейського досвіду.

Спочатку проаналізуємо основні положення про правовий статус суддів, закріплені у міжнародних і європейських документах, оскільки вони стали основою внесених змін до Конституції і Закону України «Про судоустрій і статус суддів» та інших законів. Зasadничі положення, які невіддільні від статусу суддів, зафіксовані у загальних міжнародних документах, що гарантують захист прав і основоположних свобод людини і громадянина. Усі судді в демократичних країнах світу мають керуватися принципом верховенства права, виходити із того, що кожна людина має право на справедливий суд, що всі особи є рівними перед судами. На цьому наголошується у ст. 10 Загальної декларації прав людини, схваленої ООН в 1948 р., та у ч. 1 ст. 6 Європейської Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (1950 р.). А Міжнародний пакт про громадянські та політичні права (схвалений ООН в 1966 р.), зауважує, що кожна особа має право при розгляді будь-якого кримінального обвинувачення, пред'явленого їй, або при визначенні її права та обов'язків у будь-якому цивільному процесі на справедливий і публічний розгляд справи компетентним, незалежним і безстороннім судом, створеним на підставі закону (ч. 1 ст. 14).

Аналіз міжнародних документів переконує, що статус суддів у них розглядається крізь призму принципу верховенства права, який поряд з іншим передбачає дотримання законності і забезпечення захисту прав особи від свавілля з боку держави та інших груп тиску. Для міжнародних документів однією з основ верховенства права є додержання принципу поділу влади і незалежності судів та їх суддів. Виклад в них положень статусу судді як за змістом, так і за формою має свої особливості. В одних документах вони знайшли детальне розкриття, в інших часткове, в одних документах вживається словосполучення «статус суддів», в інших воно відсутнє. У переважній більшості документів увага зосереджена на положеннях про незалежність суддів. Тому, на нашу думку, слушним було видання спеціальної збірки документів «Міжнародні стандарти

незалежності суддів» (2008 р.), які містять рекомендації з питань формування незалежної судової влади та гарантій забезпечення незалежності суддів². А в об'ємній збірці документів «Європейські та міжнародні стандарти у сфері судочинства» (2015 р.) передусім під окремим заголовком поміщені документи, які розкривають загальні принципи незалежності суддів. Це базові документи, що прийняті ООН, Радою Європи та іншими міжнародними і європейськими інституціями. Головними із них є такі: Основні принципи незалежності судових органів, схвалені резолюціями 40/32 та 40/146 Генеральної Асамблеї ООН від 29 листопада та 13 грудня 1985 р.; Європейська хартія про закон «Про статус суддів» (Рада Європи 10 липня 1998 р.); Рекомендація СМ/Res (2010) 12 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо суддів: незалежність, ефективність та обов'язки (17 листопада 2010 р.); Висновок № 1 (2001) Консультативної ради європейських суддів до уваги Комітету Міністрів Ради Європи щодо стандартів незалежності судової влади та незмінюваності суддів (01 січня 2001 р.); Велика хартія суддів, ухвалена Консультативною радою європейських суддів 17 листопада 2010 р.; Київські Рекомендації ОБСЄ щодо незалежності судової системи в країнах Східної Європи, Південного Кавказу та Центральної Азії (25 червня 2010 р.); Доповідь Європейської комісії «За демократію через право» (Венеціанської комісії) «Європейські стандарти в сфері судочинства. Систематичний огляд» (03 жовтня 2008 р., CDL-JD (2008) 002) та її доповідь щодо незалежності судової системи, частина I: незалежність суду (13 березня 2010 р.); Монреальська універсальна декларація щодо незалежності правосуддя (Перша світова конференція незалежності правосуддя, 1983 р.), Загальна (Універсальна) хартія судді, ухвалена 17 листопада 1999 р. Центральною Радою Міжнародної Асоціації Суддів у Тайпеї (Тайвань) та ін. Ці документи пропонують при створенні законодавчої бази на найвищому рівні керуватися їхніми пропозиціями окрім іншого і стосовно основних засад статусу суддів, передусім щодо призначення на посади суддів та гарантій їх діяльності³. Цінність цих документів полягає в тому, що у них сконцентровано позитивний досвід розвинутих демократичних держав у питаннях судової влади, до спільноти яких прагне увійти Україна.

Викладені в них основні принципи незалежності правосуддя та суддів є лише базовими засадами регулювання цієї проблеми. Вони уже знайшли певне висвітлення в юридичній літературі. Тому зосередимо увагу на позитивній дії Європейської асоціації суддів: спробі викласти її розуміння категорії «європейський статус суддів». Беручи за основу засади зазначених вище міжнародних і європейських документів та враховуючи відмінності між державами Європи, які є результатом їхніх різних правових традицій та практики, Європейська асоціація суддів виробила певні спільні принципи, що стосувалися не лише основного елемента статусу судді (незалежності судді), а комплексного підходу до визначення категорії «європейського статуту судді» (1993 р.). Вона урочисто закликала країни Європи дотримуватися 12 фундаментальних принципів. Ними визначено такі: 1. Незалежність кожного судді є невідчужуваною і всі національні та міжнародні органи влади мають гарантувати незалежність судді. 2. Суддя підпорядкований лише закону, він не звертає уваги на політичні партії чи інші групи тиску і виконує свої обов'язки вільно від будь-якого зовнішнього впливу та без невинуватих затримок. 3. Суддя не тільки повинен бути неупередженим, а й має сприйматися будь-ким як неупереджений. 4. Обрання судді повинно базуватися тільки на об'єктивних критеріях, що покликані забезпечити професійну компетентність, а його обрання має здійснюватися незалежним органом, який представляє суддів. Жодний сторонній вплив, зокрема політичний, не може здійснюватися на процес обрання судді. 5. Просування судді по службі, що здійснюється незалежним органом, повинно чітко відповідати принципам об'єктивності, професійної придатності та незалежності. 6. Управління суддівством має бути покладене на орган, що представляє суддів та є незалежним від жодної іншої влади. 7. Інші державні органи зобов'язані надавати органам судової влади всі засоби, необхідні для їх функціонування, включаючи належні людські ресурси та обладнання. Судді мають брати участь в прийнятті рішень з цього приводу. 8. Заробітна плата судді має бути адекватною та забезпечувати дійсну економічну незалежність судді і не має зменшуватися на будь-якому етапі суддівської служби. 9. Дисциплінарні санкції за неналежну поведінку судді мають накладатися органом, що складається із суддів, та в суворій відповідності до чітко визначених процедурних правил. 10. Жоден суддя не може бути притягнений до цивільної відповідальності за виконання своїх професійних обов'язків. 11. Суддя після звільнення з посади повинен мати можливість займатися іншою юридичною професією. 12. Статус судді має бути прямо впроваджений в законодавство⁴. Таким є розуміння Європейської асоціації суддів спільних принципів категорії «європейського статуту судді» з позбавленням впливу на суддів з боку законодавчої та виконавчої влади як на національному, так і на міжнародному рівнях.

В Україні сучасний конституційно-правовий статус суддів судів загальної юрисдикції визначається оновленою редакцією Конституції України⁵ відповідно до Закону України «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)» (від 02 червня 2016 р.), оновленими редакціями Законів України «Про судоустрій і статус суддів» (від 02 червня 2016 р.), «Про державний захист працівників суду і правоохоронних органів» із внесеними змінами (від 23 грудня 1993 р.), новими Законами України «Про Вищу раду правосуддя» (від 21 грудня 2016 р.), «Про Вищий антикорупційний суд» (від 07 червня 2018 р.) та ін. Так, внесеними змінами до Конституції України уточнено і посилено гарантії незалежності та недоторканності суддів. У ст. 126 Конституції України закріплено положення, що гарантують незалежність і недоторканність судді, в тому числі, заборону впливу на суддю у будь-який спосіб, неможливість затримати або утримувати суддю під вартою чи арештом без згоди Вищої ради правосуддя (до змін було «без згоди Верховної Ради України») до винесення обвинувального вироку судом, за винятком затримання судді під час або відразу ж після вчинення тяжкого або особливо тяжкого злочину, неможливість притягнути суддю до відповідальності за ухва-

лене ним судові рішення, за винятком вчинення злочину або дисциплінарного проступку, безстроковість обіймати суддею посаду тощо (ч. 1–5 ст. 126).

Ці конституційні положення далі розвинуті в Законі України «Про судоустрій і статус суддів». Зокрема, розкрито розуміння поняття «незалежність судді». Здійснюючи правосуддя, він є незалежним від будь-якого незаконного впливу, тиску або втручання, яке забороняється і має наслідком відповідальність. Згідно із внесеними змінами до Конституції України суддя повинен керуватися принципом верховенства права (до цього було: «судді ... підкоряються лише закону» (ч. 1 ст. 129 Конституції) і здійснювати правосуддя на основі Конституції та інших законів України. Він не зобов'язаний давати жодних пояснень щодо суті справ, які перебувають у його провадженні, хіба що у випадках, установлених законом. При втручанні в його діяльність як судді щодо здійснення правосуддя він зобов'язаний звернутися з повідомленням до Вищої ради правосуддя та до Генерального прокурора України (ч. 1–4 ст. 48 закону)⁶.

При внесенні змін до Конституції України відбулося кардинальне реформування суддівського імунітету: скасована абсолютна недоторканність судді, а впроваджено так званий функціональний імунітет судді (коли суддя виконує свої функції), відбулося встановлення відповідної межі між суддівським імунітетом і відповідальністю осіб, що ним володіють. Обмеження абсолютного суддівського імунітету до функціонального, на нашу думку, є доцільним. Хоча повне скасування суддівського імунітету було б не виправданим, оскільки суддя має бути захищений на час виконання своїх обов'язків. У Конституції України попереднє положення «Суддя не може без згоди Верховної Ради України затриманий чи заарештований до винесення обвинувального вироку судом» у новій редакції замінено на положення «Без згоди Вищої ради правосуддя суддю не може бути затримано або утримувано під вартою чи арештом до винесення обвинувального вироку судом, за винятком затримання судді під час або відразу ж після вчинення тяжкого або особливо тяжкого злочину» (ч. 3 ст. 126). І доповнено новим положенням: «Суддю не може бути притягнуто до відповідальності за ухвалені ним судові рішення, за винятком вчинення злочину або дисциплінарного проступку» (ч. 4 ст. 126).

У Конституції України відповідно до внесених змін відокремлено підстави для звільнення судді з посади від підстав припинення його повноважень. Гадаємо, що для зручності таке розмежування потрібне. Проте, на думку С. В. Прилуцького і О. В. Стрельцової, розмежування підстав для звільнення та припинення повноважень судді здійснено із недостатнім врахуванням вимог наукової методології та обґрунтованості, тому складно простежити раціональні критерії виокремлення цих підстав⁷.

У попередній редакції Конституції України передбачалося, що повноваження судді припинялися лише у разі його смерті, а його звільнення з посади у багатьох випадках (ч. 5, 6 ст. 126). Нині підставами для звільнення судді з посади Основним Законом держави передбачені такі: 1) неспроможність виконувати повноваження за станом здоров'я; 2) порушення суддею вимог щодо несумісності; 3) вчинення істотного дисциплінарного проступку, грубе чи систематичне нехтування обов'язками, що є несумісним зі статусом судді або виявило його невідповідність займаній посаді; 4) подання заяви про відставку або про звільнення з посади за власним бажанням; 5) незгода на переведення до іншого суду у разі ліквідації чи реорганізації суду, в якому суддя обіймає посаду; 6) порушення обов'язку підтвердити законність джерела походження майна (п.п. 1–6 ч. 6 ст. 126 Конституції). Порівняльний аналіз свідчить про вилучення з переліку підстав для звільнення суддів з посад норми про «порушення присяги». Венеціанська комісія схвально сприйняла таку дію. Водночас за її пропозицією включено норму, що підставою для звільнення судді з посади є порушення ним обов'язку підтвердити законність джерела походження його майна і майна членів його сім'ї.

Змінами до Основного Закону держави значно розширено підстави припинення повноважень судді. Раніше визначалася лише одна підстава припинення повноважень судді у разі його смерті. У сучасній редакції Конституції такими підставами є: 1) досягнення суддею 65 років; 2) припинення громадянства України або набуття суддею громадянства іншої держави; 3) набрання законної сили рішенням суду про визнання судді безвісно відсутнім або оголошення померлим, визнання недієздатним або обмежено дієздатним; 4) смерть судді; 5) набрання законної сили обвинувальним вироком щодо судді за вчинення ним злочину (п.п. 1–5 ч. 7 ст. 126 Конституції).

Значно підвищено вимоги до суддів, їх вікового і професійного цenzів, кваліфікації. Віковий ценз зріс із 25 до 30 років, а стаж професійної діяльності у сфері права з трьох до щонайменше п'яти років. На посаду судді може бути призначений лише громадянин України, який має вищу юридичну освіту, є компетентним, добросовісним та володіє державною мовою (ч. 3 ст. 127). Такі вимоги заслуговують лише схвалення. Водночас опущено положення попередньої редакції Конституції, що майбутній суддя має прожити в Україні не менше як 10 років. Вважаємо, що така дія законодавця щодо судді-початківця є дискусійною: суддя повинен знати, в яких умовах живе український громадянин і враховувати конкретні життєві обставини під час здійснення судочинства.

Щоб забезпечити високу якість суддівського корпусу, внесеними змінами до Конституції України передбачено здійснювати призначення судді на посаду за конкурсом (ч. 2 ст. 128), що схвально сприйняла Венеціанська комісія (п. 29 Проміжного висновку...)⁸. Відповідно до Закону України «Про судоустрій і статус суддів» конкурс на зайняття вакантної посади судді полягає у визначенні учасника конкурсу, який має вищу позицію за рейтингом (п. 12 ст. 79). Конкурс проводиться окремо для суддів місцевого, апеляційного, вищого спеціалізованого суду та Верховного Суду України (п.п. 8, 9, 11 ст. 79). При проведенні конкурсного відбору на посаду судді враховуються також додаткові вимоги для призначення на посаду судді щодо освіти та стажу професійної діяльності, передбачені новою редакцією Конституції України та законів України.

Так, у Законі України «Про судоустрій і статус суддів» зафіксовані додаткові вимоги до суддів апеляційного суду (ч. 1 ст. 28), Вищого суду з питань інтелектуальної власності (ч. 1 ст. 33), Верховного Суду України (ч. 1 ст. 38). Спеціальні вимоги для судді Вищого антикорупційного суду визначені Законом України «Про Вищий антикорупційний суд» від 07 червня 2018 р., про що буде йтися далі (ч. 1, 2 ст. 7 закону).

Важливою складовою статусу суддів є гарантії щодо фінансування та забезпечення належних умов для діяльності суддів. Про це наголошується у положеннях низки міжнародних і європейських документів, зокрема, в Європейській хартії про закон «Про статус суддів» (п. 6.1), у Рекомендації СМ/Rec (2010) 12 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо суддів: незалежність, ефективність та обов'язки (п.п. 53, 54) й ін. Такі ж положення в новій редакції закріплені на рівні Конституції і в Україні. У ній зазначається, що держава забезпечує фінансування та належні умови для функціонування судів і діяльності суддів, що з урахуванням пропозицій Вищої ради правосуддя у державному бюджеті України окремо визначаються видатки на утримання судів, а розмір винагороди судді встановлюється законом про судоустрій (ч. 1, 2 ст. 130). Згідно з новою редакцією Закону України «Про судоустрій і статус суддів» (02 червня 2016 р.) винагороди суддів значно зросли. Так, базовий розмір посадового окладу судді встановлений для судді місцевого суду 30, апеляційного суду, вищого спеціалізованого суду 50, Верховного Суду України 75 прожиткових мінімумів для працездатних осіб. А суддівська винагорода складається з посадового окладу та доплат за вислугу років, перебування на адміністративній посаді в суді, науковий ступінь, роботу, що передбачає доступ до державної таємниці, а також враховуються регіональні коефіцієнти (ч.ч. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 ст. 135). Хоча такі високі розміри посадового окладу судді в суспільстві, серед політиків і вчених викликали дискусії.

Згідно із внесеними змінами до Конституції України передбачено захист професійних інтересів суддів. На це спрямована діяльність суддівського самоврядування, положення про яке тепер в Конституції України виділено окремою статтею і діяльність якого визначається законом (ст. 130¹). Суддівське самоврядування в Україні здійснюється через такі його організаційні форми (органи), як збори суддів місцевого, апеляційного, вищого спеціалізованого судів, Пленум Верховного Суду; Раду суддів України; з'їзд суддів України (ч. 2 ст. 127 Закону України «Про судоустрій і статус суддів»), де судді мають можливість брати активну участь в їх роботі і захищати професійні інтереси та свої права.

У реформуванні статусу суддів суттєво підвищена роль Вищої ради правосуддя. Якщо раніше перше призначення на посаду професійного судді строком на п'ять років здійснював Президент України, а всі інші судді, крім суддів Конституційного Суду України, обиралися Верховною Радою України безстроково, то за нової редакції Конституції України Вища рада правосуддя, як новий колегіальний, незалежний конституційний орган державної влади та суддівського врядування, який відповідає за формування добросовісного та високопрофесійного корпусу суддів, вносить подання про їх призначення на посаду Президенту України (п. 1 ст. 131 Конституції), який лише церемоніально здійснює цю процедуру. Конституцією України та Законом України «Про Вищу раду правосуддя» окрім цього вона наділена також низкою повноважень, що вдосконалюють статусу суддів (п.п. 2–8 ст. 131 Конституції; п.п. 2–11 ст. 3 закону)⁹.

Складовим елементом статусу судді є його боротьба з корупцією як в органах судової влади України, так і в суспільстві. В Україні корупція протягом тривалого часу залишається однією з найбільших проблем. З метою комплексного реформування системи запобігання корупції відповідно до міжнародних стандартів та успішних практик іноземних держав в Україні створені такі антикорупційні інституції, як: Національне антикорупційне бюро України (далі НАБУ), Спеціалізована антикорупційна прокуратура (далі САП), Національна агенція з питань запобігання корупції (далі НАЗК) та Вищий антикорупційний суд України (далі ВАС).

Закон України «Про Вищий антикорупційний суд» визначив, що завданням цього 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 (ч. 1 ст. 3 закону). До судді Вищого антикорупційного суду окрім вимог, що ставляться до всіх суддів судів загальної юрисдикції, передбачені ще додаткові спеціальні вимоги. Він має володіти знаннями та практичними навичками, необхідними для здійснення судочинства у справах, пов'язаних з корупцією, та відповідати одній із таких вимог: 1) мати стаж роботи на посаді судді не менше п'яти років; 2) мати науковий ступінь у сфері права та стаж наукової роботи у сфері права щонайменше сім років; 3) мати досвід професійної діяльності адвоката, у тому числі щодо здійснення представництва в суді та/або захисту від кримінального обвинувачення щонайменше сім років; 4) мати сукупний стаж (досвід) зазначеної у попередніх 1–3 пунктах роботи (професійної діяльності) щонайменше сім років (ч. 1, 2 ст. 7 закону)¹⁰.

Водночас законом виділяються особливості статусу суддів Вищого антикорупційного суду. У зв'язку із здійсненням правосуддя у кримінальних провадженнях щодо корупційних та пов'язаних з корупцією злочинів суддям цього суду надаються, поряд із визначеними Конституцією України та Законом України «Про судоустрій і статус суддів» гарантіями, додаткові гарантії забезпечення їх особистої безпеки та особистої безпеки членів їхніх сімей і збереження їхнього майна. У разі потреби за заявою судді йому і членам його сім'ї надається цілодобова охорона, а також здійснюється цілодобова охорона особистого або службового житла судді. Його житло оснащується охороною сигналізацією та кнопками тривожної сигналізації (ч. 1, 2, 3 ст. 10 закону). У разі загрози життю чи здоров'ю судді, членів його сім'ї за заявою судді Служба судової охорони забезпечує тимчасове розміщення таких осіб у місцях, що гарантують їхню безпеку. З метою гарантії особистої безпеки суддів службові приміщення Вищого антикорупційного суду оснащуються сучасними

засобами безпеки (ч. 5, 6 ст. 10). Суддя, котрий не забезпечений житлом, на час перебування на посаді забезпечується державою службовим житлом, відчуження якого не допускається (ч. 1, 2 ст. 13).

Для суддів такого суду законом передбачено моніторинг доброчесності: повна перевірка всіх декларацій осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, моніторинг способу життя суддів та членів їхніх сімей, наявності у суддів конфлікту інтересів та ознак незаконного збагачення, моніторинг за додержанням законодавства у сфері запобігання корупції тощо (ч. 1, 2, 3 ст. 11 закону).

Особливість статусу судді Вищого антикорупційного суду проявляється у підвищенні рівня його професійної компетентності. Поряд із заходами підтримання кваліфікації всіх суддів, для суддів цього суду мають створюватися умови для задоволення індивідуальних потреб в особистому професійному зростанні, підвищенні рівня професійної компетентності з питань судочинства у сфері протидії та боротьби з корупцією, новітніх міжнародних антикорупційних стандартів і світових практик у сфері протидії та боротьби з корупцією. Суддя Вищого антикорупційного суду не рідше одного разу на рік має проходити обов'язкове підвищення кваліфікації з питань судочинства у сфері протидії та боротьби з корупцією (ч. 1, 2 ст. 12 закону).

Отже, можемо зробити такі висновки. Аналіз нових положень, внесених до Конституції України, та нових законів, що їх розвивають і деталізують, свідчить про імплементацію міжнародних і європейських правових принципів та норм, котрі стосуються статусу суддів судів загальної юрисдикції, в законодавство України. Проте це лише початок роботи. Їх треба ще реалізувати на практиці: втілити в життя принцип верховенства права, утвердити демократію і посилити захист прав та свобод людини і громадянина.

¹ Судова реформа в Україні: реалії та перспективи: Матеріали науково-практичної конференції 18.11.2016 року / Копиленко О.Л. керівник автор. колективу. Київ: Інститут законодавства Верховної Ради України, 2017. 479 с.; Конституційний процес: поточний результат, ризики і перспективи (Аналітична доповідь Центру Разумкова) / М.І. Козюбра, О.В. Марцеляк, П.Б. Стецюк та ін. *Національна безпека і оборона*. 2016. № 5–6. С. 3–52; *Крусян А.Р.* Конституційна юстиція та конституційні перетворення в Україні. *Український часопис конституційного права*. 2016. № 1. С. 31–36; *Москвич Л.М.* Довіра до суду: стан та інструменти впливу. *Право України*. 2018. № 3. С. 9–25; *Селіванов А.О.* Конституційне правосуддя в Україні. Харків: Право, 2018. 94 с.; *Шемшученко Ю.С.* Судова реформа в Україні у світлі європейського досвіду: конституційний аспект. *Часопис цивільного і кримінального судочинства*. 2016. № 6 (33). С. 48–49; *Щербанюк О.В.* Індивідуальна конституційна скарга як засіб забезпечення конституційної демократії. *Право України*. 2018. № 12. С. 77–91; *Прилуцький С.В., Стрельцова О.В.* Модернізація статусу суддів: концепт взаємодії громадянського суспільства та держави в умовах конституційної реформи 2016 року. *Публічне право*. 2016. № 4 (24). С. 10–17 та ін.

² Міжнародні стандарти незалежності суддів: зб. документів. Київ: Поліграф-Експрес, 2008. 184 с.

³ Європейські та міжнародні стандарти у сфері судочинства. Київ, 2015. 708 с.

⁴ Європейський статут судді (прийнятий Європейською Асоціацією Суддів у 1993 році). URL: <https://vkksu.gov.ua>

⁵ Конституція України із змінами, внесеними згідно із законами. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.

⁶ Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 02.06.2016 р. № 1402-VII. *Відомості Верховної Ради України*. 2016. № 31. Ст. 545.

⁷ *Прилуцький С.В., Стрельцова О.В.* Модернізація статусу суддів: концепт взаємодії громадянського суспільства та держави в умовах конституційної реформи 2016 року. *Публічне право*. 2016. № 4 (24). С. 10.

⁸ Проміжний висновок щодо запропонованих змін до Конституції України в частині правосуддя. Висновок № 803/2015 CDL-PI(2015)016 від 24.07.2015 р., затверджений Венеціанською комісією. URL: <https://vkksu.gov.ua>

⁹ Про Вищу раду правосуддя: Закон України від 21.12.2016 р. № 1798-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2017. № 7–8. Ст. 50.

¹⁰ Про Вищий антикорупційний суд: Закон України від 07.06.2018 р. № 2447-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2018. № 24. Ст. 212.

Резюме

Рудик П.А. Конституційно-правова адаптація положень статусу суддів судів загальної юрисдикції України до міжнародних і європейських стандартів на сучасному етапі.

Аналізуються положення сучасних міжнародних і європейських документів, що стосуються статусу суддів, приписи і норми нової редакції Конституції України і нових редакцій законів України стосовно статусу суддів судів загальної юрисдикції України у контексті судової реформи, що проводиться нині, їх конституційно-правова модернізація відповідно до міжнародних і європейських стандартів.

Ключові слова: Конституція України, закони України, конституційно-правова адаптація, статус суддів, міжнародні і європейські документи, стандарти.

Резюме

Рудик П.А. Конституционно-правовая адаптация положений статуса судей судов общей юрисдикции Украины с международными и европейскими стандартами на современном этапе.

Анализируются положения современных международных и европейских документов, касающихся статуса судей, предписания и нормы новой редакции Конституции Украины и новых редакций законов Украины относительно статуса судей судов общей юрисдикции Украины в контексте судебной реформы, проводимой в настоящее время, их конституционно-правовая модернизация в соответствии с международными и европейскими стандартами.

Ключевые слова: Конституция Украины, законы Украины, конституционно-правовая адаптация, статус судей, международные и европейские документы, стандарты.

Summary

Rudyk P. Constitutional legal adaptation of the provisions of the status of judges of courts of general jurisdiction in Ukraine with international and European standards at the present stage.

The analysis of the main provisions of international and European documents on the legal status of judges convinces that they have become the basis for the amendments made to the Constitution and to the Law of Ukraine "On the Judicial System and the Status of Judges" and other laws. Their fundamental provisions are aimed at strengthening the principle of the rule of law, the guarantee of protecting the rights and fundamental freedoms of a person and citizen, including the right to a fair trial.

Key words: Constitution of Ukraine, laws of Ukraine, constitutional legal adaptation, status of judges, international and European documents, standards.

УДК 342.5

В.А. ШАТІЛО

Володимир Анатолійович Шатіло, доктор юридичних наук, доцент, заслужений юрист України, професор Київського національного лінгвістично-го університету

ORCID: 0000-0003-3274-4744

СУБ'ЄКТИВНІ ФАКТОРИ ТА ЇХ ВПЛИВ НА РОЗВИТОК КОНСТИТУЦІЙНОГО МЕХАНІЗМУ ДЕРЖАВНОЇ ВЛАДИ

Продовжуючи проблему впливу факторів (факторний аналіз) на розвиток конституційного механізму державної влади (В.А. Шатіло. Вплив об'єктивних факторів на розвиток конституційного механізму державної влади. *Часопис Київського університету права*. 2018. № 4. С. 87–91), у цій статті зупинимося на дослідженні впливу суб'єктивних факторів на розвиток конституційного механізму державної влади.

Метою статті є загальна характеристика методології факторного аналізу конституційного механізму державної влади. Завданням є з'ясування змісту поняття факторного аналізу та вплив суб'єктивних факторів на розвиток конституційного механізму державної влади.

На відміну від об'єктивних суб'єктивні фактори, що здійснюють вплив на розвиток конституційного механізму державної влади, є умовами, причинами чи обставинами, які безпосередньо залежать від дій тих чи інших суб'єктів державно-владних відносин. До суб'єктивних факторів можна віднести: теоретико-методологічні, соціально-психологічні, організаційно-правові, політико-правові, соціально-правові та інші. Проте для загального уявлення про сутність та зміст суб'єктивних факторів, що здійснюють вплив на розвиток конституційного механізму державної влади, доцільно розглянути та охарактеризувати лише деякі з них.

Теоретико-методологічні фактори є умовами, причинами, що відображають ступінь наукової обґрунтованості правових рішень, якість інтенсивності та ефективності взаємодії правотворчих органів і наукових установ з проблем визначення тактики й стратегії правового розвитку, системності конституційно-правового реформування, спрямованості і змісту заходів у галузі розвитку правової політики та системи законодавства на шляху до оптимального і ефективного функціонування конституційного механізму державної влади. До теоретико-методологічних факторів розвитку конституційного механізму державної влади пропонуємо відносити: становлення конституційної доктрини, розробку концепцій, планів, програм, стратегій розвитку окремих сфер конституційних правовідносин, науково-теоретичне обґрунтування перспективних напрямів реформування конституційного механізму державної влади та інше.

Також варто зазначити, що теоретико-методологічні фактори є важливими умовами розвитку конституційного механізму державної влади, але для його системної модернізації та окреслення перспективних напрямів і стратегічних пріоритетів конституційного реформування існує нагальна потреба у розробленні та затвердженні «Доктрини модернізації конституційного механізму державної влади». Вона повинна увібрати в себе основні ідеї, засади, принципи на напрями послідовного реформування конституційного законодавства.

Соціально-психологічні фактори відображають особливості культурного, освітнього розвитку і рівня населення, посадових осіб, їх правову обізнаність і компетентність, правову психологію особистості та специфіку правового світогляду суб'єктів конституційного механізму державної влади. До цієї групи факторів можна віднести: конституційну правосвідомість (конституційно-правову ідеологію, конституційно-правову психологію, конституційний патріотизм), національну ідею, правову культуру, правову освіченість, моральність тощо. Тобто, це ті умови та особливості суб'єктивного (психічного та емоційного) ставлення суб'єктів конституційного механізму державної влади до конституційного правопорядку в державі, які, в свою чергу, впливають як на правотворчий, так і на правозастосовний аспекти життєдіяльності суспільства.

Негативними соціально-психологічними факторами є існування в суспільстві таких явищ, як «правовий нігілізм», «абсентеїзм», «правовий ідеалізм (фетишизм)», «правовий радикалізм» та інші, які перешкоджають ефективності реалізації механізму конституційно-правового регулювання та розвитку конституційного механізму державної влади.

На сьогоднішній день зневіреність у дієвості конституційних приписів і всієї системи законодавства, зниження кредиту довіри до влади, недовіра до особистої здатності внести позитивні зміни у формування органів влади, небажання отримувати інформацію про процес реформування, тобто зниження рівня правової освіченості та правової культури тощо сприяють розвитку нігілістичних настроїв у суспільстві, що є проявами деформації конституційної правосвідомості. З метою подолання цих негативних тенденцій необхідно сприяти на рівні державної влади масовій просвітницькій діяльності і правовому вихованню населення, активно залучати громадян до обговорення найважливіших рішень, що впливають на становлення державності, та здійснювати інші заходи для підвищення правової освіченості й правової культури нації.

Отже, розвиток та ефективність конституційного механізму державної влади багато в чому залежать від того, наскільки враховуються і використовуються соціально-психологічні фактори, що впливають на пізнання і розуміння людьми (політичними діячами, державними службовцями тощо) конституційно-правових норм, засвоєння приписів, що в них містяться, формування позитивного ставлення до них, готовність співвідносити з ними свою правову поведінку тощо.

Організаційно-правові фактори розвитку конституційного механізму державної влади полягають у створенні умов для оптимізації і консолідації системи органів державної влади в процесі використання владних повноважень. Організаційна система органів державної влади повинна базуватись на синтезі національних та загальнолюдських традицій, сильній верховній владі, соціальній справедливості, свободі особистості тощо.

До організаційно-правових факторів розвитку конституційного механізму державної влади можна віднести: інституційні, нормативні, корупціогенні та інші.

Інституційні фактори є умовами розвитку інституційного середовища та формування ефективної системи функціонування окремих інститутів (народовладдя, громадського контролю, політичних партій, засобів масової інформації, парламентаризму та ін.) конституційного механізму державної влади. На сьогоднішній день побудова ефективного конституційного механізму державної влади насамперед детермінується здійсненням системної організаційно-правової модернізації в напрямі відкритої управлінської системи, а її корекція та розвиток повинні забезпечуватись оновленням інститутів з потужними саморегулятивними механізмами, найважливіша умова функціонування яких – система зворотного зв'язку.

Нормативні фактори є умовами створення законодавчої бази функціонування конституційного механізму державної влади. Оптимальна система нормативно визначених умов функціонування механізму державної влади повинна містити: 1) розмежування і чітке визначення компетенції окремих органів держави; 2) відсутність суперечностей між нормативними актами; 3) мінімізацію оціночних понять в нормативно-правових актах; 4) мінімізацію бланкетних та відсилочних норм у правовому акті; 5) відсутність пробільності в регулюванні суспільних відносин; 6) наявність поряд із матеріальними процесуальними норм, що спрямовані на їх реалізацію; 7) нормативне врегулювання ієрархії нормативно-правових актів; 8) вдосконалення юридичної техніки та інше.

У демократичній державі якість механізму державної влади багато в чому залежить не тільки від конституційної правосвідомості особи, а й від правосвідомості державних службовців та службовців органів місцевого самоврядування, яка детермінує рівень правової культури цих суб'єктів конституційних правовідносин та визначає законність і ефективність їх професійної службової діяльності.

Державні службовці чи посадові особи органів місцевого самоврядування в процесі здійснення професійної діяльності мають безпосереднє відношення до реалізації владних повноважень органів держави чи органів місцевого самоврядування у знаходженні й досягненні консенсусу у взаємовідносинах між громадянами і владою, у захисті прав та інтересів особи. При цьому вони повинні відстоювати інтереси держави і суспільства. Саме тому ефективність конституційного механізму державної влади безпосередньо залежить від ступеня їх правосвідомості.

Серед негативних факторів, які гальмують процес розвитку конституційного механізму державної влади, – корупційна деформація правосвідомості посадовців, внаслідок якої знижується ефективність державного управління та авторитет державної влади і держави загалом.

Отже, урахування організаційно-правових факторів в процесі розвитку конституційного механізму державної влади сприятиме: 1) реалізації спільних функцій органів державної влади з метою досягнення стратегічних цілей держави; 2) раціональності та оптимальності управлінської діяльності, яка пов'язана з кваліфікацією та ефективним використанням кадрового ресурсу; 3) підвищенню рівня трудової та виконавчої дисципліни; 4) спрощенню та підвищенню ефективності внутрішніх адміністративних процесів; 5) підвищенню якості та кількості зв'язків, що встановлюються між органами державної влади та населенням; 6) формуванню позитивної суспільної думки та рейтингових оцінок діяльності органів державної влади та інше.

Проаналізовані фактори розвитку конституційного механізму державної влади, їх зміст, характер взаємодії, співвідношення в процесі інтенсифікації модернізаційних процесів, що відбуваються в державі, не можуть розглядатись у якості постійної величини. На перманентний розвиток та вдосконалення конституційного механізму державної влади завжди будуть впливати фактори, що зумовлюватимуть структурну організацію та вдосконалення досліджуваного механізму.

Політико-правові фактори є умовами та обставинами, що впливають на формування та функціонування політичної системи держави як одного з найважливіших елементів конституційного механізму державної влади. Вони виступають умовами активності держави та її органів, спрямованої на підтримання законності та правопорядку в країні, розвитку і вдосконалення правових засобів організації та упорядкування правового життя. Тобто, державна влада, методи її реалізації зумовлюють процес формування державної організації суспільства, а політичні фактори створюють можливість ефективного функціонування конституційного механізму державної влади.

До політико-правових факторів розвитку конституційного механізму державної влади можна віднести: розвиток та інституціоналізацію політичних партій, еволюцію політичних інститутів, стабільність (нестабільність) політичної системи, характеристику політичної еліти, особливості прийняття політичних рішень, політико-правову активність громадян, формування демократичної виборчої системи, підвищення виборчої активності громадян, вдосконалення виборчого процесу на принципах загального, рівного, прямого виборчого права та інше.

Як досить влучно зазначає В.М. Морозов, «...важливим фактором політико-правової реформи є соціальна стабільність і соціальна справедливість, що спирається на масові уявлення про належне та справедливе. Стабільність правової системи – запорука соціальної, політичної, економічної і, в кінцевому рахунку державної стійкості, тобто запорука розвитку суспільства і держави»¹.

У процесі функціонування конституційного механізму державної влади відбувається взаємодія держави та громадянського суспільства і насамперед правова активізація особистості, у якій формується позитивне ставлення до органів державної влади, а з боку держави спостерігається посилення структурних елементів конституційного механізму державної влади. У результаті формується певний баланс особистості і держави шляхом поєднання ініціативи громадян з загальнодержавними завданнями.

На думку В.О. Затонського, правова активність особистості є інтенсивною діяльністю індивіда в сфері політики і права, одна з форм юридичного буття особистості, специфічна форма життєдіяльності. При цьому вчений наголошує на необхідності розмежуванні понять «позитивна правова активність» та «негативна правова активність».

Під позитивною правовою активністю пропонується розуміти творчий, самостійний, на основі вільного волевиявлення здійснюваний процес усвідомлення, створення і реалізації суспільно значущих, корисних пропозицій, проектів, концепцій, технічних новацій (винаходів) тощо. Під негативною правовою активністю розуміється усвідомлена, навмисна діяльність, форма юридичного буття індивідів та їх груп, які діють незважаючи на загальнообов'язкові правила поведінки та прагнуть досягти за всяку ціну мети, що суперечить громадським та державним завданням².

Що ж стосується негативної правової активності, то вона спостерігається в усіх сферах життєдіяльності суспільства, в тому числі і в політико-правовій сфері. До неї можна віднести: абсентеїзм, підкуп виборців, маніпуляцію громадською свідомістю та інше. При цьому рівень негативної правової активності якраз і свідчить про якість конституційного механізму державної влади.

Викладене дає змогу констатувати, що відновлення довіри громадян до органів державної влади та органів місцевого самоврядування, взаємодія державної влади та громадянського суспільства є першочерговими проблемами на шляху до успішної модернізації конституційного механізму державної влади.

Соціально-правові фактори полягають у створенні умов для забезпечення соціальної справедливості, реалізації права громадян на гідний рівень життя, їх соціально-правову захищеність тощо. Саме від цих умов безпосередньо залежить якісь здійснюваних реформ та ефективність функціонування конституційного механізму державної влади.

Розглянута модель системи факторів розвитку конституційного механізму державної влади не є завершеною, вона характеризується наявністю взаємних переходів з одного якісного стану в інший. Це зумовлюється системністю процесів модернізації з метою створення оптимальних політичних, економічних, соціальних, духовних, організаційно-правових, теоретико-методологічних та інших умов (обставин, явищ, процесів) для вдосконалення та підвищення ефективності конституційного механізму державної влади в цілому.

Однак у процесі конституційно-правової модернізації за її допомогою можна врахувати умови, обставини та явища, що сприяють чи заважають демократичним перетворенням в державі. До того ж варто зазначити, що систему факторів розвитку конституційного механізму державної влади можна диференціювати і за іншими критеріями, які зумовлюються вже зазначеними та доповнюються деякими іншими, проте здійснити їх комплексний аналіз в рамках цього дослідження не уявляється можливим. Водночас їх визначення може стати поштовхом для подальших досліджень у цій сфері. Зокрема, систему факторної моделі розвитку конституційного механізму державної влади можна доповнити наступними критеріями та видовими диференціаціями: 1) за ефективністю впливу на конституційний механізм державної влади на: позитивні та негативні; 2) за територіальним походженням джерела впливу на конституційний механізм державної влади: локальні, національні, міжнародні (інтернаціональні), світові (глобальні); 3) за сферою впливу на систему конституційного механізму державної влади: зовнішні (екзогенні) та внутрішні (ендогенні); 4) за темпоральною детермінованістю розвитку конституційного механізму державної влади: історичні, еволюційні, модернізаційні, прогностичні. Запропонована класифікація факторів, що впливають на розвиток конституційного механізму державної влади, має умовний характер, адже уся система має взаємозумовлюючий характер та взаємопроникаючий вплив.

Факторна модель розвитку конституційного механізму державної влади дозволяє визначити конкретні недоліки, які варто усунути для забезпечення практичного результату та очікуваного ефекту, а саме – ефективного функціонування конституційного механізму державної влади орієнтованого, насамперед на задоволення інтересів і потреб людини.

Варто зазначити, що будь-який системний аналіз, яким у даному випадку є факторна модель розвитку конституційного механізму державної влади, пов'язаний з певними ризиками та негативними наслідками в процесі радикального реформування. Тому для їх запобігання варто враховувати також результати факторного аналізу.

¹ Морозов В.М. Правовая реформа как фактор становления российской государственности. *Вестник Владимирского юридического института*. 2008. № 4. С. 95–97.

² Затонский В.А. Эффективная государственность в личностно-правовом измерении: общетеоретическое исследование: автореф. дисс. ... д-ра. юрид. наук. 12.00.01. Саратов, 2008. 50 с. С. 14–15.

Резюме

Шатило В.А. Суб'єктивні фактори та їх вплив на розвиток конституційного механізму державної влади.

У даній статті здійснено загальну характеристику методології факторного аналізу конституційного механізму державної влади та визначено суб'єктивні фактори, які впливають на розвиток конституційного механізму державної влади. З'ясовано зміст та сутність суб'єктивних факторів та їх вплив на розвиток конституційного механізму державної влади, а також окреслено засоби впливу певних суб'єктивних факторів на реалізацію державної влади.

Ключові слова: фактори, суб'єктивні фактори, держава, державна влада, органи місцевого самоврядування, конституційний механізм державної влади, суб'єктивні фактори конституційного механізму державної влади.

Резюме

Шатило В.А. Субъективные факторы и их влияние на развитие конституционного механизма государственной власти.

В данной статье осуществлена общая характеристика методологии факторного анализа конституционного механизма государственной власти и определены субъективные факторы, которые влияют на развитие конституционного механизма государственной власти. Выявлены содержание и сущность субъективных факторов и их влияние на развитие конституционного механизма государственной власти, а также очерчены способы влияния определённых субъективных факторов на реализацию государственной власти.

Ключевые слова: факторы, субъективные факторы, государство, государственная власть, органы местного самоуправления, конституционный механизм государственной власти, субъективные факторы конституционного механизма государственной власти.

Summary

Shatilo V. Subjective factors and their impact on the development of the constitutional mechanism of the state power.

A general description of the methodology for factor analysis of the constitutional mechanism of the state power is made; the subjective factors underlying the development of the constitutional mechanism of the state power are outlined. The contents and essence of the subjective factors and their impact on the development of the constitutional mechanism of the state power are defined, and the ways of the impact of selected subjective factors on the state power implementation are highlighted.

Key words: factors, subjective factors, state, state power, local self-governance bodies, constitutional mechanism of the state power, subjective factors of the constitutional mechanism of the state power.

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
ORCID: 0000-0001-5540-5695

МІЖНАРОДНІ СТАНДАРТИ ЩОДО ПРАВА НА СВОБОДУ ОБ'ЄДНАННЯ

В умовах глобалізації сучасного світу вагоме місце в системі законодавства про об'єднання громадян в Україні посідають міжнародні стандарти щодо права на свободу об'єднання.

Утім термін «міжнародні стандарти», незважаючи на його активне використання в юридичній літературі, залишається недостатньо розробленим. Ситуація ускладнюється ще й тим, що міжнародно-правові акти не містять легального визначення терміна «міжнародний стандарт», не вказують на кваліфікуючі ознаки цієї

категорії, використовують поряд з нею й інші терміни – «стандартні правила», «загальновизнані норми міжнародного права», «стандарты Ради Європи» та ін.

За відсутності легального визначення поняття «міжнародні стандарти», а також відпрацьованої в юридичній літературі доктринальної дефініції, наведемо окремі підходи вчених до її розуміння. Розпочнемо із конструкції «міжнародні стандарти прав людини», оскільки право на свободу об'єднання є одним із основних її прав. А зважаючи на те, що при характеристиці будь-якої правової категорії постає питання щодо визначення її кваліфікуючих ознак, звернемося до теоретико-правового аналізу сутності міжнародних стандартів прав людини із виокремленням цих ознак.

Для розуміння ознак міжнародних стандартів прав людини неабияке методологічне значення має прийнята 4 грудня 1986 р. Резолюція Генеральної Асамблеї ООН № 41/120 «Встановлення міжнародних стандартів у сфері прав людини». У цьому акті було викладено ті керівні принципи, які мали би враховуватись при розробці міжнародних документів у означеній галузі. Зокрема, такі документи повинні: а) узгоджуватись із існуючим зводом міжнародно-правових норм у сфері прав людини; б) мати фундаментальний характер і ґрунтуватись на притаманних людській особистості гідності та цінності; в) бути достатньо чіткими, або служити джерелом прав і обов'язків, які піддаються визначенню й здійсненню; г) передбачати, де це доречно, реалістичний та ефективний механізм здійснення, включаючи системи подання доповідей; е) користуватись широкою міжнародною підтримкою¹.

Конкретизуючи ці вимоги, С.О. Верланов абсолютно обґрунтовано вказує на те, що міжнародним стандартам прав людини мають бути притаманні наступні ознаки: 1) такі стандарти повинні бути встановленими декількома державами внаслідок міждержавного консенсусу та є модельними, «взірцевими» для відповідних держав; 2) вони мають встановлювати мінімальну та окреслювати максимальну межі їх змісту. Мінімальна межа розуміється як така, що не може бути порушеною за будь-яких обставин, максимальна – як орієнтир, для досягнення якого слід докладати усіх зусиль; 3) стандарти прав людини мають бути обов'язково нормативно (юридично) закріплені; 4) впровадження та захист цих стандартів забезпечується плюралізмом інституціональних механізмів; 5) інтерпретація таких стандартів здійснюється у контексті практики того чи іншого суспільства внаслідок міждержавних переговорів; 6) при розробці та впровадженні стандартів прав людини мають враховуватись регіональні особливості шляхом прийняття регіональних угод та створення механізмів їх реалізації, що дасть змогу виокремлювати основні ознаки стандартів та інтегрувати регіональні положення в єдину універсальну систему².

Треба зазначити, що С.О. Верланов у своїх подальших дослідженнях набір ознак міжнародних стандартів прав людини розуміє дещо вужче, який зводиться до таких: 1) модельність («взірцевість»); 2) визначеність межі; 3) нормативна юридична закріпленість; 4) плюралізм інституціональних механізмів імплементації та захисту; 5) свобода національного розсуду в їх застосуванні³.

Найбільш глибокий аналіз ознак міжнародних стандартів прав людини знаходимо у наукових розробках П.М. Рабіновича та О.Л. Венецької. На думку вчених, можна виокремити такі їхні ознаки:

1) фіксація в міжнародних актах та інших міжнародних документах певного змісту, певного обсягу, водночас змісту й обсягу прав людини, яка є першою ознакою розглядуваних стандартів;

2) сприйняття тези з приводу того, що міжнародні стандарти прав людини встановлюють власне «мінімальний стандарт», є «мінімально допустимим консенсусом»; вони не лише закріплюють перелік загально-визнаних прав, а й фіксують їх певний необхідний обсяг, мінімальний рівень, на якому останні мають реалізовуватися⁴;

3) стандартизація певних вимог до засобів гарантування прав людини (зокрема, позитивні обов'язки держави із забезпечення, охорони й захисту таких прав);

4) обов'язковість (або принаймні бажаність) дотримання державами міжнародних праволюдних стандартів;

5) з огляду на їх деонтичний статус вони можуть бути настановами або формально-обов'язковими, або рекомендаційними, що мають братись до уваги під час конструювання, моделювання всіх інших юридичних норм щодо прав людини (модельність);

6) специфіка санкцій за порушення означених стандартів. Такі санкції мають здебільшого або політико-юридичний (щодо обов'язкових приписів), або суто політичний (щодо рекомендаційних приписів) характер;

7) універсальність: всесвітня чи регіональна. Універсальна природа цих прав і свобод не підлягає сумніву (п. 6 Декларації Генеральної Асамблеї ООН «Верховенство права на національному та міжнародному рівнях» від 24 вересня 2012 р.)⁵;

8) діалектичне поєднання універсальності стандартів із протилежною ознакою – можливістю неуніверсальності (неоднозначності) інтерпретації їх більш-менш конкретного змісту та/або обсягу в різних культурних контекстах;

9) гранична абстрактність застосовуваних у них терміно-понять (серед яких часто превалюють категорії суто оціночного характеру);

10) історично-змістовна динамічність⁶.

Із запропонованими ознаками міжнародних стандартів прав людини варто погодитися, оскільки вони привносять ясність у розуміння досліджуваної категорії. А з огляду на те, що міжнародні стандарти щодо права на свободу об'єднання виступають як різновид міжнародних стандартів прав людини, то усі наведені вище їх ознаки є прийнятними і для них. Такий висновок слід враховувати при визначенні сутності міжна-

родних стандартів щодо права на свободу об'єднання та моделюванні переліку їх ознак. Проте відсутність однозначності у розумінні ознак міжнародних стандартів прав людини породжує різні підходи науковців до розуміння змісту цієї категорії, через визначення якої має бути побудоване поняття міжнародних стандартів щодо права на свободу об'єднання. Фактично різні підходи до розуміння міжнародних стандартів прав людини можуть бути репрезентовані наступними тезами:

- міжнародні стандарти прав людини визначили ту планку, нижче якої держава не повинна опускатися⁷;
- міжнародні стандарти прав людини – це так званий нормативний мінімум, відступати від якого держава може лише у формі його перевищення або конкретизації⁸;
- міжнародні стандарти прав людини – це закріплені в міжнародних актах та інших міжнародних документах певні показники цих прав, до досягнення яких заохочуються або зобов'язуються держави⁹;
- міжнародні стандарти прав людини є системою прав, що розкриває сучасну ідею прав людини, закріплену в основних міжнародно-правових документах і, відповідно, визнану в усьому світі¹⁰;
- міжнародні стандарти прав людини – це міжнародно-правові зобов'язання держав, які розвивають та конкретизують принцип поваги прав людини¹¹;
- міжнародні стандарти прав людини – це вся система основоположних прав і свобод людини, а також основних загальносоціальних принципів, що мають універсальний та загальний характер, є єдиними для усіх держав, що приєдналися до відповідного міжнародного акта з прав людини (у разі, якщо останній є джерелом їх закріплення), і мають однаковий ступінь імперативності незалежно від того, у якій державі вони застосовуються¹²;
- міжнародні стандарти прав людини – це сукупність принципів і норм, що встановлюють: а) права й свободи людини в різноманітних сферах життєдіяльності; б) обов'язки держави із забезпечення й дотримання прав людини без будь-якої дискримінації як у мирний час, так і в період збройних конфліктів; в) загальні принципи природного права; г) відповідальність за злочинне порушення прав людини; ґ) напрями розвитку й розширення сфери прав людини; д) напрями посилення контрольного механізму за виконанням державами взятих на себе зобов'язань у сфері прав людини¹³.

Наведене ще раз перекоонує в потребі сталого розуміння категорії «міжнародні стандарти прав людини». Таке визначення повинно бути лаконічним, але при цьому вмщувати його основні ідентифікуючі ознаки. На нашу думку, такими ознаками є: 1) закріплення (фіксація) у міжнародних актах; 2) універсальність; 3) визначення мінімального обсягу змісту прав людини; 4) встановлення обов'язків держав щодо їх забезпечення, охорони та захисту. Інтегруючи вказані ознаки, можна запропонувати таку дефініцію міжнародних стандартів щодо права на свободу об'єднання – це закріплені в міжнародно-правових актах, уніфіковані та функціонально універсальні норми, що фіксують мінімально необхідний або бажаний зміст та/або обсяг права на свободу об'єднання, встановлюють обов'язки держав щодо його забезпечення, охорони та захисту.

Слід констатувати, що вплив міжнародних стандартів у галузі права на свободу об'єднання на норми національного законодавства в цій галузі залежить від прийнятої в кожній конкретній державі концепції співвідношення міжнародного та національного права. Відповідно до ст. 9 Конституції України чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України і в цьому статусі вони мають застосовуватися у внутрішньодержавних конституційно-правових відносинах, як і норми національного законодавства. У разі невідповідності законодавства України правовим приписам таких міжнародних договорів застосуванню підлягають саме останні. Це знайшло закріплення в ч. 2 ст. 19 Закону України «Про міжнародні договори України» від 29 червня 2004 року¹⁴.

Саме тому до ст. 4 Закону України «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності» від 15 вересня 1999 р. включено положення про те, що якщо міжнародними договорами, угодами, конвенціями, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, передбачено більш високий рівень гарантій щодо забезпечення діяльності профспілок, то застосовуються норми міжнародного договору або угоди. При цьому умовами застосування міжнародних договорів України є те, що вони встановлюють інші правила, ніж ті, що містяться в законодавстві України. Водночас у ч. 2 ст. 9 Конституції встановлено, що укладення міжнародних договорів, які суперечать Конституції України, можливе лише після внесення відповідних змін до Конституції України¹⁵.

Тому на особливу увагу заслуговує роль держави щодо впровадження міжнародних стандартів, які є основою для визначення підходів щодо правового регулювання права на свободу об'єднання, що є одним із основних прав та свобод людини і громадянина, закріплених в міжнародно-правових актах та в Конституції України: «Громадяни України мають право на свободу об'єднання у політичні партії та громадські організації» (ст. 36).

Слід констатувати, що в межах міжнародно-правових актів відсутня однозначна практика застосування назви даного права. Так, Загальна декларація прав людини від 10 грудня 1948 р. вживає термін «право на свободу мирних зборів і асоціацій» (ст. 20)¹⁶; Міжнародний пакт про громадські і політичні права від 16 грудня 1966 р. – «право на свободу асоціацій з іншими, включаючи право створювати профспілки» (ст. 22)¹⁷; Конвенція МОП № 87 про свободу асоціацій і захист права на організацію від 4 липня 1950 р. – «свобода асоціацій» та «право на організацію», де перший термін є більш загальним порівняно з другим¹⁸; Конвенція про захист прав і основних свобод людини від 4 листопада 1950 р. – «свобода мирних зборів і свобода асоціацій» (ст. 11)¹⁹; Хартія основних прав Європейського Союзу від 7 грудня 2000 р. – «свобода зібрань та об'єднань» (ст. 12)²⁰.

Таке розмаїття підходів до назви досліджуваного права у міжнародно-правових актах ускладнює можливість узагальненої оцінки його сутнісних характеристик та перешкоджає визначенню його складових еле-

ментів. Адже саме назва прав та свобод людини і громадянина, на наш погляд, є початковим етапом у з'ясуванні їх сутності та змісту. Саме тому одним із ключових завдань науки сучасного конституційного права, понятійний апарат якої знаходиться у стадії становлення, особливо у частині, що стосується прав і свобод людини і громадянина, має стати посилення уваги до розробки категоріального апарату та удосконалення власного інструментарію пізнання. При цьому слід виходити із загальноновизнаного положення, що одним із основних засобів пізнання є мова науки. Звідси стає зрозумілим, що чітке формулювання назви досліджуваного права значною мірою слугуватиме як розкриттю його сутності, так і максимально ефективній реалізації, гарантуванню та захисту.

Відповідно до ч. 1 ст. 36 Конституції України право на свободу об'єднання належить виключно громадянам України. Це відрізняється від положень, закріплених у ст. 20 Загальної декларації прав людини, ст. 22 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права, ст. 11 Конвенції про захист прав і основних свобод людини, в яких йдеться «про кожну людину», незалежно від того, є вона громадянином держави у якій вона проживає, або ні. Річ у тому, що в ст. 36 Конституції України закріплено як загальнонародське право (право на свободу об'єднання у громадській організації), так і право, притаманне тільки громадянам України (право на свободу об'єднання у політичні партії).

Інше важливе питання, яке необхідно розглянути для більш глибокого розкриття сутності міжнародних стандартів щодо права на свободу об'єднання, пов'язане із класифікацією міжнародних стандартів прав людини як методу пізнання. Разом із тим аналіз наукових доробків сучасних вчених, які стосуються окресленої проблематики, дає змогу констатувати, що нині існують різні підходи до їх класифікації. Найбільш ґрунтовні розробки за даним напрямом здійсненні П.М. Рабіновичем та О.Л. Венецькою, які пропонують здійснювати класифікацію міжнародних стандартів прав людини за такими критеріями:

- залежно від онтичного статусу: номінальні (термінологічні, текстуальні) стандарти, до яких належать самі лише назви прав і свобод людини, що вжиті в міжнародних актах, та фактичні (змістові) стандарти, до яких відносять зафіксовані у вказаних джерелах змістові й обсягові показники таких прав і свобод;
- за деонтичним статусом: обов'язкові стандарти, втілення яких є формально необхідним для відповідних держав і може забезпечуватись застосуванням міжнародних політико-юридичних санкцій, та рекомендаційні стандарти, які хоч і не мають формальної обов'язковості, проте також забезпечені міжнародно-політичними (морально-політичними) санкціями;
- за простором (територією) дії: всесвітні (загальноцивілізаційні, глобальні) та регіональні (зокрема континентальні) стандарти;
- за колом адресатів: загальні (стосуються всіх людей) та спеціалізовані (адресовані членам лише певних соціальних спільнот, угруповань, наприклад дітям, жінкам, біженцям) стандарти;
- залежно від суб'єкта встановлення: стандарти ООН, ЮНЕСКО, Ради Європи, Європейського Союзу²¹.

Узагальнену класифікацію міжнародних стандартів подає у своїх публікації О.В. Саленко, яка пропонує класифікувати міжнародні стандарти за такими критеріями: 1) за змістом і способом закріплення: цілі, принципи, норми; 2) за сферою дії: універсальні, регіональні, партикулярні; 3) за юридичною силою: імперативні, диспозитивні; 4) за функціями в механізмі міжнародно-правового регулювання: матеріальні та процесуальні; 5) за способом творення та формою втілення: звичаєві, договірні та такі, що містяться в рішеннях міжнародних організацій²².

Інтегруючи запропоновані вітчизняними дослідниками критерії класифікації міжнародних стандартів прав людини, слід зазначити, що вони є прийнятними і для класифікації міжнародних стандартів у галузі права на свободу об'єднання. Їх можна класифікувати за такими критеріями: 1) за територією дії – всесвітні та регіональні (зокрема, європейські); 2) за суб'єктом їх встановлення – стандарти ООН, Ради Європи, Європейського Союзу тощо; 3) за сферою застосування – стандарти загальної дії та спеціальної дії; 4) за юридичною значимістю – обов'язкові, втілення котрих є формально-необхідним для відповідних держав, та рекомендаційні; 5) за ступенем визначеності змісту – фактичні (визначені у якісному та кількісному вираженні) та номінальні (у міжнародно-правових актах зафіксовано лише назву досліджуваного права). Наведений перелік різновидів міжнародних стандартів права на свободу об'єднання, безумовно, не є вичерпним, адже можливі й інші способи їх класифікації. Для прикладу, міжнародні стандарти можна поділити на ті, що самі реалізуються, й ті, що не реалізуються самостійно та потребують спеціальних заходів щодо їх впровадження; міжнародні стандарти щодо створення об'єднань громадян і міжнародні стандарти у галузі права на свободу об'єднання тощо.

До числа основних документів, у яких знайшли втілення міжнародні стандарти у галузі права на свободу об'єднання, насамперед належать: 1) всесвітні – Загальна декларація прав людини 1948 р. (ст. 20), Міжнародний пакт про громадянські й політичні права 1966 р. (ст. 22); 2) регіональні (європейські) – Конвенція про захист прав і основних свобод людини 1950 р. (ст. 11), Хартія основних прав Європейського Союзу 2000 р. (ст. 12); Фундаментальні принципи щодо статусу неурядових організацій в Європі (Прийнято учасниками багатосторонньої зустрічі, організованої Радою Європи), Страсбург, 05 липня 2002 р.²³; Рекомендації Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам стосовно правового статусу неурядових організацій у Європі CM/REC (2007) 14 від 10 жовтня 2007 року²⁴.

Саме ці міжнародно-правові акти послужили основою для розробки законодавства про об'єднання громадян в Україні, оскільки вони містять загальноновизнані стандарти прав людини, а, відтак, і права на свободу об'єднання.

¹ Встановлення міжнародних стандартів у сфері прав людини : Резолюція Генеральної Асамблеї ООН від 4 грудня 1986 року № 41/120. URL: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/resolution/gen/nr0/500/56/img/nr050056.pdf?OpenElement>

² Верланов С.О. Стандарти прав людини: спроба загальнотеоретичної характеристики. *Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні* : матеріали XI регіональної наук.-практ. конференції 3–4 лютого 2005 р. Львів : Юридичний факультет Львівського національного університету ім. Івана Франка, 2005. С. 57–58.

³ Верланов С.О. Економічні і соціальні права людини: європейські стандарти та їх впровадження в юридичну практику України (загальнотеоретичне дослідження). Праці Львівської лабораторії прав людини і громадянина Науково-дослідного інституту державного будівництва та місцевого самоврядування Академії правових наук України / ред. кол.: П.М. Рабінович (гол. ред.) та ін. Львів: Край, 2009. Серія І. Дослідження та реферати. Вип. 19. С. 44. 196 с.

⁴ Раданович Н. Європейські стандарти прав людини: поняття, структура, джерела формування. *Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні*: матеріали XIII регіональної наук.-практ. конференції. 8–9 лютого 2007 р. Львів: Юридичний факультет Львівського національного університету імені Івана Франка, 2007. С. 69. 629 с.

⁵ Декларация совещания на высоком уровне Генеральной Ассамблеи по вопросу о верховенстве права на национальном и международном уровнях. Принята резолюцией 67/1 Генеральной Ассамблеи от 24 сентября 2012 г. URL: http://www.un.org/tu/documents/decl_conv/declarations/ruleoflaw2012.shtml

⁶ Рабінович П.М., Венецька О. Міжнародні стандарти прав людини: загальні ознаки, класифікація. *Вісник Академії правових наук України*. Харків, 2012. № 4 (71). С. 22–26. С. 18–28.

⁷ Тацій В.Я., Тодька Ю.Н. Всеобщая декларация прав человека и проблемы становления конституционализма в Украине. *Проблеми законності: Респ. міжвід. наук. зб. / відп. ред. В.Я. Тацій*. Харків: Нац. юрид. акад. України, 1998. Вип. 36. С. 3. С. 3–12.

⁸ Международное право: учебник для вузов. 2-е изд., изм. и доп. / отв. ред. Г.В. Игнатенко, О.И. Тиунов. Москва: НОРМАИНФРА-М, 2002. С. 363. 592 с.

⁹ Рабінович П.М., Харонюк М.І. Права людини і громадянина: навч. посіб. Київ: Атіка, 2004. С. 19. 464 с.

¹⁰ Криворучко Л.С. Сутність міжнародних стандартів у організаційно-правовому забезпеченні захисту прав людини в Україні: аналітичний огляд. *Правничий вісник Університету «Крок»*. 2012. Вип. 12. С. 59. С. 58–61.

¹¹ Черниченко С.В. Права человека и гуманитарная проблематика в современной дипломатии. *Московский журнал международного права*. 1992. № 13. С. 40.

¹² Руднева О.М. Міжнародні стандарти прав людини та їх роль в розвитку правової системи України: теоретична характеристика: автореф. дис. ... д-ра юрид.наук: 12.00.10. Харків, 2011. С. 14.

¹³ Бисага Ю., Белов Д. Права людини: основні напрямки сучасного розвитку. *Науковий вісник Ужгородського національного університету*. Серія «Право». 2006. Вип. 5. С. 89.

¹⁴ Про міжнародні договори України: Закон України від 29.06.2004 р. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 2004. № 50. Ст. 540.

¹⁵ Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності: Закон від 15.09.1999 р. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 1999. № 45. Ст. 397.

¹⁶ Загальна декларація прав людини від 10 грудня 1948 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_015

¹⁷ Міжнародний пакт про громадські і політичні права від 16 грудня 1966 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_043

¹⁸ Конвенція МОП № 87 про свободу асоціацій і захист права на організацію від 4 липня 1950 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/993_125

¹⁹ Конвенція про захист прав і основних свобод людини від 4 листопада 1950 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004

²⁰ Хартія основних прав Європейського Союзу від 7 грудня 2000 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_524

²¹ Рабінович П.М., Венецька О. Міжнародні стандарти прав людини: загальні ознаки, класифікація. *Вісник Академії правових наук України*. Харків, 2012. № 4 (71). С. 27. С. 22–26.

²² Саленко О.В. Міжнародні стандарти у сфері судоустрою та статусу суддів, їх зміст і класифікація. *Национальный юридический журнал: теория и практика*. О.О.О.: Научно-практическое правовое издание. 2014. № 3. С. 265. С. 263–269.

²³ Фундаментальні принципи щодо статусу неурядових організацій в Європі (Прийнято учасниками багатосторонньої зустрічі, організованої Радою Європи), Страсбург, 05 липня 2002 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_209

²⁴ Рекомендації Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам стосовно правового статусу неурядових організацій у Європі CM/REC(2007)14 від 10 жовтня 2007 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_937

Резюме

Гаєва Н.П. Міжнародні стандарти щодо права на свободу об'єднання.

У статті досліджуються теоретичні підходи до поняття, ознак та класифікації міжнародних стандартів щодо права на свободу об'єднання. Особлива увага приділяється міжнародним стандартам прав людини, ознаки та класифікація яких є прийнятними для міжнародних стандартів щодо права на свободу об'єднання.

Ключові слова: міжнародні стандарти щодо права на свободу об'єднання, міжнародні стандарти прав людини, ознаки, класифікація.

Резюме

Гаєва Н.П. Международные стандарты права на свободу объединения.

В статье исследуются теоретические подходы к понятию, признакам и классификации международных стандартов права на свободу объединения. Особое внимание уделяется международным стандартам прав человека, признаки и классификация которых являются приемлемыми для международных стандартов права на свободу объединения.

Ключевые слова: международные стандарты права на свободу объединения, международные стандарты прав человека, признаки, классификация.

Summary

Gaeva N. International standards on the right to freedom of association.

The article investigates theoretical approaches to the concept, features and classification of international standards on the right to freedom of association. Particular attention is paid to international human rights standards whose features and classification are acceptable to international standards on the right to freedom of association.

Key words: international standards on the right to freedom of association, international human rights standards, characteristics, classification.

УДК 342.5

П.С. КОРНІЄНКО

Петро Сергійович Корнієнко, кандидат юридичних наук, доцент

ORCID: 0000 0002 1473 6698

ПРЕЗИДЕНТ УКРАЇНИ У СИСТЕМІ ОРГАНІВ ПРАВОЗАХИСНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

Президент України виступає одним із найважливіших елементів правозахисного механізму, інститутом, що частково формує систему органів правозахисної діяльності. Саме глава держави створює у процесі своєї діяльності відповідні передумови ефективної правозахисної діяльності її системи. Президент як орган державної влади займає специфічне, однак важливе положення серед державного механізму, забезпечуючи конституційний порядок, стабільність та спадкоємність влади, а також вище представництво в міжнародних відносинах. Глава держави у більшості країн світу виступає посередником між законодавчою, виконавчою та судовою гілками влади, досить часто забезпечуючи належний рівень взаємозв'язків між ними, що в умовах сьогодення, розвитку інформаційних відносин та підвищення значення інформаційної взаємодії є надважливим завданням у сфері будь-якого управління, особливо державного.

Згідно зі ст. 102 Конституції України Президент України є главою держави і виступає від її імені. Президент України є гарантом державного суверенітету, територіальної цілісності України, додержання Конституції України, прав і свобод людини і громадянина.

Про важливість правозахисної функції інституту глави держави вказує і формулювання в ст. 104 Основного Закону в тексті присяги «обстоювати права і свободи громадян».

Президент виступає гарантом прав і свобод людини і громадянина, що реалізується через: здійснення його права законодавчої ініціативи (ч. 1 ст. 93); у разі необхідності прийняття рішення про запровадження в Україні або в окремих її місцевостях надзвичайного стану; оголошення в разі потреби окремих місцевостей України зонами надзвичайної екологічної ситуації (п. 21 ст. 106); видання указів, спрямованих на захист прав і свобод людини і громадянина, деяких категорій населення, здійснення інших заходів щодо забезпечення прав людини і громадянина (п. 2 ч. 1 ст. 106) тощо¹.

Як ми можемо зробити висновок, положення ст. 102 Конституції України є досить загальними, які скоріш визначають абстрактне коло завдань, на які має спрямовувати свою діяльність Президент України. Натомість, їх конкретизація відбувається в ст. 106. Однак навіть поверховий аналіз положень цих двох статей вказує на проблеми розуміння реального обсягу повноважень глави держави.

З цього приводу в науковій літературі зазначається, що пошук змістовного взаємозв'язку між формулюваннями ст. ст. 102 та 106 Конституції України може бути здійснений на теоретико-правовому рівні. Це, однак, породжує суб'єктивізм суджень про суть такого взаємозв'язку, якщо тільки Конституційний Суд України не викладе своєї офіційної позиції з цього питання. Вбачається, що Конституція України мала б значно вищий нормативно-регулятивний потенціал, якщо б пропонувала чітке й зрозуміле визначення механізмів реалізації конкретних функцій Президента України через його конкретні повноваження і не перетворювала б питання про суть таких механізмів на предмет теоретико-правових дискусій².

Інститут глави держави виступає як формально відокремлений від інших інститут держави. Президент України як глава держави є гарантом Конституції України, а також гарантом забезпечення, дотримання та захисту прав і свобод людини і громадянина, зокрема, в тексті присяги вказується на те, що Президент України зобов'язаний «обстоювати права і свободи громадян».

Місце і роль глави держави у системі органів правозахисної діяльності є важливим з метою підтримання її постійного динамічного розвитку. Інститут Президента виступає особливою організаційно-правовою гарантією прав і свобод людини та громадянина, що відображено в тексті Основного Закону нашої держави. Метою його діяльності є реальне забезпечення прав і свобод особи, що відповідно також і передбачає їх захист.

З метою реалізації даного повноваження його статус залишається постійним та незмінним як глави держави. Тобто, у даному випадку мається на увазі конституційно закріплений обов'язок Президента бути

гарантом державного суверенітету, територіальної цілісності, додержання Конституції України, прав і свобод людини і громадянина. Як вказують дослідники аналогічної проблеми за кордоном, глава держави як гарант конституції забезпечує ще й узгоджене функціонування і взаємодію органів державної влади³.

Як стверджує В.А. Шатіло, діяльність Президента України має спрямовуватись насамперед не назовні державного механізму, а всередину. Гарантування Конституції України, основних прав і свобод Президентом України повинно досягатись не шляхом безпосереднього впливу на громадянське суспільство (для цього існують «традиційні» гілки влади), а шляхом впливу на інші вищі органи державної влади з метою координації, узгодження і консолідації, спрямування їх діяльності на виконання Конституції України, засад внутрішньої та зовнішньої політики, визначених парламентом⁴.

Як зазначає О. І. Зозуля, у чинній Конституції України закріплено прогресивні положення щодо захисту прав і свобод людини і громадянина порівняно з Основними Законами Франції, Португалії, Італії, Польщі, ФРН. Це, зокрема, зобов'язання Президента України, гарантувати додержання прав і свобод людини і громадянина, що підтверджує соціальну направленість державної політики на нинішньому етапі державного будівництва. При цьому науковець пропонує розширити дане положення, вказавши, що глава держави має гарантувати не тільки дотримання прав людини, а й забезпечувати та сприяти їх ефективній реалізації⁵.

Важливу роботу щодо забезпечення правозахисних функцій Президента України здійснює утворений ним допоміжний орган – Адміністрація Президента України. Так, Положення про Адміністрацію Президента України затверджено Указом Президента України від 2 квітня 2010 р. № 504/2010⁶.

Основними завданнями Адміністрації є організаційне, правове, консультативне, інформаційне, експертно-аналітичне та інше забезпечення здійснення Президентом України визначених Конституцією України повноважень.

Негативним моментом тексту вищевказаного акта є те, що в ньому відсутні будь-які прямі згадки про необхідність життя заходів щодо захисту прав і свобод людини і громадянина, формування та впровадження в життя гарантій їх забезпечення.

Опосередковано норму щодо необхідності захисту прав і свобод людини ми зустрічаємо в даному Положенні лише в одному формулюванні (пп. 1 п. 4): адміністрація відповідно до покладених на неї завдань: здійснює аналіз політичних, економічних, соціальних, гуманітарних та інших процесів, що відбуваються в Україні і світі, готує за його результатами для подання на розгляд Президентові України пропозиції з питань формування та реалізації внутрішньої і зовнішньої політики держави, спрямованої на забезпечення додержання Конституції України, прав і свобод людини і громадянина, державного суверенітету, територіальної цілісності України.

Дотримання та захист прав і свобод індивіда пов'язані з наявністю (або відсутністю) у нього громадянства України. Згідно з Конституцією України (п. 26 ст. 106) Президент України приймає рішення про прийняття до громадянства України та припинення громадянства України, про надання притулку в Україні.

Нормативною основою діяльності відповідного органу, який займається вищевказаними питаннями, є Положення про Комісію при Президентові України з питань громадянства, яке було затверджено Указом Президента України від 27 березня 2001 р. № 215 (в редакції Указу Президента України від 27 червня 2006 р. № 588/2006)⁷.

Комісія при Президентові України з питань громадянства (далі – Комісія) є допоміжним органом при Президентові України, утвореним відповідно до Закону України «Про громадянство України».

Основними завданнями Комісії є:

- розгляд заяв про прийняття до громадянства України, про вихід із громадянства України, подань про втрату громадянства України, документів про припинення громадянства України з підстав, передбачених міжнародними договорами України, внесення пропозицій Президентові України з цих питань;
- здійснення контролю за виконанням рішень з питань громадянства, прийнятих Президентом України;
- участь у підготовці проектів законів, інших нормативно-правових актів про громадянство, внесення відповідних пропозицій Президентові України;
- вивчення і узагальнення практики виконання законодавства України про громадянство, внесення пропозицій Президентові України щодо його вдосконалення та поліпшення діяльності органів виконавчої влади, пов'язаної з реалізацією законодавства про громадянство;
- вивчення і узагальнення міжнародно-правових актів з питань громадянства, законодавства про громадянство інших держав та практики його реалізації.

Важливо звернути увагу й на те, що вирішуючи питання про політичний притулок, глава держави сприяє захисту політичних свобод здобувача такого притулку. Натомість чинне законодавство України не містить деталізованих положень щодо правового статусу інституту «політичного притулку» у формі окремого закону.

Право притулку має в своїй основі суверенітет держави та поширення юрисдикції на певну територію і її населення⁸, з одного боку, та гуманітарні принципи захисту прав людини – з іншого. Існує тісний зв'язок між правом притулку та захистом біженців, оскільки саме надання державами притулку всім вимушеним мігрантам, включаючи біженців, внутрішньо переміщених та інших осіб, які потребують захисту, є основою чинного механізму захисту прав цих осіб і важливою передумовою вирішення їх проблем.

У Законі України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства»⁹ є окрема стаття (ст. 7), яка присвячена питанню надання притулку, однак вона по суті є відсилочною і не вирішує проблеми надання

притулку в Україні. При тому, що в тексті Положення про Комісію при Президенті України з питань громадянства, згадуваного вище, взагалі відсутні згадки про «притулок».

У науковій літературі зустрічаються визначення притулку як захист, який надається Україною на її території іноземцям та особам без громадянства від застосування юрисдикції держави їх походження за наявності відповідних підстав, а також внутрішньо переміщеним особам незалежно від їх громадянства та підданства¹⁰.

Це питання лишається не вирішеним на законодавчому рівні, однак потребує вжиття необхідних заходів через свою актуальність у зв'язку із подіями на сході України.

Правозахисна діяльність Президента України виражається в його конституційному повноваженні здійснювати помилування (п. 27 ст. 106). Жодних положень, що обмежують таке право глави держави, не існує.

Актом, що регламентує процедуру амністії, є Положення про порядок здійснення помилування, яке затверджене Указом Президента України від 21 квітня 2015 р. № 223/2015¹¹.

Підготовку матеріалів до розгляду клопотання про помилування та повідомлення заявника про результати такого розгляду здійснює спеціально створений та уповноважений на це Департамент з питань помилування Адміністрації Президента України.

У 2015 р. Президентом України було помилувано 67 засуджених. У 2016 р. із відповідними заявами звернулись 1253 особи, з них 44 звільнили з-під варті, а 23 отримали зменшення терміну покарання¹². Тенденція застосування помилування Президентом України показує від'ємний результат, що загалом не відображає погіршення гуманістичної спрямованості діяльності глави держави. Оскільки помилування є скоріш заходом, який має застосовуватись до виняткових випадків і не відображає повноцінної роботи щодо забезпечення правового захисту населення. Разом із тим це важливий інститут, який в межах, передбачених відповідним законодавством, виконує важливу правозахисну та соціальну роль.

У світовій практиці помилування застосовується також доволі рідко. Так, Президент США Б. Клінтон під час свого правління щорічно здійснював помилування не більше 60 засуджених. У Франції з проханням про помилування звертається 25–35 тис. засуджених на рік, і лише близько 500 клопотань задовольняється. Помилування у Великобританії застосовується надзвичайно рідко, а в Японії за останні 30 років зовсім не здійснювалося. Ці дані не є аргументом на користь відмови від такого нестандартного підходу до долі людини, яка вчинила злочин.

Правозахисна діяльність Президента України як гаранта прав і свобод людини і громадянина вимагає певного організаційного наповнення. Це виражається насамперед у тому, що глава держави призначає глав державних інституцій, повноваження яких пов'язані із захистом прав і свобод людини і громадянина.

Так до кадрових повноважень глави держави, які так чи інакше стосуються правозахисних функцій, належить: призначає та звільняє глав дипломатичних представництв України в інших державах і при міжнародних організаціях; приймає вірчі і відкличні грамоти дипломатичних представників іноземних держав; вносить до Верховної Ради України подання про призначення Міністра оборони України, Міністра закордонних справ України; призначає на посаду та звільняє з посади за згодою Верховної Ради України Генерального прокурора; призначає на посади та звільняє з посад половину складу Ради Національного банку України; вносить до Верховної Ради України подання про призначення на посаду та звільнення з посади Голови Служби безпеки України; призначає на посади та звільняє з посад вище командування Збройних Сил України, інших військових формувань; здійснює керівництво у сферах національної безпеки та оборони держави; призначає на посади третину складу Конституційного Суду України.

У світлі сучасних трансформацій процесу державотворення в Україні, необхідності проведення ґрунтовних реформ варто звернути увагу на правотворчу діяльність Президента України і його роль у конституційній реформі, що нині триває в Україні.

Указом Президента України від 3 березня 2015 р. № 119/2015 було затверджено Положення про Конституційну Комісію¹³. Конституційна Комісія є спеціальним допоміжним органом при Президенті України.

Основними завданнями Конституційної Комісії є: 1) узагальнення практики виконання норм Конституції України, пропозицій щодо її вдосконалення з урахуванням сучасних викликів та потреб суспільства; 2) напрацювання узгоджених пропозицій щодо проведення конституційної реформи в Україні; 3) забезпечення широкого громадського та професійного обговорення пропозицій щодо проведення конституційної реформи в Україні за участю провідних фахівців у галузі конституційного та інших галузей права, у сфері суспільно-політичних наук, громадських діячів, представників громадських об'єднань та міжнародних організацій; 4) підготовка за результатами широкого громадського та професійного обговорення законопроекту (законопроектів) щодо внесення змін до Конституції України; 5) сприяння налагодженню ефективного механізму взаємодії державних органів, інститутів громадянського суспільства та міжнародних організацій з питань підготовки і реалізації конституційної реформи в Україні; 6) забезпечення інформування громадськості про роботу з підготовки пропозицій щодо проведення конституційної реформи, її реалізації.

Першим і важливим результативним кроком є підготовлений Конституційною комісією проект змін до Конституції України в частині правосуддя, основні положення якого будуть розглянуті в дослідженні далі.

Завершуючи аналіз конституційних повноважень Президента України у сфері захисту прав і свобод людини і громадянина, зазначимо, що вони мають вагомий правозахисний потенціал. Інфраструктуру, сформовану главою держави для забезпечення реалізації цього, можна визнати в цілому вдалою: нею охоплюються ключові правозахисні напрями і в горизонтальному, і у вертикальному вимірах. Спеціалізація допоміжних

органів при Президенті України, що склалася в контексті конституційних повноважень глави держави як гаранта прав і свобод людини і громадянина, здатна сприяти їх захисту. Разом із тим не можна не помітити потребу в удосконаленні інституційних механізмів реалізації заявлених завдань і функцій правозахисними структурами з президентської системи. Ефективність цього процесу істотно впливає на ступінь довіри населення до Президента України.

¹ Рудик П. Конституційно-правовий статус Президента України в умовах парламентсько-президентської республіки. *Віче*. 2014. № 20. С. 11.

² Мартинюк Р.С. Актуальні проблеми реалізації конституційно-правового статусу Президента України. *Часопис Національного університету «Острозька академія»*. 2014. № 2. С. 5 (Серія «Право»).

³ Хабриева Т.Я. Правовая охрана конституции. Казань: Изд-во Казанского университета, 1995. С. 17.

⁴ Шатіло В.А. Президент у механізмі державної влади: деякі питання вітчизняної та зарубіжної теорії і практики. *Вісник Академії адвокатури України*. 2014. Т. 11. № 2. С. 17–18.

⁵ Зозуля О.І. Конституційне регулювання правового статусу президента України як глави держави. *Університетські наукові записки*. 2009. № 1. С. 44.

⁶ Про Адміністрацію Президента України: Положення, затверджено Указом Президента України від 2 квітня 2010 р. № 504/2010. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/504/2010>

⁷ Положення про Комісію при Президенті України з питань громадянства: Указ Президента України від 27 березня 2001 р. № 215 (в редакції Указу Президента України від 27 червня 2006 р. № 588/2006). URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/215/2001>

⁸ Галенская Л.Н. Право убежища: международно-правовые вопросы. Москва: Междунар. отношения, 1968. С. 39.

⁹ Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства: Закон України від 22.09.2011 № 3773-VI. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/3773-17>

¹⁰ Герасименко С.С. Визначення притулку в законодавстві України: його співвідношення з правовим статусом біженців і внутрішньо переміщених осіб. *Адміністративне право і процес*. 2014. № 3 (9). URL: <http://applaw.knu.ua/index.php/arkhiv-nomeriv/3-9-2014-jubilee/item/390-vyznachennya-prytulku-v-zakonodavstvi-ukrayiny-yoho-spivvidnoshennya-z-pravovym-statu-som-bizhentsiv-i-vnutrishno-peremishchenykh-osib-herasymenko-ye-s>

¹¹ Положення про порядок здійснення помилювання: Указ Президента України від 21 квітня 2015 р. № 223/2015. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/223/2015>

¹² Дані наведено з офіційного інтернет-представництва Президента України. URL: <http://www.president.gov.ua/>

¹³ Положення про Конституційну Комісію: Указ Президента України від 3 березня 2015 р. № 119/2015. URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/119/2015>

Резюме

Корнієнко П.С. Президент України у системі органів правозахисної діяльності.

У статті досліджуються питання діяльності Президента України як важливого елемента правозахисного механізму та інституту, що ефективно виступає правозахисною інституцією в сфері забезпечення основних прав і свобод громадян. Автор зазначає, що саме глава держави створює у процесі своєї діяльності відповідні передумови ефективної правозахисної діяльності її системи. Президент як орган державної влади займає важливе становище серед державного механізму, забезпечуючи конституційний порядок, стабільність та спадкоємність влади, а також вище представництво в міжнародних відносинах.

Ключові слова: Президент України, громадянство, Конституція України, державний суверенітет, Адміністрація Президента України, права людини, правозахисна діяльність.

Резюме

Корниенко П.С. Президент Украины в системе органов правозащитной деятельности.

В статье исследуются вопросы деятельности Президента Украины как важного элемента правозащитного механизма и института, который эффективно выступает правозащитным институтом в сфере обеспечения основных прав и свобод граждан. Автор отмечает, что именно глава государства создает в процессе своей деятельности соответствующие предпосылки эффективной правозащитной деятельности ее системы. Президент как орган государственной власти занимает важное положение среди государственного механизма, обеспечивая конституционный порядок, стабильность и преемственность власти, а также высшее представительство в международных отношениях.

Ключевые слова: Президент Украины, гражданство, Конституция Украины, государственный суверенитет, Администрация Президента Украины, права человека, правозащитная деятельность.

Summary

Kornienko P. President of Ukraine in the system of human rights activists.

The article examines the issues of the activity of the President of Ukraine as an important element of the human rights mechanism and the institution that effectively acts as a human rights institution in the field of ensuring the basic rights and freedoms of citizens. The author notes that it is the head of state who, in the process of his activity, creates the appropriate preconditions for effective human rights protection of his system. The President, as an organ of state power, occupies an important position within the state machinery, ensuring constitutional order, stability and continuity of power, as well as higher representation in international relations.

Key words: President of Ukraine, citizenship, Constitution of Ukraine, state sovereignty, Administration of the President of Ukraine, human rights, human rights activism.

A. MATAT

Matat Andrii, PhD student Taras Shevchenko National University of Kyiv

ORCID: 0000-0002-1198-0505

THE HUMAN RIGHT TO MEDICAL CARE GUARANTEED BY THE CONSTITUTION OF UKRAINE

European prospects of Ukraine development have become the basis for the implementation of successful reforms which may affect a more effective guarantee of human rights in future. Moreover, the prospects are hindered by some objective circumstances, the solution of which largely depends on reconsidering some of the outdated approaches. This statement applies to most legal relations in Ukraine, but in the submitted theses we will focus on some problems of implementation of the constitutional right to medical care.

So, in the third part of Article 49 of the Constitution of Ukraine, it is said that “State and communal health protection institutions provide medical care free of charge”. This rule of direct action raises some doubts about the real putting its them into practice.

Revision of constitutional human rights demonstrates that we are dealing with a widespread problem in the Ukrainian Constitution: the existence of socialist, and therefore unrealistic norms. Under market conditions, such rules are doomed to declarative ness rather than to practical implementation. For example, the Constitution of Ukraine fixes sufficiently a great deal of endless promises in the form of social human rights, but most of them cannot be provided by the state.

“Positive” social rights of the second generation or as they are called in the West, rights of recipients (compared to the rights of action) entered the Ukraine Constitution in 1996 and the mentioned fact does not demonstrate any conspiracy or treachery, constitutionalist Vsevolod Rechytskyi states in his publication. In his opinion, socialism which Ukraine has prolonged for the historical framework of the soviet power risks not only negatively affecting Eastern European discourse in the field of human rights and freedoms but also leads to more dramatic consequences for the country¹.

We should back to the general problem outlined by the subject of the report. The noted constitutional norm (part three of Article 49 of the Constitution) was the subject of official interpretation by the Constitutional Court of Ukraine in particular in the Decision No. 10-rp/2002 (a case about free medical aid) dated 29 May 2002.

In the decision, the Constitutional Court of Ukraine came to the conclusion that in state and communal health care institutions the medical care is provided to all citizens regardless of its level and without the previous, current or next calculation for the provision of such assistance. At the same time, the Court drew attention to the fact that the procedure for the provision of medical services that go beyond medical care on a paid basis in public and communal health care institutions and a list of such services should be determined by law².

From the official interpretation of the researching constitutional norm on free medical care the same paternalism today is the utopian approach and the problem should be resolved in the course of implementing reforms, in particular, the amendments to the Ukraine Constitution.

To confirm the practical side of the problem, turn to relevant sociological research. By the way, according to the all-Ukrainian sociological survey conducted between 28 October and 14 November 2017, among the most important problems that require immediate decision, 22.9 % of respondents chose the option “High cost and low quality of medical services”. Thus, the mentioned problem took the sixth place after such problems as military conflict, price increase, low wages and pensions, unemployment, and high utility rates³.

In addition, according to the data of the Center for Political Studies and Analytics EIDOS, in December 2016 the Umbrella Research Agency conducted a sociological survey namely four focus group discussions in Vinnitsa, Mykolaiv, Chernihiv and Rivne to determine the level of providing hospital patients with medicine, purchased for budget funds. As a result, only isolated cases of free provision of all medicine were found⁴.

Among the studied cities, free medicines were mostly provided to patients in hospitals in Mykolaiv – 10–15 % of the total volume of necessary medications. In Rivne, this indicator was 1–5 %, in Vinnitsa and Chernihiv it was 1 %. The given statistics do not correspond to the amount of funding of medical institutions in the cities where the research have been conducted. Thus, the hospitals of Vinnitsa, whose patients took part in the researching signed contracts for 142.1 million USD, Rivne – 109.7 million UAH, Mykolaiv – 29.5 million UAH, Chernihiv – 18.4 million UAH in 2016. That is, the level of provision of medicine supply is not higher in hospitals that are better financed. In all cities of researching the current forms of additional financing of medical institutions are voluntary charitable contributions and “household lists”. The practice of charitable contributions is common in all hospitals discussed in the study: the amount of 50-300 UAH was announced to the patient and money was taken without a check⁵.

In scientific studies on constitutional law which are devoted to the problems outlined in the theses of the report the fact that there may be a discriminatory feature in the provision of free medical care. In particular, according to Valentyna Vitkova, providing free medical care only of state and municipal health care institutions demonstrates the problem of non-compliance with the principle of equality of both individuals and providers of medical services. According to the researcher, the problem has a complex intersectoral nature, and therefore requires the involvement of specialists on economic and financial law⁶.

In our opinion, a solution to this global problem can occur provided a cool headed but not a populist understanding of the real possibilities of the State Budget of Ukraine and revision of constitutional norms in accordance with European standards of guaranteeing and ensuring. Both the first and the last ones concern the social human rights which are guaranteed by the Constitution of Ukraine.

By the way, the author of his own project of the Constitution of Ukraine Vsevolod Rechytskyi proposed a balanced view on the constitutional right to medical care in the text of the Constitution. In particular, according to the constitutionalist, the consolidation of the investigating law at the constitutional level must be as follows: "...The state guarantees to everyone the provision of the minimum amount of free medical services and free medical care in urgent cases on the basis of the law. Anyone who needs an examination or treatment, but without being able to pay the cost, has the right to credit concessional health care the state or local government bodies..."⁷. Such a statement of the right to medical care looks more realistic because it does not burden human rights with "overwhelming" guarantees, which Ukraine cannot afford at the present stage of democratic development.

Consequently, the problem of the constitutional right to medical care, especially in terms of guaranteeing it free of charge in state and communal health care institutions must be solved starting with the reasons that have caused its occurrence. Therefore, it is necessary to at least resolve the outdated approach regarding the constitutional right to medical care that may be proposed in the process of preparing amendments to the Constitution of Ukraine in the part of human rights.

¹ Rechytskyi V.V. Konstytutsiine ABV [Constitutional ABC]. Kharkiv: TOV «Vydavnytstvo „Prava liudyny“», 2016. S. 107–108.

² Rishennia Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy (sprava pro bezoplatnu medychnu dopomohu) [Official interpretation by the Constitutional Court of Ukraine in (a case about free medical aid)] vid 29 travnia 2002 roku № 10-rp/2002. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v010p710-02>

³ Pres-reliz za rezultatamy sotsiologichnoho doslidzhennia [Press release on the results of the sociological survey] // Kyivskiy mizhnarodnyi instytut sotsiologii. URL: <https://www.kiis.com.ua/?lang=ukr&cat=reports&id=724>

⁴ Medytsyna po-ukrainsky: koly patsient platyt dvichi [Medicine in Ukraine: when the patient pays twice] // NGO «Tsentr politychnykh studii ta analityky "EIDOS"». URL: <https://eidoss.org.ua/novyny/medytsyna-po-ukrajinsky-koly-patsient-platyt-dvichi/>

⁵ Medytsyna po-ukrainsky: koly patsient platyt dvichi [Medicine in Ukraine: when the patient pays twice] // NGO «Tsentr politychnykh studii ta analityky "EIDOS"». URL: <https://eidoss.org.ua/novyny/medytsyna-po-ukrajinsky-koly-patsient-platyt-dvichi/>

⁶ Vitkova V.S. Konstytutsiine pravo na medychnu dopomohu ta yoho yurydyчне zabezpechennia v Ukraini [Constitutional right on medical assistance and its legal provision in Ukraine]: avtoref. dys. ... kand. yuryd. nauk: 12.00.02. Uzhhorod, 2017. S. 9.

⁷ Rechytskyi V.V. Neformalnyi konstytutsionalizm [Informal constitutionalism]. Kharkiv: TOV «Vydavnytstvo „Prava liudyny“», 2018. S. 149.

Резюме

Mamat A.B. Право людини на медичну допомогу, гарантоване Конституцією України.

У статті проаналізовано деякі актуальні проблеми реалізації конституційного права на медичну допомогу в Україні. Розглянуто наукові дослідження, присвячені проблемам прав людини. Проаналізовано практику реалізації частини третьої статті 49 Конституції України, а також досліджено відповідне рішення Конституційного Суду України. Окремо розглянуто соціологічні дослідження, які підтверджують необхідність вирішення проблеми гарантування права на медичну допомогу в Україні.

Ключові слова: права людини, право на медичну допомогу, Конституція України.

Резюме

Mamat A.B. Право человека на медицинскую помощь, гарантированное Конституцией Украины.

В статье проанализированы некоторые актуальные проблемы реализации конституционного права на медицинскую помощь в Украине. Рассмотрены научные исследования, посвященные проблемам прав человека. Проанализирована практика реализации части третьей статьи 49 Конституции Украины, а также исследовано соответствующее решение Конституционного Суда Украины. Отдельно рассмотрены социологические исследования, которые подтверждают необходимость решения проблемы гарантирования права на медицинскую помощь в Украине.

Ключевые слова: права человека, право на медицинскую помощь, Конституция Украины.

Summary

Mamat A. The Human Right to Medical Care guaranteed by the Constitution of Ukraine.

This paper analyzes an actual problem of the implementation of the constitutional right to medical care in Ukraine. The author researches some scientific papers about it. The practice of realization of the third part of Article 49 of the Constitution of Ukraine and the decision of the Constitutional Court of Ukraine are analyzed. The author considers the sociological surveys which confirming the need to resolve this problem in Ukraine.

Key words: human rights, the right to medical care, the Constitution of Ukraine.

УДК 342.95

Л.О. ВИННИЧЕНКО

Лілія Олександрівна Винниченко, кандидат юридичних наук, доцент, директор Навчально-наукового центру організації освітнього процесу Університету державної фіскальної служби України

ПОДАТКОВІ СПОРИ ЯК ПРЕДМЕТ СУДОВОЇ АДМІНІСТРАТИВНОЇ ЮРИСДИКЦІЇ: ІСТОРІЯ СТАНОВЛЕННЯ ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ПОРЯДКУ РОЗГЛЯДУ В УКРАЇНІ

Розбудова в Україні демократичного суспільства ґрунтується на повсюдності принципу верховенства права, функціонування державної влади на засадах розподілу влади. Невід’ємним елементом цього процесу виступає адміністративне судочинство як найбільш результативний спосіб правового захисту у публічно-правових відносинах, основою якого є принципи верховенства права, диспозитивність, гласність, змагальність, процесуальна рівність сторін. Зважаючи на вказане, невпинно зростає роль судової адміністративної юрисдикції при розгляді й вирішенні спорів, що впливають із податкових правовідносин, вдосконалюються приписи процесуального законодавства. Так, новою редакцією Кодексу адміністративного судочинства України з 15 грудня 2017 р. (далі – КАС України) передбачено зростання ролі правових позицій Верховного Суду, забезпечення формування єдиної правозастосовної практики у справах, які містять виключно правову проблему¹. Відповідно до ч. 5 ст. 346 КАС України, якщо суд, що розглядає справу у касаційному порядку, дійде висновку, що справа містить виключно правову проблему і така передача необхідна для забезпечення розвитку права та формування єдиної правозастосовної практики, цю справу може бути передано на розгляд Великої Палати Верховного Суду. Ця норма може бути застосована і щодо податкових спорів, стосовно розгляду яких можна прогнозувати відмінні правові позиції.

Питання становлення процесуального порядку розгляду і вирішення податкових спорів аналізували у своїх роботах М.П. Кучерявенко, І.Є. Криницький, О.М. Мінаєва, О.Д. Олійник, В.А. Сьоміна, Є.А. Усенко, О.Ю. Щербакова та інші. Потужний науковий доробок вчених присвячений вивченню проблеми становлення і функціонування адміністративної юстиції, вирішенню публічно-правових спорів: В.М. Бевзенко, Л.В. Бринцева, Ю.В. Георгієвський, І.П. Голосніченко, А.Т. Комзюк, Р.С. Мельник, Ю.С. Педько, О.П. Рябченко, А.О. Селіванов, М.В. Смокович та інші. Однак предметний науковий аналіз, присвячений історії становлення процесуального порядку розгляду і вирішення податкових спорів адміністративними судами, потребує окремої уваги.

Мета статті – встановити витоки та особливості формування судової адміністративної юрисдикції щодо розгляду і вирішення податкових спорів в Україні.

На думку А.Т. Комзюка, інших вчених, доцільно умовно виділити чотири основні періоди процесу становлення національної адміністративної юстиції: 1) адміністративна юстиція на Українських землях доби Російської та Австро-Угорської імперій; 2) адміністративна юстиція часів формування Української державності (1917–1920 рр. – період Центральної Ради, Гетьманату та Української Народної Республіки); 3) адміністративна юстиція України часів її перебування у складі СРСР (1920–1990 рр.); 4) новітня адміністративна юстиція України².

Спираючись на вказаний підхід вчених щодо періодизації становлення адміністративної юстиції, можна виділити особливості формування компетенції адміністративних судів у податковій сфері.

Так, для доби Російської та Австро-Угорської імперій на Українських землях компетенція було характерне поступове запровадження адміністративної юстиції у формах системи повітово-волосних органів, губернських «присутствій», Сенату. Якісне вдосконалення закріплено у запровадженій П. Столипіним адміністративній реформі. Подальші перетворення відбувались вже за часів, що передували лютневій революції 1917 р., коли перерозподіл функцій Вищого адміністративного суду здійснився у бік урядового сенату, а у судових

округах були введені посади адміністративних суддів, наділено окружні суди компетенцією щодо розгляду окремих податкових спорів. Спеціальний Закон про суди з адміністративних справ був прийнятий Тимчасовим урядом Росії 30 травня 1917 року. В Україні такою компетенцією був наділений Генеральний суд³.

Другим історичним періодом виділено часи формування Української державності – 1917–1920 роки. На той час у законодавстві було закріплено імперативну норму про виключну компетенцію судових органів здійснювати судову владу та обмеження законом адміністративно-юрисдикційної діяльності адміністративних органів (Конституція УНР 1918 р.)⁴. Розгляд податкових спорів належав до компетенції Генерального Адміністративного Суду⁵. У проекті Основного Державного Закону УНР в період існування Директорії (1920 р.) передбачалося введення в судову систему України Вищого Адміністративного Суду, до компетенції якого належав розгляд і вирішення у судовому порядку питань про законність розпоряджень адміністративних органів, у тому числі податкових, а також органів самоврядування⁶.

Наступний період становлення національної адміністративної юстиції можна назвати «радянським», враховуючи час із 1920 до 1990 років.

Імператив монопартійності безпосередньо позначився на порядку захисту прав громадян у публічно-правових відносинах, трансформацією основного завдання суду у бік перевірки законності дій компетентної посадової особи або суб'єкта управління.

Відповідно до ст. ст. 236, 249–253 Цивільного процесуального кодексу Української РСР від 18 липня 1963 р.⁷ (який наразі не є чинним) до судової юрисдикції у цивільних справах належали справи про стягнення з громадян недоїмки за податками, самооподаткуванню сільського населення і державному обов'язковому страхуванню. Тобто, позовний порядок правового захисту стосувався справ цивільної юрисдикції і для податкової сфери не був характерним. Згодом, відповідно Закону СРСР «Про порядок оскарження в суд неправомірних дій службових осіб, що ущемляють права громадян» (введено в дію 1 січня 1988 р., наразі не є чинним), ЦПК було доповнено главою 31-А «Скарги на рішення, дії або бездіяльність органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб».

Судовий контроль до внесення змін у ЦПК здійснювався за окремими категоріями справ: щодо неправильності у списках виборців щодо виборів до Рад народних депутатів, щодо недоїмок і штрафів, у сфері нотаріальної діяльності, щодо записів у книгах актів громадянського стану⁸.

Як зазначає М.Ф. Стахурський, у радянський період адміністративно-правова наука пов'язувала поняття і зміст адміністративної юрисдикції лише з розглядом справ про адміністративні проступки⁹. Для захисту прав у податковій сфері функціонував порядок оскарження дій податкових органів в адміністративному порядку, що означало існування таких процедур гарантування законності, реалізація яких здійснювалась у межах системи адміністративних органів, в тому числі – податкових.

Якщо звернутись до історії становлення податкового законодавства, можна зазначити тенденцію до поступового розширення переліку прав платників податків та додаткового встановлення прав, реалізація яких сприятиме формуванню і стимулюванню партнерських відносин між платниками податків та податковими органами, уникненню можливих конфліктних ситуацій та поліпшенню інформатизації суб'єктів підприємницької діяльності¹⁰, застосування податкового компромісу. Ці новели містились у проекті Податкового кодексу України, а їх наявність свідчила про необхідність оновлення засад взаємовідносин між податковими органами і платниками податків у напрямі набуття ними ознак, що притаманні сприйняттю податкових органів як таких, діяльність яких повинна мати «обслуговуючий» характер.

28 квітня 1992 р. постановою Верховної Ради України було затверджено Концепцію судово-правової реформи, якою було передбачено поступове запровадження адміністративної юстиції: починаючи зі спеціалізації суддів і утворення спеціалізованих судових колегій та закінчуючи створенням вертикалі адміністративних судів¹¹. Саме тоді у наукових публікаціях порушувалось питання запровадження адміністративної юстиції та надання права розгляду податкових спорів¹².

Серед основних причин запровадження в Україні системи адміністративних судів називали: необхідність посилення гарантій захисту прав людини від свавілля з боку влади; відсутність ефективної процедури судового вирішення адміністративних справ, яка б враховувала специфіку публічно-правових відносин; недостатній авторитет загальних судів, які, поряд зі справами, що випливають із публічно-правових відносин, розглядають справи приватноправового та кримінально-правового характеру; прив'язаність територіальної юрисдикції судів до адміністративно-територіального устрою України, що посилює можливості впливу чиновницького апарату на суддів; невелика кількість суддів – фахівців у галузі адміністративної юрисдикції; зростання кількості адміністративних спорів у загальній кількості судових справ¹³.

Конституційне закріплення адміністративної юстиції починає свій відлік з 1996 р., коли ч. 1 ст. 55 прямо вказано конституційну формулу: «Кожному гарантується право на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб», а ч. 2 ст. 124 – поширено юрисдикцію судів на усі правовідносини, що виникають у державі. У 2016 р., відповідно Закону України «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)» (у редакції ЗУ від 02 червня 2016 р. № 1401-VIII), у ст. 125 Конституції України передбачено пряму норму «З метою захисту прав, свобод та інтересів особи у сфері публічно-правових відносин діють адміністративні суди», що фактично закріпило на рівні Основного Закону статус та призначення адміністративних судів.

І.Л. Бородін зазначав, що призначення судово-правової реформи – забезпечення принципу верховенства права і законності, яке передбачає не тільки удосконалення традиційних судових функцій, а й законодавчого

врегулювання повноважень суду з контролю за забезпеченням взаємної відповідальності держави та її громадян¹⁴.

Аналізуючи специфіку нормативного врегулювання судової адміністративної юрисдикції щодо розгляду і вирішення спорів, що випливають з податкових правовідносин, необхідно вказати декілька принципових моментів.

По-перше, слід звернути увагу на тенденцію до уніфікації процедур судового розгляду, яка мала місце, починаючи з моменту прийняття у 2005 р. КАС України. Засади судового адміністративного процесу, процесуальні інститути та процедури подібні до Господарського процесуального кодексу України¹⁵, Цивільного процесуального кодексу України¹⁶. Принципова відмінність полягає у тому, що обов'язковим учасником судового адміністративного процесу є суб'єкт владних повноважень, на відміну від інших форм судового захисту прав і свобод.

Слід зазначити і ту обставину, що КАС України тільки у 2010 р. був доповнений нормою ст. 183-3 КАС України, якою передбачено особливості провадження за зверненням органів державної податкової служби. У подальшому назву цієї статті було змінено і викладено у такій редакції: «Особливості провадження у справах за зверненням органів доходів і зборів». Доповнення КАС України ст. 183-3 були обумовлені прийняттям Податкового кодексу України та, відповідно, Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняттям Податкового кодексу України» від 2 грудня 2010 р. № 2756-VI¹⁷.

Наявність особливостей процедур розгляду справ за зверненням органів доходів і зборів, передбачена ст. 183-3 КАС України, дає змогу назвати таке провадження непозовним, окремим видом провадження. Так, предметом судового розгляду є не вирішення публічно-правового спору, а здійснення судового контролю за рішенням, діяльністю податкових органів, що впливають або можуть вплинути на права та інтереси осіб (насамперед платників податків) у публічних правовідносинах. Є специфіка учасників такого провадження, до яких належить заявник (а не позивач). При цьому заявником був визначений суб'єкт владних повноважень – орган державної податкової служби, орган митної служби. Відповідачем завжди виступав платник податків (зборів). Формою звернення було визначено подання (а не позов).

Після прийняття у новій редакції процесуальних кодексів, в тому числі – Кодексу адміністративного судочинства України в редакції від 15 грудня 2017 р. (відповідно до Закону України «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів» від 03 жовтня 2017 р. № 2147-VIII¹⁸) принципово зміст процедур судового розгляду справ за зверненням органів доходів і зборів не змінився – такий порядок можна визначити як окремий вид провадження, який здійснюється за заявою суб'єкта звернення, яким є орган, наділений владними повноваженнями у податковій сфері.

Станом початок червня 2019 р. системою VERDICTUM виділено 23 тис. рішень, прийнятих адміністративними судами у справах за ст. 283 КАС України.

Проведене дослідження витоків та особливостей формування судової адміністративної юрисдикції щодо розгляду і вирішення податкових спорів в Україні дає змогу сформулювати наступні висновки.

У чинному законодавстві закріплення компетенції щодо розгляду і вирішення спорів, що випливають з податкових правовідносин (податкових спорів), відбулось протягом тривалого часу, відповідно до політико-правових реалій і тенденцій державотворення в Україні, процесів реформування та розвитку судової системи.

На початковому періоді становлення адміністративної юстиції відбувались не тільки організаційні перетворення у напрямі запровадження організаційних форм адміністративної юстиції (повітово-волосні органи, губернські «присутствія», Сенат, згодом – Вищий адміністративний суд, Генеральний Адміністративний Суд), а й формування компетенції та меж адміністративної юрисдикції, поступове закріплення за адміністративною юстицією юрисдикції у податкових спорах.

Для другого історичного періоду процесу становлення національної адміністративної юстиції (1917–1920 рр.) характерне подальше формування й зміцнення не тільки організаційних форм адміністративної юстиції, а й уточнення (окреслення) предмета процесуальної компетенції. Важливим для обох періодів становлення адміністративної юстиції на теренах України є той факт, що поступово формувалась система судового розгляду справ, пов'язаних із захистом прав у публічно-правових відносинах. Така система організаційно являла собою різні форми, проте ключовою була тенденція до позбавлення адміністративних органів компетенції щодо розгляду і вирішення спорів, які випливають з податкових правовідносин.

Характерною рисою «радянського» періоду можна назвати пріоритет адміністративного порядку оскарження дій податкових органів, що застосовувався усередині системи таких органів, а тому вказати на його ефективність з позицій гарантування законності складно. Поступово у межах цивільного судочинства було запроваджено позовний порядок оскарження. Такий порядок діяв аж до ухвалення у 2005 р. процесуального Кодексу адміністративного судочинства України.

Удосконалення судового порядку захисту прав у публічно-правових відносинах засобами адміністративної юстиції не завершилось. У 2016 р. на конституційному рівні було закріплено призначення та предмет відання адміністративних судів, що стабілізує функціонування системи адміністративної юстиції. Чинне процесуальне законодавство передбачає розгляд і вирішення податкових спорів фактично у непозовному порядку – під час здійснення процедур судового контролю. Існування такого порядку потребує ретельного аналізу на предмет відповідності призначенню функціонування адміністративної юстиції та форми судового розгляду, що може бути здійснене у межах окремого предмета наукового аналізу.

- ¹ Кодекс адміністративного судочинства України від 6 липня 2005 року (в редакції від 15.12.2017 р.). *Відомості Верховної Ради України*. 2005. № 35–36, № 37. Ст. 446 (зі змінами).
- ² Адміністративний процес України: навч. посіб. / Г.О. Пономаренко, А.Т. Комзюк, В.М. Бевзенко та ін.; за заг. ред. А.Т. Комзюка. Х.: Вид-во Харківського нац. ун-ту внутр. справ, 2008. С. 6.
- ³ Мельник І. Етапи становлення адміністративного судочинства в Україні. *Вісник Вищого адміністративного суду України*. 2009. № 1. С. 78–79.
- ⁴ Адміністративное право Украины: учебник / Ю.П. Битяк, В.В. Богущкий, В.Н. Гарашук и др.; под ред. Ю.П. Битяка. 2-е изд., перераб. и доп. Харьков: Право, 2003. С. 219.
- ⁵ Копиленко О.Л., Копиленко М.Л. Держава і право України. 1917–1920: навч. посіб. Київ: Либідь, 1997. С. 103.
- ⁶ Адміністративне право України: академічний курс: підруч.: у 2 т. / Ю.П. Битяк, В.М. Гарашук, О.В. Дяченко та ін.; за ред. Ю.П. Битяка. Київ: Юрінком Інтер, 2005. Т. 1. С. 39.
- ⁷ Цивільний процесуальний кодекс Української РСР від 18 липня 1963 року. *Відомості Верховної Ради України*. 1963. № 30. Ст. 464. (Кодекс втратив чинність на підставі Кодексу України 18 березня 2004 року № 1618-IV).
- ⁸ Юрков Б.Н. Судебное обеспечение законности в деятельности административных органов. Харьков: Изд-во при Харьковском гос. ун-те образования «Вища школа», 1987. С. 52.
- ⁹ Стахурський М.Ф. Питання реформування адміністративного процесу в Україні: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07 / Київський нац. ун-т ім. Т. Шевченка. Київ, 2002. С. 8.
- ¹⁰ Мулявка Д.Г. Адміністративно-правові заходи забезпечення прав платників податків: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07. Ірпінь, 2004. 212 с. С. 29–40.
- ¹¹ Адміністративна юстиція: європейський досвід і пропозиції для України / авт.-упоряд. І.Б. Коліушко, Р.О. Куйбіда. Київ: Факт, 2003. С. 19; Про Концепцію судово-правової реформи в Україні: постанова Верховної Ради України від 28 квітня 1992 р. № 2296-ХІІ. *Відомості Верховної Ради України*. 1992. № 30. Ст. 426.
- ¹² Чернов Є. Розгляд спорів за участю податкових та митних органів, що виникають із застосування законодавства про зовнішньоекономічну діяльність. *Право України*. 1999. № 10. С. 20–22.
- ¹³ Адміністративна юстиція: європейський досвід і пропозиції для України / авт.-упоряд. І.Б. Коліушко, Р.О. Куйбіда. Київ: Факт, 2003. С. 17.
- ¹⁴ Бородін І.Л. Про сутність адміністративної юстиції. *Право України*. 2000. № 2. С. 15.
- ¹⁵ Господарський процесуальний кодекс України від 6 листопада 1991 року. *Відомості Верховної Ради України*. 1992. № 6. Ст. 56.
- ¹⁶ Цивільний процесуальний кодекс України від 18 березня 2004 року. *Відомості Верховної Ради України*. 2004. № 40–41, 42. Ст. 492.
- ¹⁷ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняттям Податкового кодексу України: Закон України від 2 грудня 2010 р. № 2756-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2011. № 23. Ст. 160.
- ¹⁸ Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів: Закон України від 03.10.2017 р. № 2147-VIII. *Офіційний вісник України*. 2017. № 96. Ст. 2921.

Резюме

Винниченко Л.О. Податкові спори як предмет судової адміністративної юрисдикції: історія становлення процесуального порядку розгляду в Україні.

Стаття присвячена встановленню витоків та особливостей формування судової адміністративної юрисдикції щодо розгляду і вирішення податкових спорів в Україні. Відзначено, що сучасні процедури розгляду і вирішення спорів за зверненням органів доходів і зборів (податкових спорів) – це окремий вид провадження, який за змістом являє собою судовий контроль за законністю.

Ключові слова: адміністративна юстиція, адміністративні суди, податкові спори, органи доходів і зборів.

Резюме

Винниченко Л.А. Налоговые споры как предмет судебной административной юрисдикции: история становления процессуального порядка рассмотрения в Украине.

Статья посвящена установлению истоков и особенностей формирования судебной административной юрисдикции относительно рассмотрения и решения налоговых споров в Украине. Отмечено, что современные процедуры рассмотрения и решения споров за обращением органов доходов и сборов (налоговых споров) – это отдельный вид проведения, который по смыслу представляет собой судебный контроль за законностью.

Ключевые слова: административная юстиция, административные суды, налоговые споры, органы доходов и сборов.

Summary

Yunnychenko L. Tax disputes as subject of judicial administrative jurisdiction: the history of the formation of procedural order in Ukraine.

The article is devoted to the establishment of the origins and peculiarities of the formation of judicial administrative jurisdiction over the consideration and resolution of tax disputes in Ukraine. It is noted that modern procedures for reviewing and resolving disputes at the request of the bodies of income and fees (tax disputes) constitute a separate type of proceedings, which in content constitutes judicial control over the lawfulness.

Key words: administrative justice, administrative courts, tax disputes, bodies of incomes and charges.

А.В. ДІМІЧ

Антоніна Валеріївна Діміч, кандидат юридичних наук, докторант Національної академії Служби безпеки України

НОРМАТИВНО-ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ПСИХОЛОГІЧНОЇ ТА МЕДИЧНОЇ РЕАБІЛІТАЦІЇ УЧАСНИКІВ ОРГАНІЗАЦІЇ ОБ'ЄДНАНИХ СИЛ ЯК ХАРАКТЕРОЛОГІЧНИЙ ВИД ЛОГІСТИЧНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ДЕРЖАВНОЇ БЕЗПЕКИ В УКРАЇНІ: ПРОБЛЕМИ ТА ШЛЯХИ УДОСКОНАЛЕННЯ

Початок війни на Сході України створив нові виклики для системи психологічної та медичної реабілітації в Україні, адже надавати допомогу тепер потрібно людям, які пройшли війну. Крім того, постала проблема подальшої соціальної адаптації колишніх військовослужбовців у мирному житті. Збройний конфлікт на Сході України, що супроводжується значними людськими жертвами, анексія Російською Федерацією Криму виявили низку серйозних проблем у медичному забезпеченні військ і викликали необхідність опрацювання та затвердження базових нормативно-правових актів щодо медичного забезпечення військовослужбовців у мирний час та під час кризових ситуацій, що загрожують державній безпеці в Україні, та особливо в сучасних умовах.

Відповідно до п. 2.1.5.2. Реформування систем матеріально-технічного та медичного забезпечення (логістики) Збройних Сил України «Річної національної програми під егідою Комісії Україна – НАТО на 2018 рік», матеріально-технічне забезпечення військ (сил) буде здійснюватися з об'єднаних центрів забезпечення як багатofункціональних органів забезпечення військ (сил) матеріально-технічними засобами за територіальним принципом незалежно від їх підпорядкованості. Буде продовжено створення нової організаційно-штатної структури («J-структури») органів військового управління, що відповідають за логістичне забезпечення Збройних Сил України¹. Отже, як бачимо, у зазначеній програмі застосовується поняття «матеріально-технічне забезпечення», яке ототожнюється з логістичним забезпеченням.

Проблемі, пов'язаній із нормативно-правовим регулюванням психологічної та медичної реабілітації учасників організації об'єднаних сил як характерологічного виду логістичного забезпечення державної безпеки в Україні, приділяли увагу такі науковці, як Л.П. Сущенко, В.О. Кукса, О.І. Міхєєнко, Л.Б. Волошина, А.М. Герцик, Н.О. Белікова, І.К. Шхвацаба, О.Ф. Тарасова, В.М. Мухін, О.К. Марченко, І.І. Пархотіка, С.М. Попов, В.С. Дмитрієв, С.П. Евсєєв, С.Ю. Капралов та інші.

Метою статті є здійснення ґрунтовного аналізу нормативно-правового забезпечення психологічної та медичної реабілітації учасників організації об'єднаних сил як характерологічний вид логістичного забезпечення державної безпеки в Україні.

З метою розвитку системи медичного забезпечення ЗСУ, організації заходів із надання медичної допомоги пораненим, їх лікування для збереження життя та відновлення боєздатності в державі у 2016 р. було опрацьовано низку нормативно-правових актів у зазначеній сфері, що дало змогу: визначити порядок планування медичного забезпечення застосування військ (сил) та надання психіатричної допомоги; часові обмеження надання медичної допомоги; схему організації системи лікувально-евакуаційних заходів, медичного сортування поранених та хворих, класифікацію загальних втрат особового складу²; унормувати питання надання медичної допомоги у військово-медичних закладах і взаєморозрахунків за неї між військовими формуваннями³; впорядкувати питання медичної евакуації поранених і хворих ЗСУ на особливий період⁴.

Водночас багатогранність завдань реабілітації постраждалих в ООС (у 2014–2018 рр. – АТО) вимагає ефективного функціонування цієї системи, що насамперед потребує удосконалення та розвитку нормативно-правового забезпечення у сфері реабілітації учасників ООС та постраждалих під час її проведення.

Так, у 2016 р. підзаконними актами Президента України та Кабінету Міністрів України: призначено Уповноваженого Президента України з питань реабілітації учасників ООС, які одержали поранення, контузію, каліцтво або інше захворювання під час участі в ООС та затверджено положення про його⁵; прийнято рішення про утворення Міжвідомчого координаційного центру соціально-трудова реабілітації учасників ООС, які одержали поранення, контузію, каліцтво або інше захворювання під час участі в ООС⁶; впорядковано механізм використання коштів, що надійшли з Трастового фонду НАТО, для надання допомоги діючим та звільненим українським військовослужбовцям та цивільному персоналу СБО, травмованих під час участі в ООС⁷.

Необхідно зазначити, що Міністерством оборони України у 2016 р. було продовжено оптимізацію мережі вищих військових навчальних закладів, військових навчальних підрозділів вищих навчальних закладів (далі – ВВНЗ і ВНП ВНЗ), зокрема реорганізовано факультет Військово-Морських Сил Національного університету «Одеська морська академія» шляхом перетворення його на Інститут Військово-Морських Сил

цього ж університету⁸. При цьому, спільними наказами Міністерства оборони України, Міністерства охорони здоров'я України, Міністерства освіти і науки України, було нормативно врегульовано порядок організації військової підготовки громадян України за програмою підготовки офіцерів запасу медичної служби, заміщення вакантних посад науково-педагогічних працівників у ВВНЗ і ВНП ВНЗ та проведення їх атестації тощо.

Також із розвитком системи медичного забезпечення військ, організації заходів із надання медичної допомоги пораненим, їх лікування для збереження життя та відновлення боєздатності в державі у період 2014–2019 рр. було опрацьовано низку нормативно-правових актів у зазначені сфері. Але нецільове використання бюджетних коштів відбувається і сьогодні, через неналежний механізм боротьби із цією проблематикою. Важливий і той факт, що безвідповідальність породжує нові правопорушення та злочини, тому необхідний дієвий демократичний цивільний контроль у даній сфері, який має здійснюватися відповідними суб'єктами адміністрування, а саме: Радою національної безпеки і оборони України; контролю, Кабінетом Міністрів України, органами виконавчої влади та органами місцевого самоврядування; судового контролю; громадського контролю тощо. Цей контроль має полягати у комплексі правових, організаційних, інформаційних, кадрових та інших заходів для забезпечення верховенства права, законності, підзвітності, прозорості органів сектору державної безпеки та інших органів, діяльність яких пов'язана з обмеженням у визначених законом випадках прав і свобод людини, сприяння їх ефективній діяльності й виконанню покладених на них функцій, зміцненню національної безпеки України.

Відповідно, зазначені суб'єкти також мають здійснювати демократичний цивільний контроль у сфері реабілітації постраждалих учасників Революції Гідності, учасників антитерористичної операції, учасників організації об'єднаних сил та осіб, які здійснювали заходи із забезпечення національної безпеки і оборони, відсічі і стримування збройної агресії Російської Федерації у Донецькій та Луганській областях.

Необхідно підкреслити, що безпосередня мета психологічної реабілітації зазначених категорій осіб полягає у наступному: збереження або відновлення фізичного та психічного здоров'я отримувачів послуг; досягнення соціально-психологічного благополуччя; зниження частоти та тяжкості наслідків перенесених бойових психічних травм у формі гострих стресових реакцій; запобігання інвалідності; профілактика агресивної та саморуйнівної поведінки тощо.

Отже, основними завданнями проведення психологічної реабілітації цих категорій є: діагностика та нормалізація психічних функцій отримувача послуг; відновлення порушених (втрачених) психічних функцій до оптимального рівня їх вираженості; корекція особистості отримувача послуг для забезпечення ефективного функціонування його в соціумі; надання допомоги в установленні (відновленні) конструктивних відносин у сім'ї та суспільстві; відновлення адаптивних механізмів до екстремальних (бойових) дій; опанування методів саморегуляції та керування стресом (заспокоєння); запобігання психологічному травмуванню та психічним розладам; проведення психопрофілактичної та психокорекційної роботи із сім'єю отримувача послуг; формування позитивних реакцій, мотивацій, соціальних установок на життя та професійну діяльність.

Треба звернути увагу на те, що до 2018 р. практично був відсутній механізм реалізації права на психічну реабілітацію постраждалих учасників Революції Гідності, учасників антитерористичної операції та осіб, які здійснювали заходи із забезпечення національної безпеки і оборони, відсічі й стримування збройної агресії Російської Федерації у Донецькій та Луганській областях через нормативно-правове регулювання.

Саме тому у 2018 р., враховуючи стратегію реформування системи надання послуг в умовах децентралізації та з метою наближення послуг до їх отримувачів, виникла нагальна необхідність оптимізації системи державних видатків на реалізацію відповідної бюджетної програми, що було реалізовано шляхом удосконалення нормативно-правової бази.

В основу розробленого механізму закладено принципи «гроші ходять за людиною» та децентралізації надання таких послуг, що вже довели свою ефективність під час реалізації у 2017 р. заходів із санаторно-курортного лікування.

У рамках визначеного процесу психологічної реабілітації планується не лікування, що потребує медичного втручання, а заходи профілактики та попередження посттравматичного стресового розладу (далі – ПТСР), що дасть змогу його попередити.

У рамках сучасного механізму заходи щодо психологічної реабілітації постраждалих учасників Революції Гідності, учасників антитерористичної операції та осіб, які здійснювали заходи із забезпечення національної безпеки і оборони, відсічі і стримування збройної агресії Російської Федерації у Донецькій та Луганській областях через нормативно-правове регулювання, здійснюються відповідно до постанов Кабінету Міністрів України, якими затверджено: «Порядок використання коштів, передбачених у державному бюджеті для здійснення заходів із психологічної реабілітації постраждалих учасників Революції Гідності, учасників антитерористичної операції та осіб, які здійснювали заходи із забезпечення національної безпеки і оборони, відсічі і стримування збройної агресії Російської Федерації у Донецькій та Луганській областях»⁹; «Порядок проведення психологічної реабілітації, постраждалих учасників Революції Гідності, учасників антитерористичної операції та осіб, які здійснювали заходи із забезпечення національної безпеки і оборони, відсічі і стримування збройної агресії Російської Федерації у Донецькій та Луганській областях»¹⁰; «Порядок виплати грошової компенсації вартості проїзду до реабілітаційних установ та назад»¹¹.

Разом із тим на виконання вказаних постанов Міністерством соціальної політики України прийнято відповідні накази, які врегульовують питання щодо логістичного забезпечення психологічної реабілітації зазна-

ченої категорії осіб, а саме: «Про затвердження Вимог до суб'єктів надання послуг із психологічної реабілітації та форми акта наданих послуг із психологічної реабілітації за рахунок бюджетних коштів»; «Про встановлення граничної вартості послуг із психологічної реабілітації учасників антитерористичної операції та постраждалих учасників Революції Гідності у 2018 році»; «Про затвердження Стандарту психологічної діагностики та форм документів з організації психологічної реабілітації учасників антитерористичної операції та постраждалих учасників Революції Гідності»; «Про затвердження примірного договору про надання послуг із психологічної реабілітації».

На сьогодні вже активно розпочато процес направлення зазначених учасників антитерористичної операції та постраждалих учасників Революції Гідності на психологічну реабілітацію.

Відповідно, за напрямом психологічної реабілітації бюджетні кошти спрямовуються до районних органів соціального захисту населення для відшкодування вартості: надання послуг із психологічної реабілітації учасникам ООС; проживання та харчування в умовах стаціонару; витрат на оплату проїзду до суб'єктів надання послуг тощо.

Отже, можемо зробити такі висновки. Логістичне забезпечення медичною та психологічною реабілітацією постраждалих осіб перебуває на досить низькому рівні, хоча кількість постраждалих осіб щодня збільшується. Треба зазначити, що до 2018 р. відсутній механізм її реалізації. Бюджетні кошти залишалися на рахунках, але через недосконалість чинного законодавства у цьому напрямі їх використання на зазначені послуги було неможливим.

Саме тому даний напрям потребує удосконалення нормативно-правової бази, яка має чітко визначати механізм логістичного забезпечення медичною та психологічною реабілітацією постраждалих осіб. На наш погляд, необхідно запропонувати єдиний законодавчий акт, який би визначав чіткий механізм логістичного забезпечення медичною та психологічною реабілітацією постраждалих осіб, а саме: Закон України «Про логістичне забезпечення медичною та психологічною реабілітацією постраждалих осіб».

¹ Про затвердження Річної національної програми під егідою Комісії Україна – НАТО на 2018 рік: Указ Президента України від 28 березня 2018 р. № 89/2018. *Офіційний вісник України*. 2018. № 28. С. 24. Ст. 1000.

² Про затвердження Тимчасової настанови з медичного забезпечення військових частин (з'єднань) Збройних Сил України на особливий період: наказ Генерального штабу Збройних Сил України від 26 березня 2016 р. № 121. URL: <https://zakon.rada.gov.ua>

³ Про внесення зміни до пункту 1-¹ Порядку надання медичної допомоги у військово-медичних закладах і взаєморозрахунків за неї між військовими формуваннями: постанова Кабінету Міністрів України від 10 березня 2016 р. № 201. *Офіційний вісник України*. 2016. № 24 Ст. 950 (дата звернення: 01 квітня 2016 р.).

⁴ Про затвердження Тимчасової настанови з медичної евакуації поранених і хворих у Збройних Силах України на особливий період: наказ Генерального штабу Збройних Сил України від 2 березня 2016 р. № 90.

⁵ Про Уповноваженого Президента України з питань реабілітації учасників АТО, які одержали поранення, контузію, каліцтво або інше захворювання під час участі в (АТО) ООС: Указ Президента України від 2 грудня 2016 р. № 536/2016. *Офіційний вісник України*. 2016. № 96. Ст. 3126 (дата звернення: 12 грудня 2016 р.).

⁶ Про утворення Міжвідомчого координаційного центру соціально-трудової реабілітації учасників АТО, які одержали поранення, контузію, каліцтво або інше захворювання під час участі в АТО: постанова Кабінету Міністрів України від 2 березня 2016 р. № 143. *Офіційний вісник України*. 2016. № 20. Ст. 794. (дата звернення: 18 березня 2016 р.).

⁷ Про затвердження Порядку використання коштів, що надійшли з Трестового фонду НАТО або цивільного бюджету НАТО для виконання положень Імплементативної угоди між Кабінетом Міністрів України та Організацією НАТО з підтримки та постачання про реалізацію співпраці у сфері медичної реабілітації: постанова Кабінету Міністрів України від 23 березня 2016 р. № 238. *Офіційний вісник України*. 2016. № 28. Ст. 1110 (дата звернення: 15 квітня 2016 р.).

⁸ Питання підготовки військових фахівців для потреб Військово-Морських Сил Збройних Сил : постанова Кабінету Міністрів України від 13 липня 2016 р. № 433. *Офіційний вісник України*. 2016. № 56. Ст. 1938 (дата звернення: 26 липня 2016 р.).

⁹ Про затвердження Порядку використання коштів, передбачених у державному бюджеті для здійснення заходів із психологічної реабілітації постраждалих учасників Революції Гідності, учасників антитерористичної операції та осіб, які здійснювали заходи із забезпечення національної безпеки і оборони, відсічі і стримування збройної агресії Російської Федерації у Донецькій та Луганській областях: постанова Кабінету Міністрів України від 12 липня 2017 р. № 497. URL: <https://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/497-2017-%D0%BF>

¹⁰ Порядок проведення психологічної реабілітації: постанова Кабінету Міністрів України від 27 грудня 2017 р. № 1057. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1057-2017-%D0%BF>

¹¹ Порядок виплати грошової компенсації вартості проїзду до реабілітаційних установ: постанова Кабінету Міністрів України від 23 серпня 2016 р. № 528.

Резюме

Діміч А.В. Нормативно-правове регулювання психологічної та медичної реабілітації учасників організації об'єднаних сил як характерологічний вид логістичного забезпечення державної безпеки в Україні: проблеми та шляхи удосконалення.

У статті здійснена ґрунтовна характеристика нормативно-правових актів, які регулюють психологічну та медичну реабілітацію учасників організації об'єднаних сил як характерологічний вид логістичного забезпечення державної безпеки в Україні. Виокремлено проблеми медичної та психологічної реабілітації зазначених осіб. Запропоновано удосконалення законодавства у частині нормативно-правового регулювання психологічної та медичної реабілітації учасників організації об'єднаних сил.

Ключові слова: регулювання, психологічна реабілітація, медична реабілітація, учасники, організація об'єднаних сил, логістичне забезпечення, державна безпека.

Резюме

Димич А.В. Нормативно-правовое регулирование психологической и медицинской реабилитации участников организации объединенных сил как характерологический вид логистического обеспечения государственной безопасности в Украине: проблемы и пути совершенствования.

В статье осуществлена основательная характеристика нормативно-правовых актов, регулирующих психологическую и медицинскую реабилитацию участников организации объединенных сил как характерологический вид логистического обеспечения государственной безопасности в Украине. Выделены проблемы медицинской и психологической реабилитации указанных лиц. Предложено усовершенствование законодательства в части нормативно-правового регулирования психологической и медицинской реабилитации участников организации объединенных сил.

Ключевые слова: регулирование, психологическая реабилитация, медицинская реабилитация, участники, организация объединенных сил, логистическое обеспечение, государственная безопасность.

Summary

Dimich A. Regulatory and legal regulation of psychological and medical rehabilitation of participants of the organization of the united forces as a characterological kind of logistic provision of state security in Ukraine: problems and ways of improvement.

The article provides a thorough description of normative legal acts regulating the psychological and medical rehabilitation of the participants of the organization of the united forces as a characterological type of logistic provision of state security in Ukraine. The problems of medical and psychological rehabilitation of these individuals are singled out. The improvement of legislation in the part of normative-legal regulation of psychological and medical rehabilitation of participants of the organization of the combined forces is offered.

Key words: regulation, psychological rehabilitation, medical rehabilitation, participants, organization of united forces, logistic support, state security.

УДК 347.734

Ю.А. ІВАНОВ

Юрій Анатолійович Іванов, кандидат юридичних наук, доцент, докторант Національної академії Служби безпеки України

ТЕОРЕТИКО-МЕТОДОЛОГІЧНІ ПЕРЕДУМОВИ КАТЕГОРИЗАЦІЇ ОБ'ЄКТІВ КРИТИЧНОЇ ІНФРАСТРУКТУРИ У КРЕДИТНО-БАНКІВСЬКІЙ СФЕРІ

Становлення системи захисту критичної інфраструктури в Україні передбачає формування переліку об'єктів, котрі входять до її складу. При цьому в законодавчій практиці простежується застосування секторального підходу при визначенні змісту критичної інфраструктури, у складі якої формується, серед інших, і банківський сектор. Науково обґрунтований розподіл об'єктів у цьому секторі на певні категорії сприятиме оптимізації системи їх захисту. Зазначене обумовлює актуальність статті.

Різні аспекти впровадження концепції критичної інфраструктури, в тому числі питання ранжування об'єктів у її складі, розглядали у своїх працях С.О. Гнатюк, М.А. Рябий, В.М. Лядовська, О.Д. Довгань, Д.С. Бірюков, С.І. Кондратов, С.С. Теленик, О.М. Суходоля, Д.Г. Бобро та інші науковці. При цьому проблеми категоризації об'єктів критичної інфраструктури безпосередньо у кредитно-банківській сфері в наукових публікаціях не порушувалися.

Метою статті є окреслення теоретико-методологічних передумов розподілу об'єктів критичної інфраструктури у кредитно-банківській сфері на групи для оптимізації затрат на забезпечення їх адекватного захисту.

У кредитно-банківській сфері утворюється окрема складова критичної інфраструктури – банківський сектор. Загалом сектори критичної інфраструктури є лише відносно відокремленими, адже існують численні зв'язки між ними. Банківський сектор особливий тим, що пов'язаний практично з усіма іншими секторами і є критично важливим для їх функціонування. Тому виведення з ладу будь-якого банку не лише призводить до збитків від втрати цього об'єкта, а й може спричинити системні негативні наслідки для економічної безпеки держави.

У сучасній вітчизняній практиці припинення функціонування банків у переважній більшості випадків пов'язане із їх віднесенням до категорії неплатоспроможних з подальшим виведенням з ринку, як правило, шляхом ліквідації. При цьому неплатоспроможність банку може стати каталізатором банкрутства суб'єктів господарювання, які були його клієнтами. Також слід зважати і на суспільний резонанс, який супроводжує ліквідацію банків, особливо, якщо цей процес набуває масового характеру. У цьому сенсі, звичайно, потрібно ставити питання про вдосконалення системи гарантування вкладів та її поширення на всі категорії вклад-

ників, включаючи юридичних осіб. Тим більше, що такий підхід відповідає потребам національно-правової імплементації Угоди про асоціацію між Україною та Європейським Союзом. Однак першочерговим завданням є посилення ролі держави у забезпеченні стабільного функціонування банківської системи. Успішному розв'язанню цього завдання сприятиме впровадження у кредитно-банківській сфері концепції критичної інфраструктури, яка передбачає формування переліку об'єктів, котрі потребують посиленого захисту.

На сьогодні вже існує певне ранжування об'єктів у складі банківської системи України, що проявляється у виокремленні категорії системно важливих банків. Згідно із визначенням, наведеним у ст. 2 Закону України «Про банки і банківську діяльність», системно важливий банк – це банк, що відповідає критеріям, встановленим Національним банком України, діяльність якого впливає на стабільність банківської системи¹. Це визначення має надто абстрактний характер і змістовно є фактично відсылною нормою. Його друга частина взагалі виглядає алогічною, адже, по-перше, складається з враження, що вона містить додатковий критерій системної важливості, що не відповідає дійсності, а, по-друге, – на стабільність банківської системи тією чи іншою мірою впливає діяльність будь-якого банку. Також очевидно, що визначивши суб'єкта, котрий встановлює критерії, яким повинен відповідати системно важливий банк, законодавець не вказав, хто має проводити оцінку відповідності банків цим критеріям та формально-юридично закріплювати за банками відповідний статус. Водночас у частині п'ятій ст. 4 цього ж закону зазначено: «Національний банк України визначає системно важливі банки відповідно до таких критеріїв: розміру банку, ступеня фінансових взаємозв'язків, напрямів діяльності». При цьому вказана ст. 4 має назву «Банківська система України» і включення до неї положень про визначення системно важливих банків виглядає недоречним. До того ж, маємо суперечність із наведеним вище визначенням терміна «системно важливий банк», розміщеним у ст. 2. Суперечність полягає, зокрема, у тому, що в ній йдеться про те, що критерії для визначення системно важливих банків встановлює НБУ, а в ст. 4 ці критерії вже визначено законодавчо.

Тож вбачається, що наведене вище визначення у ст. 2 Закону України «Про банки і банківську діяльність» варто сформулювати наступним чином: «Системно важливий банк – це банк, визнаний таким Національним банком України за встановленими ним критеріями», а зі ст. 4 її частину п'яту вилучити.

Наразі відповідно до Положення, затвердженого постановою Правління НБУ від 25 грудня 2014 р. № 863, системно важливі банки визначаються за такими критеріями:

1) розмір банку. Показники, що характеризують цей критерій, такі:

– загальні активи;

– кошти фізичних осіб, суб'єктів господарювання та небанківських фінансових установ;

2) ступінь фінансових взаємозв'язків. Показники, що характеризують цей критерій, такі:

– кошти, розміщені в інших банках;

– кошти, залучені від інших банків;

3) напрям діяльності. Показником, що характеризує цей критерій, є кредити, що надані суб'єктам господарювання у промисловість, сільське господарство та будівництво².

Аналізуючи наведені критерії, слід відзначити їх недосконалість, що визнано й НБУ, який анонсував запровадження найближчим часом нових підходів до визначення системно важливих банків. При цьому вочевидь незмінним залишиться змістове наповнення цього поняття.

Мета визначення системно важливих банків у складі банківської системи законодавцем не окреслена, однак її можна вивести зі змісту цього поняття з урахуванням комплексного тлумачення відповідних норм банківського законодавства.

Як уже зазначалося, у нормативному визначенні системно важливого банку йдеться про те, що це банк, «діяльність якого впливає на стабільність банківської системи». При всій описаній вище некоректності такого формулювання воно дає підстави для припущення, що виокремлення системно важливих банків здійснюється в інтересах забезпечення стабільного функціонування банківської системи. Тобто, фактично йдеться про окреслення переліку об'єктів, порушення нормального режиму функціонування яких може спричинити значні негативні наслідки для банківської системи у цілому. Зважаючи на це, такі об'єкти очевидно потребують посиленої уваги з боку держави в контексті своєчасного виявлення та адекватного реагування на негативні тенденції у їх діяльності. Тому частиною шостою ст. 4 Закону України «Про банки і банківську діяльність» передбачено, що НБУ визначає особливості регулювання та нагляду за системно важливим банком. При цьому критерії та порядок визначення системно важливих банків сформульовано таким чином, що їх апіорі не може бути багато. Тож, відповідно, забезпечити особливий порядок банківського регулювання та нагляду за такими банками можливо за рахунок обмеженого обсягу ресурсів.

Комплексно проаналізувавши феномен системно важливих банків у сучасному банківському законодавстві, можемо констатувати його змістову наближеність до об'єктів критичної інфраструктури, визначення яких містить Закон України «Про основні засади забезпечення кібербезпеки України»³. Однією з ознак таких об'єктів є те, що виведення їх з ладу або порушення функціонування може справити негативний вплив на стан національної безпеки. У чинній Стратегії національної безпеки України одним із основних напрямів державної політики національної безпеки визначено забезпечення економічної безпеки, в тому числі шляхом стабілізації банківської системи, забезпечення прозорості грошово-кредитної політики та відновлення довіри до вітчизняних фінансових інститутів. Тим самим опосередковано визнається, що дестабілізація банківської системи негативно впливає на стан економічної безпеки держави як складової національної безпеки. У свою чергу, як уже було вище зазначено, системно важливі банки характеризуються тим, що їх діяльність

впливає на стабільність банківської системи. Тож є всі підстави вважати такі банки об'єктами критичної інфраструктури у кредитно-банківській сфері. Водночас специфіка цієї сфери така, що будь-яка складова банківської системи є значимою для її стабільного функціонування. Однак ця значимість, звісно, є неоднаковою. Тож доцільно розбудовувати систему захисту банківського сектору критичної інфраструктури з урахуванням певної градації об'єктів, які необхідно захищати. Така градація дасть змогу забезпечити раціональне використання фінансових та інших ресурсів, адже кількість банків в Україні хоч і зменшилася за останні п'ять років на 57 %, все ж залишається достатньо великою (за даними НБУ, станом на 01 лютого 2019 р. було 77 діючих банків)⁴.

Відповідно до Концепції створення державної системи захисту критичної інфраструктури, схваленої розпорядженням КМ України від 6 грудня 2017 р. № 1009-р, для визначення необхідного рівня захисту об'єктів критичної інфраструктури, повноважень, завдань та відповідальності суб'єктів здійснюється категоризація об'єктів інфраструктури, які належать до державної системи захисту критичної інфраструктури: критично важливі об'єкти; життєво важливі об'єкти; важливі об'єкти; необхідні об'єкти⁵.

Цей концептуальний підхід було реалізовано у ст. 10 проекту Закону України «Про критичну інфраструктуру та її захист». Щоправда, для кожної з категорій критичної інфраструктури додано ще й словесно-цифрові позначення: I категорія критичності; II категорія критичності; III категорія критичності; IV категорія критичності⁶.

Натомість у Законі України «Про основні засади забезпечення кібербезпеки України» законодавець обрав зовсім інший шлях, взагалі відмовившись від категоризації об'єктів критичної інфраструктури на рівні закону. При цьому частиною другою ст. 6 передбачено, що критерії та порядок віднесення об'єктів до об'єктів критичної інфраструктури, перелік таких об'єктів, загальні вимоги до їх кіберзахисту, у тому числі щодо застосування індикаторів кіберзагроз та вимоги до проведення незалежного аудиту інформаційної безпеки затверджуються Кабінетом Міністрів України, а в банківській системі України – Національним банком України.

Відповідно до п. 33 частини першої ст. 7 Закону України «Про Національний банк України» НБУ забезпечує формування та ведення переліку об'єктів критичної інфраструктури, а також реєстру об'єктів критичної інформаційної інфраструктури у банківській системі України, визначає критерії та порядок віднесення об'єктів у банківській системі України до об'єктів критичної інфраструктури та об'єктів критичної інформаційної інфраструктури, забезпечує проведення оцінювання стану кіберзахисту та аудиту інформаційної безпеки у банківській системі України⁷. У наведеному формулюванні також прямо не передбачена категоризація об'єктів критичної інфраструктури, однак її не можна виключати на рівні нормативно-правових актів НБУ. Вбачається, що така категоризація була б доречною, а за основу варто було б взяти вже існуючу практику оцінки системної важливості банків, дещо модифікувавши її. Так, якщо нині виокремлюється лише категорія системно важливих банків, то в системі критичної інфраструктури доцільно впровадити класифікацію усіх банків у складі банківської системи залежно від розрахованого показника системної важливості, розподіливши їх на категорії: I категорія критичності; II категорія критичності; III категорія критичності; IV категорія критичності. Категоризація дасть змогу побудувати систему захисту з оптимальним розподілом ресурсів, адекватним значимості того чи іншого об'єкта для стабільного функціонування банківського сектору критичної інфраструктури.

Банківський сектор критичної інфраструктури не варто, на нашу думку, обмежувати лише комерційними банками. Зокрема, особливою є в ньому роль НБУ, який, з одного боку, забезпечує формування та ведення переліку об'єктів критичної інфраструктури у банківській системі, а з іншого – сам є складовою банківської системи, її центральною системоутворюючою ланкою, що обумовлює його критичну важливість для стабільного функціонування останньої. При цьому відсутність загального законодавства про критичну інфраструктуру породжує невизначеність щодо місця державних органів, в тому числі й НБУ, у її складі. Так, у ст. 6 Закону України «Про основні засади забезпечення кібербезпеки України» у переліку об'єктів критичної інфраструктури державні органи відсутні. Однак слід враховувати, що цей перелік має локальне значення в межах лише даного конкретного закону і розрахований саме на задоволення потреб забезпечення кібербезпеки. Тому тлумачити його зміст слід у сукупності з іншими нормами цього ж закону, у ст. 4 якого серед об'єктів кібербезпеки названо, зокрема, державу, яка, як відомо, уособлюється в системі державних органів, що потребують відповідного захисту. Віднесення до критичної інфраструктури державних органів притаманне і практиці зарубіжних країн, наприклад, Німеччини⁸. Аналогічний підхід пропонувався й науковцями на етапі напрацювання пропозицій щодо формування вітчизняного законодавства про критичну інфраструктуру⁹, однак законодавцем наразі ці пропозиції не враховано.

Проблема віднесення державних органів до числа об'єктів критичної інфраструктури є актуальною також стосовно Фонду гарантування вкладів фізичних осіб (далі – ФГВФО), який має непересічне значення для стабільності банківської системи. ФГВФО не лише забезпечує реалізацію загальногосподарських (публічних) гарантій, передбачених ст. 201 ГК України, а й виконує низку контрольно-наглядових функцій, а також реалізує процедуру виведення з ринку неплатоспроможних банків. Саме останнє стало невід'ємною функцією ФГВФО після прийняття в 2012 р. Закону України «Про систему гарантування вкладів фізичних осіб»¹⁰. На відміну від НБУ, ФГВФО не здійснює банківських операцій, однак незаперечною є його роль як регулятора у сфері банківської діяльності. Тож, очевидно, і місце ФГВФО в банківському секторі критичної інфраструктури має бути адекватним його значимості для стабільності банківської системи.

Паралельно з інтеграцією ФГВФО до системи критичної інфраструктури необхідно вдосконалювати правове забезпечення його діяльності у контексті посилення превентивного реагування спільно з НБУ на

загрози банківській безпеці. На сьогодні роль ФГВФО у цьому напрямі зводиться, переважно, до здійснення передбачених законодавством дій постфактум, тобто коли неплатоспроможність банку вже настала. Як наслідок – значні витрати коштів на виплату відшкодування вкладникам – фізичним особам; майнова шкода для клієнтів банку – юридичних осіб, які не отримують відшкодування; негативний суспільний резонанс (особливо, коли йдеться про виведення з ринку крупних банків). Тому загалом концептуальним напрямом подальшого розвитку банківського регулювання та нагляду має стати перехід від парадигми реагування на негативні події в банківській системі, які вже відбулися, до комплексного запобігання таким подіям, тобто до дій на випередження. Реалізація такого підходу має стати невід'ємною складовою впровадження комплексного захисту об'єктів критичної інфраструктури в кредитно-банківській сфері.

Отже, можемо зробити такі висновки. Критична інфраструктура у кредитно-банківській сфері формує окремих сектор, склад якого неоднорідний за значимістю тих чи інших об'єктів для стабільного функціонування банківської системи. Тому доцільним є впровадження категоризації цих об'єктів за ступенем критичності. За основу пропонується взяти існуючу методику оцінки системної важливості банків, відповідним чином модифікувавши її.

У зв'язку з цим подальші дослідження будуть спрямовані на вироблення пропозицій щодо розбудови системи захисту об'єктів банківського сектору критичної інфраструктури з урахуванням їх категоризації.

¹ Про банки і банківську діяльність: Закон України від 7 грудня 2000 р. № 2121-III / Верховна Рада України. *Відомості Верховної Ради України*. 2001. № 5–6. Ст. 30.

² Про затвердження Положення про порядок визначення системно важливих банків: постанова Правління НБУ від 25 грудня 2014 р. № 863 / Національний банк України. *Офіційний вісник України*. 2015. № 8. Ст. 200.

³ Про основні засади забезпечення кібербезпеки України: Закон України від 5 жовтня 2017 р. № 2163-VIII / Верховна Рада України. *Відомості Верховної Ради України*. 2017. № 45. Ст. 403.

⁴ Основні показники діяльності банків / Національний банк України. URL: <http://www.bank.gov.ua/> (дата звернення: 15.03.2019).

⁵ Про схвалення Концепції створення державної системи захисту критичної інфраструктури: розпорядження КМ України від 6 грудня 2017 р. № 1009-р / Кабінет Міністрів України. *Офіційний вісник України*. 2018. № 7. С. 39. Ст. 271.

⁶ Проект Закону України «Про критичну інфраструктуру та її захист» / Офіційний веб-сайт Міністерства економічного розвитку і торгівлі України. URL: <http://www.me.gov.ua/Documents> (дата звернення: 24.09.2018).

⁷ Про Національний банк України: Закон України від 20 травня 1999 р. № 679-XIV / Верховна Рада України. *Відомості Верховної Ради України*. 1999. № 29. Ст. 238.

⁸ Зелена книга з питань захисту критичної інфраструктури в Україні: зб. мат. міжнар. експерт. нарад. / упоряд. Д.С. Бірюков, С.І. Кондратов; за заг. ред. О.М. Суходоли. Київ: НІСД, 2015. С. 46.

⁹ Суходола О.М. Захист критичної інфраструктури в умовах гібридної війни: проблеми та пріоритети державної політики України. *Стратегічні пріоритети*. 2016. № 3. С. 62–76.

¹⁰ Про систему гарантування вкладів фізичних осіб: Закон України від 23 лютого 2012 р. № 4452-VI / Верховна Рада України. *Відомості Верховної Ради України*. 2012. № 50. Ст. 564.

Резюме

Іванов Ю.А. Теоретико-методологічні передумови категоризації об'єктів критичної інфраструктури у кредитно-банківській сфері.

У статті окреслено теоретико-методологічні передумови та нормативні підстави розподілу об'єктів критичної інфраструктури у кредитно-банківській сфері на певні категорії для оптимального використання ресурсів, призначених для забезпечення їх захисту.

Ключові слова: кредитно-банківська сфера, критична інфраструктура, банківський сектор критичної інфраструктури.

Резюме

Іванов Ю.А. Теоретико-методологические предпосылки категоризации объектов критической инфраструктуры в кредитно-банковской сфере.

В статье очерчены теоретические предпосылки и нормативные основания распределения объектов критической инфраструктуры в кредитно-банковской сфере на определённые категории для оптимального использования ресурсов, предназначенных для обеспечения их защиты.

Ключевые слова: кредитно-банковская сфера, критическая инфраструктура, банковский сектор критической инфраструктуры.

Summary

Ivanov Y. Theoretical and methodological preconditions of categorisation of objects of critical infrastructure in credit and banking sphere.

The article outlines theoretical and methodological prerequisites and normative grounds for the distribution of objects of critical infrastructure in the credit and banking sphere for certain categories for optimal use of resources intended to ensure their protection.

Key words: credit and banking sphere, critical infrastructure, banking sector of critical infrastructure.

С.М. МЕЛЬНИК

Сергій Миколайович Мельник, кандидат юридичних наук, начальник Військово-юридичного факультету Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

ORCID: 0000-0002-3243-276X

ФОРМИ АДМІНІСТРУВАННЯ ВЗАЄМОДІЇ СУБ'ЄКТІВ ВІЙСЬКОВОГО УПРАВЛІННЯ УКРАЇНИ

Актуальність проблематики адміністрування ефективної взаємодії суб'єктів військового управління обумовлюється значущістю викликів і загроз, які постали сьогодні перед системою забезпечення національної безпеки і обороноздатності України. Враховуючи те, що держава в останні роки активно напрацьовує оптимальну формулу застосування всіх ланок сектору безпеки і оборони задля збереження суверенітету і територіальної цілісності держави, забезпечення громадської безпеки і правопорядку, злагоджена діяльність суб'єктів військового управління є гарантією ефективності функціонування всіх військових формувань і підрозділів. У зв'язку з цим особливого прикладного значення набуває комплексна наукова розробка аспектів, які характеризують адміністрування взаємодії суб'єктів військового управління. У зв'язку з цим **метою статті** є розкриття основних форм адміністрування взаємодії суб'єктів військового управління України.

Слід зазначити, що останнім часом наукова розробка аспектів, які стосуються функціонування суб'єктів військового управління, потрапляла у центр наукової уваги таких правознавців, як В.В. Богущкий, Є.І. Григоренко, Д.К. Єфіменко, А.І. Куртов, С.Ю. Поляков, В.С. Полікашін, М.М. Тищенко, В.С. Чорний та інші. Проте дослідження питань щодо адміністрування форм співробітництва між суб'єктами військового управління на сьогодні є фрагментарним і потребує глибинного наукового обґрунтування.

Виклад основного матеріалу доцільно розпочати з того, що під «суб'єктами» військового управління ми пропонуємо розуміти конкретні органи військового управління, їх посадові особи, які виконують управлінські функції і наділені для цього відповідними повноваженнями¹. У свою чергу, зміст категорії «взаємодія» передбачає взаємний вплив на процеси певних суб'єктів, їх взаємну обумовленість та зміну стану, породження одного явища іншим, взаємний зв'язок і обумовленість. Сутність взаємодії полягає у зворотному впливі предмета чи явища на інший предмет або явище, а всі інші філософські категорії (причина, дія, необхідність, суперечність тощо) є конкретними видами взаємозв'язку². Якщо вести мову про адміністрування взаємодії суб'єктів військового управління, то основною визначальною особливістю адміністрування є те, що цей процес здійснюється в межах військового управління як особливого різновиду державного управління.

Зазначимо, що особливістю адміністрування взаємодії суб'єктів військового управління є позаплановість і врахування оперативно-тактичної необхідності, яка формується на конкретний момент часу. Саме тому вичерпної кількості форм взаємодії суб'єктів військового управління на нормативному рівні в системі національного законодавства України не передбачено. Крім цього, адміністративна взаємодія реалізується на основі застосування суб'єктами військового управління статусних повноважень, які передбачені в актах, що визначають роль конкретного суб'єкта управління у загальнодержавній системі забезпечення обороноздатності. За таких умов, як зазначає В.С. Чорний, відкривається можливість об'єднати в єдине ціле розрізнені військові та воєнізовані формування держави на підставі наявності у них на легальних засадах зброї та засадах домінування функціональних і субординаційних³.

Враховуючи положення чинних нормативних актів, пропонуємо виокремити найбільш оптимальні форми адміністрування взаємодії суб'єктів військового управління. Зокрема:

- адміністрування міжвідомчої координації суб'єктів військового управління, які відповідальні за виконання завдань забезпечення національної безпеки і оборони;
- забезпечення проведення спеціальних заходів за участю особового складу Збройних Сил України, інших утворених відповідно до законів України військових формувань та правоохоронних органів з використанням озброєння і військової техніки з метою запобігання і недопущення виникнення загроз національній безпеці та обороноздатності, а також ліквідації їх негативних наслідків;
- адміністрування управління розвідувальною діяльністю;
- утворення постійних і тимчасових міжвідомчих органів військового управління;
- організація і проведення моніторингу функціонування органів забезпечення національної безпеки і обороноздатності;
- сприяння у налагодженні ефективного режиму співпраці з міжнародними урядовими і неурядовими організаціями, державами, які є партнерами у вирішенні регіональних і субрегіональних безпекових загроз,

військово-політичними блоками, міжнародними антикорупційними організаціями. Розкриємо сутність зазначених форм.

Адміністрування міжвідомчої координації суб'єктів військового управління, які відповідальні за виконання завдань забезпечення національної безпеки і оборони спрямоване на створення первинних умов для забезпечення злагодженості складових елементів сектору безпеки і оборони. Функціонально призначення адміністрування міжвідомчої координації полягає у конкретизації та визначенні постійної або тимчасової спеціалізації органів і підрозділів сектору безпеки і оборони, межі відповідальності посадових осіб, порядку застосування результатів їх діяльності іншими суб'єктами державного управління і народного господарства.

Координація функціонування відомств і органів, які відповідно до законодавства виконують завдання щодо забезпечення національної безпеки і обороноздатності України, є безперервною складною багатоплановою діяльністю, що має на меті забезпечення узгодженості дій складових сектору безпеки і оборони, збереження, підтримки і удосконалення форм і методів роботи їх підрозділів з метою усунення потенційних або явних загроз і національній безпеці, і обороноздатності потенціалу. Відповідно, головне функціональне призначення координації – привносити злагодженість у функціонування системи через узгодження та впорядкування дій її елементів⁴. Адміністрування міжвідомчої координації включає в себе забезпечення умов для спільного планування діяльності, створення організаційно-правових основ для розподілу функцій між органами і підрозділами сектору безпеки і оборони, створення умов для оперативного керівництва (зادля оперативного прийняття рішення, видання актів військового управління, ведення обліку, контролю і аналізу).

На відомчому рівні суб'єктом координації традиційно є орган управління або посадова особа, яка очолює орган управління (Міністерство оборони або Генеральний штаб Збройних Сил України). Так чи інакше, але вичерпного переліку суб'єктів здійснення координації діяльності органів забезпечення національної безпеки і обороноздатності законом не передбачено. Виходячи з цього, виокремимо три моделі координації діяльності органів забезпечення національної безпеки і обороноздатності: **сумісно-індивідуальна діяльність** (коли суб'єкти військового управління здійснюють свою роботу самостійно і незалежно один від одного. Для прикладу – діяльність Державної прикордонної служби і функціонування Генерального штабу Збройних Сил України), **сумісно-взаємодіюча діяльність** (коли завдання по забезпеченню національної безпеки і обороноздатності виконується послідовно кожним органом у відповідності до спеціалізації під єдиним визначеним керівництвом. Для прикладу – з 2014 р. по 2018 р. координація по проведенню антитерористичної операції в окремих районах Донецької і Луганської областей здійснювалася СБУ аж до зміни організаційно-правової форми проведення антитерористичної операції на Операцію об'єднаних сил під координаційним керівництвом Об'єднаного оперативного штабу Збройних Сил України), **сумісно-послідовна діяльність** (коли спеціальні завдання виконується безпосередньо підрозділами і силами одного відомства відповідно до субординації. Для прикладу – застосування різновидів військ Збройних Сил для захисту сухопутного, повітряного і морського кордону від ворожого втручання). Практична реалізація трьох зазначених форм координації дає змогу системі суб'єктів військового управління діяти як цілісний узгоджений механізм⁵.

Наступною формою адміністрування взаємодії суб'єктів військового управління є **проведення спеціальних заходів за участю особового складу Збройних Сил України, інших утворених відповідно до законів України військових формувань та правоохоронних органів з використанням озброєння і військової техніки з метою запобігання і недопущення виникнення загроз національній безпеці та обороноздатності, а також ліквідації їх негативних наслідків**. Як правило, такі заходи проводяться в неординарних умовах як реакція на безпосередню загрозу територіальній цілісності України, державному суверенітету, правопорядку і громадській безпеці, терористичній загрозі тощо. З організаційної точки зору це заходи, спрямовані на забезпечення правового режиму воєнного і надзвичайного стану, військові інформаційно-психологічні операції, операції зі збройного захисту життя громадян та об'єктів державної власності за межами України, протидія незаконному обігу зброї та наркотиків, організація та підтримання дій руху опору, ліквідація терористичних угруповань, забезпечення безпеки морського судноплавства України та ін.⁶ Їх проведення у багатьох випадках може відбуватися у місцях компактного проживання цивільного населення, і завжди існує ризик порушення прав цивільних осіб або завдання їм шкоди. Задля уникнення цього органи сектору безпеки і оборони у взаємодії з цивільними органами державної влади та місцевого самоврядування зобов'язані вживати адміністративно-розпорядчих заходів, спрямованих на мінімізацію ризиків завдання шкоди цивільному населенню, а у разі завдання такої шкоди – компенсацію нанесених збитків.

Адміністрування **управління розвідувальною діяльністю** як форма взаємодії складових сектору безпеки і оборони України являє собою діяльність Президента України як Верховного Головнокомандувача, Начальника Генерального штабу Збройних Сил України, голови Служби безпеки України та інших вищих посадових осіб відомств, які входять до складу сектора безпеки і оборони і які визначають пріоритетні завдання здійснення розвідки. Метою адміністрування розвідувальної діяльності є формування узгоджених розвідувальних оцінок потенційних загроз національній безпеці України Генеральним штабом Збройних Сил України, Служби безпеки України, Міністерством внутрішніх справ, Службою зовнішньої розвідки та інших органів, налагодження інформаційно-кібернетичної комунікації між ними, спільна оцінка ризиків і загроз відповідно до Закону України «Про розвідувальні органи України» від 22 березня 2001 р. № 2331-III загальне адміністративне керівництво та координацію діяльності розвідувальними органами здійснює Президент України, який визначає першочергові цілі і пріоритети розвідувальної діяльності⁷. Також у межах адміністрування розвіду-

вальної діяльності держава сприяє налагодженню взаємодії розвідувальних органів з іншими державними і правоохоронними органами, підприємствами, установами, організаціями, міжнародними партнерами.

Утворення постійних і тимчасових міжвідомчих органів військового управління є важливою формою державного адміністрування взаємодії суб'єктів військового управління. Сутність такого адміністрування полягає у виробленні адміністративно-правових засад і визначенні фінансування та забезпечення функціонування постійних або тимчасових міжвідомчих органів військового управління. Такими органами є Об'єднаний оперативний штаб ЗС України, антитерористичний центр СБУ, міжвідомчі комісії, міжвідомчі робочі групи, міжвідомчі наради керівників сектору безпеки та оборони та інші форми організації. Спектр завдань міжвідомчих органів військового управління є різним: від здійснення оперативного управління силами і засобами – до аналізу діяльності конкретного підрозділу.

Адміністрування організації і проведення моніторингу функціонування органів забезпечення національної безпеки і обороноздатності має важливе значення для підтримання високого рівня їх боєздатності, виявлення недоліків штатної організації, професійної підготовки персоналу, використання міжнародної технічної допомоги тощо. На сьогодні в усіх складових сектору безпеки і оборони України існує система відомчого контролю, визначено межі громадського моніторингу. Крім цього діє парламентський контроль і прокурорський нагляд. Проте зазначені форми моніторингу розраховані на аналіз поточної діяльності. Поряд із тим слід констатувати, що на сьогодні у державі не існує чіткого організаційно-правового механізму моніторингу самого процесу взаємодії суб'єктів військового управління у процесі реалізації спільних заходів із забезпечення національної безпеки і підтримання обороноздатності. Розробка на законодавчому рівні організаційно-правових основ моніторингу процесу і стану взаємодії суб'єктів військового управління буде сприяти створенню безпечного середовища у державі, вироблення оптимальних процедур підтримання законності та порядку у військовому управлінні.

Важливою формою державного адміністрування взаємодії суб'єктів військового управління у напрямі забезпечення національної безпеки і обороноздатності є сприяння у **налагодженні ефективного режиму співпраці з міжнародними урядовими і неурядовими організаціями, державами, які є партнерами у вирішенні регіональних і субрегіональних безпекових загроз, військово-політичними блоками, міжнародними антикорупційними організаціями**. Слід зазначити, що за роки державної незалежності Україна зробила значний крок у напрямі створення і розвитку міжнародних зв'язків, які у підсумку дали змогу здобути не лише політичну підтримку нашій державі, а й залучати іноземну допомогу для ефективного вирішення завдань державного управління. Очевидним є те, що органи військового управління брали участь у міжнародних заходах вже після того, як відповідну роботу на зовнішньополітичному рівні провело Міністерство закордонних справ і відповідні експерти.

Так, на рівні співпраці з Організацією Об'єднаних Націй українська сторона визначила пріоритетом адміністрування міжнародного співробітництва з підтримання міжнародного миру та безпеки залучення персоналу національних компетентних органів до організації міжнародних військових заходів, спрямованих на забезпечення міжнародного правопорядку та регіональної безпеки у світі. Починаючи з липня 1992 р. Україна виступає активним контрибутором військових підрозділів та персоналу до операцій ООН з підтримання миру⁸. Значна кількість спеціалістів військовослужбовців ЗС України, МВС, СБУ, розвідувальних органів набули безцінного досвіду протидії незаконним збройним формуванням, охорони державного кордону, знешкодження терористичних організацій та вирішення інших питань, які становили основу підтримання національної безпеки і обороноздатності інших держав. У період з 1992 р. в міжнародних операціях з підтримання миру і безпеки взяло участь більше аніж 44 000 українських військовослужбовців ЗС України, які несли службу в різних регіонах планети⁹. Важливе значення надається співпраці з ООН в галузі роззброєння, а також виробленні військово-контрольних заходів, спрямованих на зміцнення міжнародних інструментів і режимів у сфері контролю над озброєннями, нерозповсюдження зброї масового знищення, дотриманні санкційних режимів Ради Безпеки ООН.

Враховуючи нагальну необхідність розробки світовою спільнотою ефективних заходів боротьби з тероризмом, спеціалісти сектору безпеки і оборони є носіями важливих навичок протидії глобальній антитерористичній коаліції, яка докладає максимум зусиль для спільної боротьби з міжнародними терористичними організаціями у рамках ООН. Окрім зазначеного, суб'єкти військового управління, які формують державну політику у сфері національної безпеки і оборони (Президент України, Верховна Рада України), докладають дипломатичні зусилля задля розвитку співпраці органів сектору безпеки і оборони з Управлінням ООН з наркотиків і злочинності, участі в антикорупційних заходах ООН (у 2012 р. Україна пройшла через перший цикл механізму огляду виконання Конвенції ООН проти корупції, результати якого були офіційно оприлюднені у 2013 р.). На рівні Ради Європи Україна бере участь у Групі держав проти корупції («GRECO»).

Представники сектору безпеки і оборони України вже понад двадцять років ведуть активну співпрацю з ЄС у питаннях військової безпеки і правопорядку. Після 2014 р. співпраця з ЄС особливо активізувалася, що мало наслідком підписання Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом (далі – ЄС), Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами з іншої, яку було укладено і ратифіковано 2014 року¹⁰. Документ визначив нову філософію співпраці України і ЄС у напрямі забезпечення національної безпеки і обороноздатності.

Значної уваги Україна завжди приділяла налагодженню співробітництва з державами-партнерами і військово-політичним блоком НАТО. Так, на глобальному рівні Україна тривалий час працює над поглибленням

стратегічного партнерства з державами, які є світовими військово-політичними лідерами (США, КНР, ФРН, Франція та ін.). Українські військові спеціалісти традиційно беруть участь у роботі глобальних форматів – міжнародних організацій, насамперед ООН, «Великої двадцятки», «Великої сімки», інших об'єднань, які обговорюють питання зміцнення миру, стабільності, ліквідації військових загроз у світі, справедливому врегулюванню конфліктів на основі норм міжнародного права.

Враховуючи викладене вище, є підстави зробити **висновок** про те, що в Україні на сьогодні накопичено цінний досвід адміністрування взаємодії суб'єктів військового управління. В умовах загострення військово-політичної ситуації у східноєвропейському регіоні важливим завданням для України є апробація новітніх форм адміністрування співпраці силових відомств задля мінімізації впливу потенційних загроз стану національної безпеки і обороноздатності держави. Відповідно, перспективним напрямом наукової розвідки є вироблення пропозиції щодо організаційно-правового забезпечення взаємодії складових сектору безпеки і оборони.

¹ Тищенко М.М., Богуцький В.В., Григоренко Є.І. Військова адміністрація : навч. посіб. ; за заг. ред. М.М. Тищенка. 2-ге вид., переробл. та доповн. Харків : Право, 2014. С. 69.

² Філософський енциклопедичний словник / за ред. В.І. Шинкарук. Київ : Абрис, 2002. С. 70. 992 с.

³ Чорний В.С. Філософсько-правові засади визначення військової організації України. *Юридична наука*. 2012. № 1. С. 176.

⁴ Сфіменко Д.К. Поняття та ознаки координації правоохоронної діяльності. *Наше право*. 2013. № 10. С. 126. С. 125–130.

⁵ Поляков С.Ю., Куртов А.І., Полікашин В.С. Основи військового управління : навч. посіб.: за заг. ред. С.Ю. Полякова. Харків : НУ ЮАУ, 2014. С. 17.

⁶ Сили спеціальних операцій Збройних Сил України. Офіційний веб-сайт Міністерства оборони України. URL: <http://sof.mil.gov.ua> (дата звернення: 17.01.2019).

⁷ Про розвідувальні органи України: Закон України від 22.03.2001 р. № 2331-III. *Відомості Верховної Ради України*. 2001. № 19. Ст. 94.

⁸ Участь України у міжнародних організаціях. Офіційний веб-сайт Міністерства закордонних справ України. URL: <https://mfa.gov.ua/ua/about-ukraine/international-organizations> (дата звернення: 16.01.2019).

⁹ Участь ЗС України у міжнародних операціях з підтримання миру і безпеки. Офіційний веб-сайт Міністерства оборони України. URL: <http://www.mil.gov.ua/diyalnist/mirotvorchist/> (дата звернення: 16.01.2019).

¹⁰ Про ратифікацію Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони: Закон України від 16.09.2014 р. № 1678-VII. *Відомості Верховної Ради України*. 2014. № 40. Ст. 2021.

Резюме

Мельник С.М. Форми адміністрування взаємодії суб'єктів військового управління України.

У статті розкривається зміст і наводяться особливості основних форм адміністрування взаємодії суб'єктів військового управління України. Зокрема аналізується сутність таких форм адміністрування, як міжвідомча координація суб'єктів військового управління, які відповідальні за виконання завдань забезпечення національної безпеки і оборони, забезпечення проведення спеціальних заходів за участю особового складу Збройних Сил України, інших військових формувань задля запобігання і недопущення виникнення загроз національній безпеці та обороноздатності, адміністрування управління розвідувальною діяльністю, утворення постійних і тимчасових міжвідомчих органів військового управління, проведення моніторингу якості функціонування органів забезпечення національної безпеки і обороноздатності, сприяння у налагодженні ефективного режиму співпраці з міжнародними урядовими і неурядовими організаціями, державами, які є партнерами України у вирішенні регіональних і субрегіональних безпекових загроз.

Ключові слова: Україна, державний суверенітет, військове управління, суб'єкти військового управління, національна безпека, обороноздатність, правопорядок, розвідувальна діяльність.

Резюме

Мельник С.Н. Формы администрирования взаимодействия субъектов военного управления Украины.

В статье раскрывается содержание и освещаются особенности основных форм административного взаимодействия субъектов военного управления Украины. В частности, анализируется сущность таких форм администрирования, как межведомственная координация субъектов военного управления в процессе выполнения заданий по обеспечению национальной безопасности и обороны, обеспечение проведения специальных мероприятий с участием личного состава Вооруженных Сил Украины, иных военных формирований для предотвращения и недопущения возникновения угроз национальной безопасности и обороноспособности, администрирование управления разведывательной деятельностью, создание постоянных и временных межведомственных органов военного управления, проведения мониторинга качества функционирования органов обеспечения национальной безопасности и обороноспособности, содействие в налаживании эффективного режима сотрудничества с международными правительственными и неправительственными организациями, которые являются партнерами Украины в решении региональных и субрегиональных угроз безопасности.

Ключевые слова: Украина, государственный суверенитет, военное управление, субъекты военного управления, национальная безопасность, обороноспособность, правопорядок, разведывательная деятельность.

Summary

Melnik S. Forms of administration of interaction of subjects of military control of Ukraine.

The article reveals the content and highlights the features of the main forms of administrative interaction of the subjects of the military control of Ukraine. In particular, the essence of such forms of administration is analyzed as interdepartmental coordination of

subjects of military administration in the process of accomplishing tasks for ensuring national security and defense, ensuring the holding of special events with the participation of the personnel of the Armed Forces of Ukraine and other military formations to prevent and prevent threats to national security and defense, administration of intelligence management, the creation of permanent and temporary intelligence agencies of military control, monitoring the quality of the functioning of national security and defense, ensuring assistance in establishing an effective regime of cooperation with international governmental and non-governmental organizations that are partners of Ukraine in addressing regional and sub-regional security threats.

Key words: Ukraine, state sovereignty, military control, military command and control entities, national security, defense capability, law enforcement, intelligence activities.

УДК 336.221.2

М.О. НІКІФОРОВА

Марія Олександрівна Нікіфорова, аспірант Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ПІДСТАВИ ТА УМОВИ ЗАСТОСУВАННЯ ПРИНЦИПУ ПРІОРИТЕТНОСТІ ЗАСТОСУВАННЯ ПОДАТКОВОГО ЗАКОНОДАВСТВА

Аналіз норм Податкового кодексу України (далі – ПК України)¹, які стосуються принципу пріоритетності (ст. ст. 3 та 5 Кодексу), дає змогу встановити, що підставою застосування вказаного принципу є конкуренція норм: податкового законодавства України в цілому і норм міжнародного права; податкового законодавства України і норм інших галузей законодавства; власне ПК України та інших нормативно-правових актів, які входять в податкове законодавство України; та навіть норм всередині ПК України. Тобто, вказаний принцип ми застосовуємо тоді, коли маємо суперечності у використанні певних понять, термінів, правил та положень. Відповідно, у таких випадках застосовують положення ПК України, що прямо передбачено ст. 5 Кодексу. При цьому на практиці трапляється багато непорозумінь з приводу того, яку саме норму ПК України слід застосувати.

Разом із тим у правозастосовних органів часто виникають питання, пов'язані із визначенням підстав, а, головне, умов, при яких вказаний принцип застосовується. Адже принцип пріоритетності застосування ПК України до певної міри конфліктує з такими загальноприйнятими принципами правозастосування, як пріоритет спеціальної норми права перед загальною, пріоритет норми, прийнятої в часі пізніше тощо.

У зв'язку з цим **метою** статті є визначення підстав застосування принципу пріоритетності застосування податкового законодавства, аналіз умов, за яких цей принцип реалізується на основі вивчення вітчизняного податкового законодавства, доктринальних напрацювань та конкретних проблемних правових ситуацій.

Слід зазначити, що наразі ця проблема не вивчена у працях вчених, однак окремі її аспекти досліджувались такими авторами, як Є.О. Алісов, Л.К. Воронова, Е.С. Дмитренко, Н.П. Кучерявенко, Т.О. Проценко, В.Ф. Роль та інші. Здебільшого у працях вказаних авторів вивчались загальні питання застосування норм ПК України. Однак спеціальних досліджень вказаної проблематики досі немає. Водночас на практиці, при прийнятті рішень судовими та контролюючими органами під час перевірок, виникає низка проблем із тлумаченням та застосуванням вказаного принципу.

Таким чином, не вдаючись в загальнотеоретичні аспекти сутності принципу пріоритетності, розглянемо питання підстав та умов його застосування.

Питання підстав застосування норми права в теорії права загалом не викликає заперечень. До підстав застосування прийнято відносити такі ситуації, коли: 1) існують обставини, за яких певні правовідносини повинні пройти контроль з боку правоохоронних та/або контролюючих органів, які приймають щодо них свої рішення; 2) існують обставини, коли виникає спір про суб'єктивні права і обов'язки, і певні сторони не можуть дійти узгодженого рішення; 3) коли належним чином не виконуються права і обов'язки учасниками відповідних правовідносин; 4) коли потрібно офіційно встановити наявність чи відсутність конкретних фактів і визнати їх юридично значимими; 5) необхідно у випадку правопорушення встановити його склад, вину особи і встановити міру юридичної відповідальності та/або обрати і застосувати інші заходи примусу; 6) коли передбачені нормою суб'єктивні права і обов'язки за своїм характером такі, що не можуть виникати у конкретних суб'єктів і з їх односторонніх заяв, правочинів або договорів, а вимагають відповідного індивідуального акта державних (комунальних) органів чи інших юридичних осіб.

Слід зазначити, що реалізація принципу пріоритетності застосування податкового законодавства може мати місце у зв'язку з будь-якою із названих підстав. Адже необхідність застосування норми, якою встановлено вказаний принцип (ст. 5 ПК України) виникає як в умовах наявності спору між органами державної фіскальної служби та платниками податків, так і в процесі здійснення перевірок контролюючими органами, нарахування податків та інших загальнообов'язкових платежів, віднесення суб'єктів господарювання до

платників податків чи, навпаки, визнання їх такими, на яких не поширюються відповідні обов'язки щодо сплати податків.

Наприклад, на сьогодні дискусійним є питання орендної плати. Договір оренди землі може укладатись строком до 50 років, у тому числі й щодо земель державної та комунальної власності, і поширеними є випадки укладання договорів оренди на строк 15, 20, 25 років і більше. Багато з таких договорів були укладені у 90-х роках, ще до прийняття ПК України, і у багатьох випадках сторонами були встановлені надзвичайно низькі розміри орендної плати. Зрозуміло, що громада або держава втрачають кошти. Враховуючи довготривалість оренди, такий стан речей є неприйнятним.

Із прийняттям ПК України були встановлені мінімальні граничні розміри плати за землекористування для різних категорій земельних ділянок, менше яких сплачувати орендар чи фактичний землекористувач не мають права. У випадку, якщо договором оренди землі був встановлений розмір орендної плати нижчий, ніж передбачений пп. 288.5.1, п. 288.5, ст. 288 ПК України, сторони були зобов'язані внести зміни у такий договір і привести його у відповідність із діючим податковим законодавством. На практиці це робили далеко не всі: адже, з одного боку, ніхто не хоче сплачувати більше, а з іншого – укладання додаткової угоди до договору оренди з органом місцевого самоврядування – це завжди довгий та затратний процес.

Були і залишаються такі орендарі, які наполягають на виконанні положень договорів оренди землі і намагаються у судах довести, що незважаючи на встановлені ПК України граничні мінімальні розміри орендної плати в орендаря є право сплачувати орендну плату всупереч ПК України, відповідно до положень договору оренди землі. На прикладі цієї справи Верховний Суд України спростовує таку позицію.

Відповідно до ст. 5 ПК України Верховний Суд України посилається на *принцип пріоритетності* норм цього Кодексу у питаннях оподаткування над іншими законами, тому фіскальні органи мають право перевіряти договори оренди землі державної або комунальної власності на предмет відповідності розмірів орендної плати вимогам ПК України. У випадку встановлення під час перевірки порушення норм Кодексу, зокрема не приведення раніше укладених договорів до вимог чинного податкового законодавства, фіскальні органи правомірно донараховують орендарям зобов'язання із сплати орендної плати та штрафні санкції.

Тобто, з одного боку, існує договір як цивільно-правовий акт, в якому сторони закріпили розмір орендної плати за землею до моменту вступу в силу ПК України; з іншого боку, існує ПК України, який встановив більший розмір орендної плати, ніж це передбачено договорами оренди, які були здійснені до набрання чинності останнього.

Відразу потрібно зазначити, що в подальшому буде йтися виключно про земельні ділянки державної і комунальної власності, наданих в оренду (користування) на підставі відповідного договору оренди, які були здійснені до набрання чинності ПК України.

Однією з істотних (тобто обов'язкових) умов договору оренди землі є розмір орендної плати за землею. Відповідно до ст. 21 Закону України «Про оренду землі» (далі – Закон про оренду землі), орендна плата за землею – це платіж, який орендар вносить орендодавцеві за користування земельною ділянкою за договором оренди землі. Розмір, умови і строки внесення орендної плати за землею встановлюються за згодою сторін у договорі оренди².

Таким чином, здавалося б, що все просто: розмір орендної плати встановлюються виключно договором за взаємною згодою сторін, так само як і відбувається зміна умов договору, зокрема щодо розміру орендної плати. Однак якщо йдеться про наповнення державного бюджету, то представники держави в особі податкових органів і судів мають іншу думку.

Для прикладу візьмемо практичну ситуацію. Договором встановлено: «Річна орендна плата за земельну ділянку встановлюється в розмірі 1,5 (одна ціла п'ять десятих) відсотка від її нормативної грошової оцінки. Розмір орендної плати може змінюватися за згодою сторін (шляхом внесення змін до цього договору). Пропозиції про перегляд розміру орендної плати спрямовуються не частіше, ніж один раз в квартал і розглядаються відповідно до законодавства. Відсутність відповіді на таку пропозицію не означає погодження такої пропозиції. Зміна нормативної грошової оцінки земельної ділянки та його індексація проводиться без внесення змін та доповнень до цього договору в порядку і у випадках, передбачених законодавством України».

Таким чином, договором між сторонами зафіксовано, що розмір орендної плати змінюється тільки в двох випадках: за угодою сторін (шляхом направлення іншій стороні відповідної пропозиції про зміну орендної плати); та в разі зміни нормативно-грошової оцінки.

Отже, орендар справно і вчасно платить орендну плату в розмірі 1,5 % від вартості нормативно-грошової оцінки земельної ділянки, яка може щорічно змінюватися. Під час проведення камеральної зустрічної податкової перевірки складається акт про результати перевірки, в якому відзначається порушення податкових зобов'язань з боку орендаря, а саме п. 288.5.1 ст. 288 ПК України, згідно з яким розмір орендної плати встановлюється у договорі оренди, але річна сума платежу не може бути менше 3 % нормативної грошової оцінки (замість 1,5 % встановлених в договорі оренди). У результаті орендарю донараховано податкових зобов'язань на різницю в 1,5 % нормативної грошової оцінки за попередні роки, а також застосовані штрафні санкції відповідно до положень ПК України.

За останні роки це масове явище: податкові органи донараховують податкові зобов'язання платників податків у правовідносинах, що виникли до набрання чинності ПК України в 2010 році. Відповідно до пп. 14.1.136 п. 14.1 ст. 14 ПК України, орендна плата за земельні ділянки державної і комунальної власності – це обов'язковий платіж, який орендар вносить орендодавцеві за користування земельною ділянкою.

Пунктом 288.4 ст. 288 ПК України встановлено, що розмір та умови внесення орендної плати визначаються в договорі оренди між орендодавцем (власником) і орендарем.

Такі ж положення містяться в ст. 21 Закону України «Про оренду землі»: розмір, умови і строки внесення орендної плати за землю встановлюються за згодою сторін у договорі оренди (крім строків внесення орендної плати за земельні ділянки державної і комунальної власності, які встановлюються відповідно до ПК України). Тобто, у цьому випадку Кодексом можуть встановлюватися лише строки внесення орендної плати.

Таким чином, як передбачено положеннями ПК України, питання про встановлення розміру орендної плати за земельні ділянки державної і комунальної власності вирішується за згодою сторін договору оренди земельної ділянки із закріпленням розміру орендної плати в такому договорі оренди, тому саме умови договору (включаючи умову про розмір орендної плати) є обов'язковими для виконання сторонами. Орендодавець (відповідна рада) має право вимагати сплати, а орендар зобов'язаний сплачувати орендну плату за користування земельною ділянкою, яка є предметом договору, у визначеному договором розмірі.

Згідно з п. 288.1 ст. 288 ПК України підставою для нарахування орендної плати за земельну ділянку є договір оренди такої земельної ділянки. Вимоги пп. 288.5.1 п. 288.5 ст. 288 ПК України щодо мінімального розміру орендної плати стосуються узгодження розміру орендної плати при укладанні договору або при внесенні змін до нього, але ніяк не можуть вважатися зобов'язанням орендаря, встановленим ПК України, оскільки в Кодексі зазначено, що підставою для нарахування орендної плати є договір.

При цьому зміна договору, згідно зі ст. 654 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України), здійснюється в тій же формі, що й договір, який змінюється, якщо інше не встановлено договором або законом чи не впливає із звичаїв ділового обороту³. Відповідно до ч. 2 ст. 632 ЦК України зміна ціни після укладення договору допускається лише у випадках і на умовах, встановлених договором або законом.

Також варто взяти до уваги ще одну правову позицію. Якщо норма ПК України або іншого нормативно-правового акта, виданого на підставі цього Кодексу, або норми різних законів чи різних нормативно-правових актів, або норми одного і того ж нормативно-правового акта суперечать між собою та припускають неоднозначне (множинне) трактування прав і обов'язків платників податків або контролюючих органів, внаслідок чого є можливість прийняти рішення на користь як платника податків, так і контролюючого органу, рішення приймається на користь платника податків (п. 56.21 ст. 56 ПК України)⁴.

Таким чином, ПК України не може встановлювати інші ставки орендної плати за землю в договорах оренди землі, що виникли до набрання чинності ПК України. До того ж законом прямо встановлено, що умови договору можуть бути змінені тільки за взаємною згодою сторін.

Судова практика з розгляду справ про оскарження податкового повідомлення-рішення за зобов'язаннями юридичних осіб орендарів здійснити перерахунок орендної плати за попередні роки і здійснити донарахування орендної плати до державного бюджету свідчить про певну правову позицію судів у подібних справах.

Вищий господарський суд України в своїй постанові «Про деякі питання практики розгляду справ у спорах, що виникають із земельних відносин» від 17 травня 2011 р. № 6 зазначив, що системний аналіз норм законодавства України дає підстави для висновку про те, що орендна плата за земельну ділянку, яка перебуває в державній або в комунальній власності, має подвійну правову природу, оскільки, з одного боку, є передбаченим договором оренди землі платежем, який орендар вносить орендодавцеві за користування земельною ділянкою (ч. 1 ст. 21 Закону України «Про оренду землі», пп. 14.1.136 п. 14.1 ст. 14 ПК України, з іншого – є однією з форм плати за землю як загальнодержавного податку нарівні з земельним податком (пп. 14.1.147 п. 14.1 ст. 14 ПК України) (п. 1.3 зазначеної Постанови)⁵.

Таким чином, Вищий господарський суд ще в 2011 р. встановив правову сутність орендної плати за землю: це не тільки платіж згідно з цивільно-правовим договором, а й загальнодержавний податок, а відповідно, має пріоритет у застосуванні саме відповідно до норм ПК України.

Отже, судова практика в зазначених категоріях справ повністю схиляється до оцінки форми плати за землю саме як до загальнодержавного податку і до пріоритетності норм ПК України щодо раніше укладених договорів оренди та актів законодавства. Так, бачимо, що принцип пріоритетності – не теоретична засада, відірвана від реалій, а цілком практична норма, яка широко застосовується у врегулюванні відносин оподаткування.

Зважаючи на вказане вище, підставами застосування принципу пріоритетності норм податкового законодавства є конкретні життєві обставини, коли виникає потреба внести правову визначеність, щодо наявності або відсутності визначених законом прав, обов'язків або законних інтересів учасників податкових відносин, або встановлення і застосування заходів відповідальності та/або інших примусових заходів (покладення обов'язку надання документів або звітності, встановлення строків погашення податкових зобов'язань тощо).

Щодо умов застосування принципу пріоритетності застосування податкового законодавства зазначимо таке. У теорії права умовою називають явище, яке формує причину або створює можливість її дії. У контексті нашого питання умовою застосування принципу пріоритетності є відносини оподаткування. Тобто, ми застосовуємо принцип пріоритетності у випадку конкуренції норм, але для регулювання саме відносин оподаткування. У зв'язку з цим необхідно розкрити поняття оподаткування.

Проблема полягає в тому, що на законодавчому рівні відсутнє визначення поняття «оподаткування». У ПК України лише зустрічається визначення оподаткування для цілей конкретного розділу. Наприклад, «оподаткування для цілей Розділу IX цього Кодексу – оподаткування рентною платою за користування надрами для видобування корисних копалин, оподаткування рентною платою за користування надрами в

цілях, не пов'язаних з видобуванням корисних копалин, оподаткування рентною платою за користування радіочастотним ресурсом України, оподаткування рентною платою за спеціальне використання води, оподаткування рентною платою за спеціальне використання лісових ресурсів, оподаткування рентною платою за транспортування нафти і нафтопродуктів магістральними нафтопроводами та нафтопродуктопроводами, транзитне транспортування трубопроводами аміаку територією України».

Оподаткування – давнє явище. Воно існувало вже в біблійні часи і було добре організоване. Одним з найвідоміших податків була «десятина», десяту частину врожаю в якості податку селянин віддавав за користування землею. Цей податок проіснував майже до кінця XIX століття.

У державах класичного стародавнього світу (Рим, Афіни, Спарта) податки, як правило, не стягувалися, тому що не було постійних відомств. Надаючи державі послуги, громадяни витрачали власні кошти. Однак збори і мита з торговців у портах, на ринках, біля міських воріт існували й тоді.

Безпосередні податківці не користувалися популярністю в народі, хоча вони лише виконували волю уряду. Оскільки збір податків – справа клопітка, вимагає утримання спеціального апарата, в деяких країнах, щоб заощадити державні кошти, право стягувати податки виставлялося на торгах. Право стягувати податки отримував той, хто давав найвищу ціну. Він ставав «відкупником». Природно, що такий збирач податків, щоб покрити витрати і отримати прибуток, відповідально ставився до виконання своїх обов'язків.

Проблеми оподаткування постійно займали розум економістів, філософів, державних діячів різних епох. Фома Аквінський визначив податки, як дозволену форму грабежу. Ш. Монтеск'є вважав, що ніщо не вимагає стільки мудрості й розуму, як визначення тієї частини, яку у підданих забирають, і тієї, яку залишають їм. А один із основоположників теорії оподаткування Адам Сміт говорив про те, що податки для тих, хто їх виплачує – ознака не рабства, а свободи. Як бачимо, оподаткування має стійку історичну традицію і пройшло тривалу еволюцію.

А. Сміт виділив чотири принципи оподаткування, які пізніше були названі «Декларацією прав платника». Суть цих принципів зводиться до наступного:

1. Всі громадяни повинні платити податки відповідно до своїх можливостей і доходів (обов'язковість, всеосяжний характер, платоспроможність платників, справедливість).
2. Кожен податок має бути чітко визначений і відомий всім (чіткість і прозорість).
3. Податок повинен сплачуватися в зручний час і спосіб (зручність для платника).
4. Система мобілізації податку повинна будуватися таким чином, щоб мінімізувати витрати держави (зниження фіскальної ефективності для держави)⁶.

З розвитком суспільства відбувається постійне вдосконалення системи оподаткування, тобто йде процес постійної зміни структури податків, зростання їх ролі в доходах держави. Однак є певні положення, які визначають підхід держави до цієї сфери діяльності. Для того, щоб ця діяльність давала позитивні результати, необхідне наукове обґрунтування основ податкової системи.

Податок має правову, економічну і суспільну характеристики. Правовий зміст податків проявляється через систему правових норм. Податки встановлюються виключно державою на підставі закону за юридично закріпленими правилами. При реалізації сутності податку як правової категорії основою є зміна форми власності, тобто перехід власності до держави і використання її для задоволення суспільних потреб⁷.

У даний час податки і система оподаткування – це не тільки джерела бюджетних надходжень, а й найважливіші структурні елементи економіки ринкового типу. Очевидно, що без формування раціональної податкової системи, яка не пригнічує підприємницьку діяльність і дає змогу проводити ефективну бюджетну політику, неможливі повноцінні перетворення економіки України.

Оподаткування є невід'ємною економічною функцією будь-якої держави. **Податки** – це обов'язкові платежі державі юридичними та фізичними особами, головна форма державних доходів. Податкові відносини уособлюють певну частину фінансових відносин, що пов'язана з формуванням грошових доходів держави. Тому податок як економічна категорія втілює насамперед у собі систему економічних відносин з приводу розподілу частини власності (доходу) між державою та іншими господарюючими суб'єктами⁸.

Сукупність загальнодержавних та місцевих податків і зборів, що стягуються в установленому ПК України порядку, становить податкову систему України.

Система оподаткування України дуже недосконала, що створює велику кількість труднощів і питань. Через суперечності податкового законодавства України навіть фахівці з великим досвідом і податкові консультанти не можуть відповісти на деякі питання оподаткування без детального вивчення законодавчої бази і численних роз'яснень окремих питань офіційними органами, практики податкового арбітражу. З прийняттям Податкового кодексу складності тільки збільшилися.

Відповідальність за правильність обчислення, своєчасність сплати податку та інших обов'язкових платежів і дотримання законодавства про оподаткування покладається на платників податків та інших платежів. У разі приховування (заниження) платниками суми податку або іншого обов'язкового платежу з них стягується сума донарахованого податку або інших обов'язкових платежів і штраф у двократному розмірі тієї ж суми, а в разі повторного порушення протягом року після встановленого порушення попередньою перевіркою – штраф у п'ятикратному розмірі.

За неподання або несвоєчасне подання декларації, розрахунків та інших документів податковим адміністраціям, а також неподання або несвоєчасне подання платіжних доручень на сплату податку установам банків – 10 % належних до сплати сум податків (платежів). Санкції застосовуються до платників податків,

які допустили помилки у своїх розрахунках або деклараціях, незалежно від того, зроблено це через незнання, халатність чи умисно.

Оподаткування – законодавчо врегульований процес встановлення та утримання податків у країні, визначення їхніх розмірів і ставок, відповідних об'єктів та кола юридичних і фізичних осіб, що підлягають оподаткуванню, а також порядок сплати податків.

Законодавство переважної більшості держав розрізняє такі основні форми (типи) оподаткування: прогресивне; опосередковане; пропорційне; пряме.

Прогресивне оподаткування – побудоване на принципі збільшення податкових ставок залежно від зростання доходу, що оподатковується. Опосередковане оподаткування – належить до найпоширенішої форми оподаткування у ряді країн (Велика Британія, США та ін.), за якою податок стягується у вигляді надбавок до цін на товари, роботи й послуги. Пропорційне оподаткування – нарахування і сплата податку з доходу здійснюється однаковими частинами, незалежно від розміру доходів платника. Пряме оподаткування – полягає в обчисленні та сплаті податків, що їх безпосередньо накладають на майно й доходи платників (юридичних і фізичних осіб), на відміну від оподаткування опосередкованого⁹.

Отже, за таких обставин принцип пріоритетності застосування податкового законодавства потребує відповідних умов, що мають безпосереднє нормативне вираження та підкріплюються судовою практикою.

Вбачається, що такими умовами є закріплені у нормі права умови, за яких принцип пріоритетності може бути реалізований правозастосовним органом. Аналіз норм права, які стосуються цього принципу, а саме ст. 3 та ст. 5 ПК України, свідчить, що до таких умов слід віднести:

– наявність суперечності (розбіжностей) у поняттях, термінах, правилах та положеннях ПК України і поняттях, термінах, правилах та положеннях інших актів (ч. 5.2 ст. 5 ПК України);

– поняття, терміни, правила та положення, щодо яких наявна суперечність, повинні перебувати в межах сфери правового регулювання, визначеної ст. 1 ПК України (ч. 5.1 ст. 5 ПК України) і стосуватись регулювання «відносин оподаткування» (ч. 5.2 ст. 5 ПК України);

– відсутність міжнародного договору, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України, яким би встановлювались інші правила, ніж ті, що передбачені цим Кодексом, стосовно значення понять, термінів, правил та положень (ч. 3.2 ст. 3 ПК України, ч. 5.3 ст. 5 ПК України).

Підсумовуючи, зазначимо, що наведені у статті підстави та умови реалізації принципу пріоритетності застосування податкового законодавства дають змогу внести правову визначеність та слугують своєрідним дороговказом правозастосовним органам. Адже за наявності відповідних підстав, які переважно зводяться до випадків, пов'язаних із необхідністю врегулювання відносин, визначення правового статусу або ж вирішення спору між учасниками податкових правовідносин з урахуванням умов застосування принципу пріоритетності, правозастосовні органи можуть здійснювати його застосування, впроваджуючи, тим самим, сталість правозастосовної практики та правову визначеність спірних правовідносин.

¹ Податковий кодекс України від 02.12.2010 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2011. № 13–14, 15–16, 17.

² Про оренду землі: Закон України від 06.10.1998 р. № 161-XIV. *Відомості Верховної Ради України*. 1998. № 46.

³ Цивільний кодекс України. *Офіційний вісник України*. 2003. № 11. Ст. 462.

⁴ Податковий кодекс України від 02.12.2010 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2011. № 13–14, 15–16, 17.

⁵ Про деякі питання практики розгляду справ у спорах, що виникають із земельних відносин: постанова Пленуму Вищого господарського суду України від 17.05.2011 р. № 6. *Вісник господарського судочинства*. 2011. № 3. С. 6.

⁶ *Лучковська С.І.* Фінансове право. Київ: КНТ, 2010. С. 125.

⁷ Податкова система – сьогодні і минуло / Г. Осадча, О. Погрібна. *Міжнародний научний журнал*. 2016. № 5. С. 63.

⁸ *Черник Д.Г., Шмелев Ю.Д.* Налоги и налогообложение. *Юрайт*. 2013. С. 13.

⁹ *Дадашев А.З., Базилевич О.И.* Налоги и налогообложение : Практикум. Москва: Вузовский учебник, 2008. 284 с.

Резюме

Нікіфорова М.О. Підстави та умови застосування принципу пріоритетності застосування податкового законодавства.

Стаття присвячена аналізу принципу пріоритетності застосування податкового законодавства з огляду на підстави та умови його реалізації на практиці. На основі вивчення норм чинного законодавства, правових позицій органів судової влади та поглядів науковців стосовно ключових понять, пов'язаних з темою дослідження, автор розглядає вказану проблематику на прикладі принципів та порядку встановлення податкових відрахувань за договорами оренди (користування) земельних ділянок державної і комунальної власності, укладених до набрання чинності ПК України. Вивчається і поняття оподаткування, що дає змогу окреслити сферу суспільних відносин, де застосовується принцип пріоритетності застосування податкового законодавства, відмежовуючи відносини, де діють норми цивільного та інших галузей законодавства.

Ключові слова: оподаткування, податкове законодавство, орендна плата, принцип пріоритетності, податкова система.

Резюме

Нікіфорова М.О. Основания и условия применения принципа приоритетности применения налогового законодательства.

Статья посвящена анализу принципа приоритетности применения налогового законодательства с учетом оснований и условий его реализации на практике. На основе изучения норм действующего законодательства, правовых позиций органов

судебной власти и взглядов ученых по ключевым понятиям, связанным с темой исследования, автор рассматривает указанную проблематику на примере принципов и порядка установления налоговых отчислений по договорам аренды (пользования) земельных участков государственной и коммунальной собственности, заключенных до вступления в силу НК Украины. Изучается и понятие налогообложения, что позволяет очертить сферу общественных отношений, где применяется принцип приоритетности применения налогового законодательства, отделяя отношения, где действуют нормы гражданского и других отраслей законодательства.

Ключевые слова: налогообложение, налоговое законодательство, арендная плата, принцип приоритетности, налоговая система.

Summary

Nikiforova M. Grounds and conditions for applying the principle of priority of the application of tax legislation.

The article is devoted to the analysis of the principle of the priority of application of tax legislation, taking into account the grounds and conditions for its implementation in practice. Based on the study of the norms of current legislation, legal positions of the judiciary and the views of scientists on key concepts related to the research topic, the author examines these problems by the example of the principles and procedures for establishing tax deductions under lease agreements for the use of state and communal land, concluded before the entry into force of the Tax Code of Ukraine. The concept of taxation is also being studied, which allows us to outline the sphere of social relations, where the principle of priority of the application of tax legislation is applied, separating relations, where the norms of civil and other branches of law are in force.

Key words: taxation, tax law, rent, priority principle, tax system.

УДК 341.942

Е.М. ГРАМАЦЬКИЙ

Ернест Мірчевич Грамацький, кандидат юридичних наук, доцент юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ORCID: 0000-0003-1260-2888

ПРИНЦИПИ МІЖНАРОДНОГО ПРИВАТНОГО ПРАВА: ЗАГАЛЬНІ ПОЛОЖЕННЯ

На сучасному етапі розвитку все більша увага серед представників доктрини та практики міжнародного приватного права приділяється дослідженню принципів міжнародного приватного права, їх місця у системі цієї галузі права та особливостей застосування. Безперечно, така увага до принципів як основоположних, визначальних засад міжнародного приватного права пов'язана з тим, що на сьогодні мають місце активні процеси демократизації, лібералізації, інтеграції України у європейський та світовий простір. Неможливо не згадати Угоду про асоціацію між Україною та Європейським Союзом від 27 червня 2014 р. та її значення у зближенні України з Європейським співтовариством, що відбувається протягом останніх років.

Якісні зміни правовідносин, що становлять предмет галузі міжнародного приватного права, перехід до інших концептуальних підходів щодо правозастосування та правової кваліфікації, накопичення надзвичайно об'ємного нормативного масиву, кодифікація норм окремих інститутів міжнародного приватного права – усе це підтверджує актуальність детального аналізу та вивчення принципів міжнародного приватного права, їх ознак, системи та особливостей.

Аналізуючи окреслені вище питання, варто розпочати з того, що міжнародне приватне право є надзвичайно складним правовим утворенням. Це насамперед пов'язано з об'єктивною неможливістю однаково регулювати приватноправові відносини у всіх національних правових системах, проблемою вироблення єдиного підходу до регулювання таких правовідносин у рамках глобальної правової системи, зі складністю вироблення єдиного універсального механізму правового регулювання.

Слід звернути увагу на те, що питаннями принципів у доктрині міжнародного приватного права тією чи іншою мірою займалися такі видатні вітчизняні та зарубіжні вчені, як Л.А. Лунц, В.В. Луць, В.І. Кисіль, А.С. Довгерг, Р.А. Майданік, В.Л. Чубарев, М.М. Богуславський, В.В. Балдинюк, І.В. Мироненко, С.Г. Кузьменко, О.М. Васильєв, В.М. Гайворонський, І.І. Дахно, О.Х. Юлдашев, О.М. Макаров, Дж. Вестлейк, М. Вольф, Л. Лене, М. Лаббе, І. Лусуарн, У. Магнус, А. Батіфоль, П. Лагард, Дж. Сторі та інші видатні вчені.

Однак, на жаль, маємо констатувати, що на сьогодні у вітчизняній правовій доктрині майже відсутні ґрунтовні напрацювання, присвячені принципам міжнародного приватного права, їх ознакам, системі, галузевій належності та особливостям застосування, а досить значна кількість питань, пов'язаних із проблемами принципів відповідної галузі, не були детально досліджені. Це пояснює існування доволі значної кількості обумовлених практикою проблем та відповідну «прогалину» у науці міжнародного приватного права.

Отже, **метою** цієї статті є висвітлення та аналіз окремих проблем принципів міжнародного приватного права.

Перед тим, як розпочати аналіз принципів міжнародного приватного права, вважаємо за необхідне дати характеристику загальнотеоретичних та методологічних підходів щодо принципів права взагалі.

Так, наприклад, П.М. Рабінович визначає принципи права як керівні засади та ідеї, поява яких обумовлена об'єктивними закономірностями буття й розвитку людини та суспільства і які визначають зміст та спрямованість механізму правового регулювання¹.

У той же час С.С. Алексєєв дотримується позиції, що принципи права об'єктивно властиві праву як соціальному регулятору та є основоположними засадами, безперечними вимогами (позитивними зобов'язан-

нями), які пред'являються одним учасником відносин до інших учасників з метою всебічного та гармонійного збалансування інтересів різних соціальних суб'єктів (як індивідуальних, так і колективних)².

О.В. Мартишин звертає увагу на те, що принципами права є його основні ідеї та вихідні положення, які стали такими за час його формування, розвитку й функціонування³.

М.І. Байтін у своїх наукових працях розвиває думку про те, що саме принципи права є моральною та організаційною основою функціонування права, вихідними та визначальними настановами⁴.

Надзвичайно цікавою та актуальною видається позиція С.П. Погребняка, який вважає, що принципи права є нічим іншим, як системою найбільш загальних та стабільних імперативних вимог, які безпосередньо закріплені у праві та є концентрованим виразом найважливіших визначальних ознак та цінностей, що характеризують систему права взагалі і визначають функції та спрямованість механізму правового регулювання⁵.

Неможливо не згадати позицію, яку свого часу висловила Л.А. Луць. Вона вважає, що принципи права як основні нормативні засади виражають сутність та спрямованість саме позитивного права та відповідно механізму правового регулювання⁶. Отже, має місце чітке відмежування того, що є принципом права за своєю природою (природно-правові принципи) та принципом права в силу нормативного закріплення норми саме як принципу (нормативні принципи).

Важливо також звернути увагу на позицію О. Уварової, яка розглядає принципи права як систему вимог до належної і можливої поведінки людей, що відображають визнані у суспільстві цінності й утворюють спрямовану на регулювання суспільних відносин ієрархічну єдність⁷. Її наукові погляди ґрунтуються на тому, що система принципів будь-якої галузі права та системи права у цілому є нічим іншим, як сукупністю деталізованих положень, присвячених застосуванню принципу справедливості. Принципи за своєю правовою природою є концентрованим виразом вимог, яким мають відповідати суспільні відносини для того, щоб вважатися правомірними в контексті певного правопорядку та механізму правового регулювання.

Водночас не слід забувати, що окрім втілення загальних засад справедливості принципи також закріплюють цінності гуманізму, людиноцентризму, визначальних та основоположних засад природного права. Враховуючи вищенаведене, О. Уварова зауважує, що помилковою є позиція представників юридичного позитивізму, відповідно до якої принципи права діють виключно в межах нормативного закріплення їхнього змісту.

Це є підставою для того, щоб зробити загальний висновок, що принципи права, які хоч і розглядаються у вітчизняній доктрині як особливий вид правових норм, що закріплюють правило поведінки більш загального та абстрактного змісту, не обов'язково повинні мати формальне визначення, яке в загальноприйнятому розумінні завжди необхідне для визнання певного правила поведінки нормою права.

Якщо розглядати принципи права виключно з позиції положень, закріплених у нормативно-правових актах та інших джерелах позитивного права, можна зробити помилковий висновок про те, що основоположні правові та загальносоціальні цінності, такі як свобода, рівність, справедливість, якщо їх не згадано законодавцем у тексті нормативного акта перестають бути принципами.

Отже, розширений підхід до тлумачення поняття принципів права дає можливість віднести до них основоположні ідеї правосвідомості та правової культури, які отримали загальне визнання у правовому житті певного суспільства. Слід звернути особливу увагу на те, що легітимізація принципів права може мати місце не лише у випадках їх закріплення у нормативно-правовому акті, а й у зв'язку із правозастосуванням певного положення як принципу уповноваженими суб'єктами (наприклад, судами).

Безперечно, така позиція відповідає ідеї природно-правового типу праворозуміння, до якої тяжіє уся система приватного права.

На жаль, щодо принципів міжнародного приватного права у правовій доктрині відсутня єдність поглядів. Майже кожен дослідник пропонує власні підходи щодо визначення правової природи принципів, їх галузевої належності, системи тощо.

Так, наприклад, М.М. Богуславський⁸, І.І. Дахно⁹ та А.А. Попов¹⁰ у своїх дослідженнях дотримуються позиції, згідно з якою для регулювання приватноправових відносин, ускладнених іноземним елементом, застосовуються принципи міжнародного публічного права, закріплені у ст. 2 Статуту ООН¹¹ та Декларації про принципи міжнародного права, які стосуються дружніх відносин і співробітництва між державами відповідно до Статуту ООН 1970 року¹². До таких принципів слід віднести: принцип суверенної рівності держав; принцип незастосування сили або загрози силою; принцип територіальної цілісності держав; принцип непорушності державних кордонів; принцип мирного вирішення міжнародних спорів; принцип невтручання у внутрішні справи; принцип загальної поваги прав людини; принцип самовизначення народів і націй; принцип співробітництва; принцип сумлінного виконання міжнародних зобов'язань тощо.

Саме спільністю системи принципів М.М. Богуславський обґрунтовує зв'язок міжнародного приватного та публічного права¹³. Визначальне значення, на думку науковця, для сфери міжнародного приватного права мають такі принципи та загальні засади міжнародного публічного права, як принцип державного суверенітету, невтручання у внутрішні справи держави, недопущення дискримінації. Разом із тим у сфері міжнародного приватного права надзвичайно важливого значення набуває принцип дотримання договірних зобов'язань та загальних принципів міжнародного права.

Слід зазначити, що співвідношення засад міжнародного публічного та приватного права М.М. Богуславський розглядає, аналізуючи актуальні аспекти теорії та практики міжнародного приватного права. Так, наприклад, вчений звертає увагу, що однією з проблем міжнародного приватного права слід вважати екстериторіальне застосування норм національного права. Незважаючи на те, що у певних випадках таке застосу-

вання є допустимим (коли, наприклад, існує відповідна згода держави на застосування на її території норм іноземного права або здійснюється процес виконання іноземних судових рішень), за загальним правилом застосування норм національного права на території іноземної держави слід розглядати як втручання у принцип суверенітету держави та поваги до внутрішніх справ держави. Особливо гостро така ситуація проявляється, коли норми приватного законодавства різних держав абсолютно суперечать одна одній.

У цілому погоджуючись з позицією М.М. Богуславського в частині принципів міжнародного права, вважаємо за необхідне зробити певне уточнення. На нашу думку, виокремлені автором принципи міжнародного публічного права, так само як і його загальні засади, навряд чи можна вважати галузевими принципами міжнародного приватного права, адже вони тією чи іншою мірою властиві кожній національній системі права та її складовим (галузям та генеральним інститутам).

Проаналізований вище підхід певною мірою критикували В.І. Кисіль та А.С. Довгерт¹⁴. Вони звертали увагу на те, що принципи міжнародного приватного права недоцільно розглядати в контексті права публічного. Незважаючи на те, що суб'єктами приватноправових відносин, ускладнених іноземним елементом, хоч і є, як правило, особи, належні до різних правопорядків, а значення міждержавного порядку для регулювання та розвитку взаємодії між такими особами важко перебільшити, міжнародне приватне право, будучи правом приватним, використовує механізм правового регулювання, побудований на загальноправових принципах та принципах саме приватного права. До них дослідники насамперед відносять принцип верховенства права, принцип свободи особи (неприпустимість свавільного втручання в особисте життя людини), принцип непорушності права власності (свободи власності), принцип свободи договору, принцип свободи підприємницької діяльності, принцип судового захисту порушеного права чи інтересу, засади розумності, справедливості та добросовісності.

Безперечно, базисом усієї системи принципів приватного права слід вважати принцип верховенства права¹⁵. Так, відповідно до ст. 8 Основного Закону в Україні визнається і діє принцип верховенства права. Конституція України має найвищу юридичну силу. Закони та інші нормативно-правові акти приймаються на основі Конституції України і повинні відповідати їй. Норми Конституції України є нормами прямої дії. Звернення до суду для захисту конституційних прав і свобод людини і громадянина безпосередньо на підставі Конституції України гарантується¹⁶.

Водночас дослідники пропонують виділяти так звані «колізійні» принципи, які стосуються не змісту правового регулювання міжнародних приватноправових відносин за правом, що підлягає застосуванню у певному конкретному випадку, а процедури вибору цього правопорядку. До колізійних В.І. Кисіль та А.С. Довгерт пропонують відносити такі принципи:

- 1) принцип тісного зв'язку;
- 2) принцип автономії волі;
- 3) принцип застосування більш сприятливого права.

Слід зазначити, що серед науковців мають місце й інші погляди щодо питання принципів міжнародного приватного права. Наприклад, Ю.Х. Юлдашев дотримується позиції, що система принципів міжнародного приватного права за своїм змістом та метою правового регулювання зводиться до системи принципів цивільного права¹⁷.

Так, відповідно до ст. 3 Цивільного кодексу України загальними засадами цивільного законодавства є:

- 1) неприпустимість свавільного втручання у сферу особистого життя людини;

2) неприпустимість позбавлення права власності, крім випадків, встановлених Конституцією України та законом;

- 3) свобода договору;
- 4) свобода підприємницької діяльності, яка не заборонена законом;
- 5) судовий захист цивільного права та інтересу;
- 6) справедливість, добросовісність та розумність¹⁸.

До системи принципів міжнародного приватного права, окрім закріплених у ст. 3 ЦК України, Ю.Х. Юлдашев пропонує додати принцип добросусідства та окремі принципи, що впливають із комплексного аналізу норм ЦК України, до яких він відносить:

1) пріоритетність волі сторін над актами цивільного законодавства, обмеженість цієї волі лише загальними засадами цивільного законодавства та обов'язковістю для сторін положень актів цивільного законодавства, що впливає із їх змісту або із суті відносин між сторонами (ст. 6 ЦК);

2) субсидіарність у застосуванні положень ЦК України до врегулювання відносин у сферах використання природних ресурсів та охорони довкілля, а також до трудових та сімейних відносин (ч. 1 ст. 9 ЦК);

3) презумпція добросовісності та розумності поведінки особи при здійсненні нею своїх цивільних прав; визнання чинних міжнародних договорів, що регулюють цивільні відносини, при наданні Верховною Радою України згоди на обов'язковість цих договорів, частиною національного цивільного законодавства України (ч. 1 ст. 10 ЦК);

4) пріоритетність правил чинного міжнародного договору України, укладеного у встановленому законом порядку, перед правилами відповідного акта цивільного законодавства (ч. 2 ст. 10 ЦК) тощо.

На нашу думку, з такою позицією погодитися доволі важко. Незважаючи на деяку зовнішню подібність предметів правового регулювання цивільного та міжнародного приватного права, останнє є специфічним правовим утворенням глобального характеру, існування якого ґрунтується на дотриманні принципу міжна-

родної ввічливості (*comitas gentium*) та взаємної згоди (*mutuus consensus*). У зв'язку з цим підтримуємо позицію, що система принципів міжнародного приватного права не може зводитись лише до основних засад, визначених ЦК України. Інакше втрачається самобутність та специфічність міжнародного приватного права, має місце його штучне ототожнення з національним цивільним правом.

Доволі цікавою є позиція О.М. Толочко, яка умовно поділяє систему принципів міжнародного приватного права на дві групи: до першої вона відносить принципи правового регулювання приватноправових відносин у цілому, а до другої – спеціальні принципи правової кваліфікації та правозастосування у міжнародному приватному праві (колізійні принципи)¹⁹.

На нашу думку, на окрему увагу заслуговує позиція, розроблена Л.П. Ануфрієвою²⁰. Так, науковець вважає, що до основних засад міжнародного приватного права слід насамперед віднести:

- 1) національний режим;
- 2) взаємність;
- 3) режим найбільшого сприяння;
- 4) реторсії;
- 5) публічний порядок;
- 6) обхід закону;
- 7) зворотне відсилання.

Незважаючи на те, що вищевказані інститути у вітчизняній доктрині міжнародного приватного права розглядають з точки зору застосування колізійних норм, Л.П. Ануфрієва обгрунтовано доводить, що з вищевказаного переліку зворотне відсилання, обхід закону та у певних випадках застереження про публічний порядок пов'язують з функціонуванням колізійного методу правового регулювання та дією колізійної норми. Водночас такі поняття, як національний режим, взаємність, режим найбільшого сприяння та реторсії є такими, що мають більш загальний характер з точки зору правозастосування у сфері міжнародного приватного права. Окрім цього, принцип національного режиму та інші засади, що визначають основи правового регулювання відповідних відносин в окремих сферах міжнародного приватного права (правовий статус суб'єктів іноземних держав взагалі, їх права та обов'язки у конкретних сферах), пронизують усі або більшість правовідносин, які є предметом галузі міжнародного приватного права. Найбільше значення, на думку Л.П. Ануфрієвою, норми про встановлення певних режимів мають при регулюванні міжнародних торговельних, економічних зв'язків, а також відносин з мореплавства.

Водночас науковець звертає особливу увагу на міжнародну ввічливість – один із найстаріших інститутів міжнародного приватного права, відомий майже усім правовим порядкам. У XVII ст. саме принцип міжнародної ввічливості (*comitas gentium*) розглядали як підставу для застосування (або відмови у застосуванні) норм іноземного права на території держави.

Вважаємо, що позиція, висловлена Л.П. Ануфрієвою, містить актуальні доктринальні погляди на проблему принципів та їх системи у міжнародному приватному праві.

Слід звернути увагу на той факт, що у Законі України «Про міжнародне приватне право» від 23 червня 2005 р. немає норми, яка б визначала систему принципів міжнародного приватного права. Так, у преамбулі Закону зазначається, що «цей Закон встановлює порядок урегулювання приватноправових відносин, які хоча б через один із своїх елементів пов'язані з одним або кількома правовими порядками, іншими, ніж український правовий порядок»²¹.

Як бачимо, навіть у преамбулі Закону вказується, що він присвячений встановленню порядку, а не визначенню загальних засад регулювання приватноправових відносин, що, на нашу думку, було б більш логічним та виправданим з позиції приватного права.

Отже, ускладнення існуючих, виникнення якісно нових за змістом та об'єктами приватноправових відносин, їх неврегульованість нормами права, колізії та прогалини у більшості джерел міжнародного приватного права, що пов'язано з об'єктивною складністю, а у певних випадках – навіть неможливістю однаково врегулювати приватноправові відносини у всіх національних правових системах та виробити універсальний підхід до такого регулювання – усі ці проблеми можуть бути вирішені шляхом застосування принципів міжнародного приватного права. Проведений аналіз наукових джерел дає підстави зробити висновок, що принципи міжнародного приватного права, їх ознаки, особливості та система не були предметом спеціальних наукових досліджень. Враховуючи значення, яке відіграють принципи у механізмі правового регулювання приватноправових відносин, ускладнених іноземним елементом, вважаємо, що на сьогодні їх вивчення потребує особливої уваги та є актуальним предметом подальших наукових досліджень.

¹ Рабінович С.П. Природно-правові підходи в юридичному регулюванні: монографія. Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2010. 576 с. С. 153.

² Алексеев С.С. Теория государства и права: учебник для юридических вузов и факультетов. Москва: Норма, 2005. 496 с. С. 314.

³ Мартишин О.В. Проблема ценностей в теории государства и права. *Государство и право*. 2004. № 10. С. 5–14.

⁴ Байтин М.И. Сущность права. (Современное нормативное правопонимание на грани двух веков): монография. Саратов: СГАП, 2001. 416 с. С. 113.

⁵ Погребняк С.П. Основоположні принципи права (змістова характеристика). Харків: Право, 2008. 240 с. С. 23–24.

⁶ Луць Л.А. Сучасні правові системи світу: навч. посіб. Львів: юридичний факультет Львівського національного університету імені Івана Франка, 2003. 268 с. С. 63.

- ⁷ Уварова О.О. Принципи права у правозастосуванні: загальнотеоретична характеристика : монографія. Харків: «Друкарня Мадрид», 2012. 346 с. С. 55.
- ⁸ Богуславский М.М. Международное частное право. Москва: Юристъ, 2002. 462 с.
- ⁹ Дахно І.І. Міжнародне приватне право. Київ: МАУП, 2004. 312 с.
- ¹⁰ Попов А.А. Международное частное право. Харьков: Ра, 1999. 219 с.
- ¹¹ Устав Организации Объединённых Наций и Устав Международного Суда. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_010
- ¹² Декларация о принципах международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами в соответствии с Уставом Организации Объединённых Наций. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_569
- ¹³ Богуславский М.М. Международное частное право. Москва: Юристъ, 2002. 462 с. С. 65–67.
- ¹⁴ Міжнародне приватне право. Загальна частина: підручник / за ред. А.С. Довгєрта і В.І. Кисіля. Київ: Алерта, 2012. 376 с. С. 134–136.
- ¹⁵ Довгєрт А.С. Принцип верховенства права у приватноправовій сфері. *Цивільне право для адвокатів*. Київ, 2006. С. 243–253.
- ¹⁶ Конституція України: Закон України від 28.06.1996 р. № 254к/96-ВР (станом на 21.02.2019 р.). *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 150.
- ¹⁷ Юлдашев О.Х. Міжнародне приватне право: теоретичні та прикладні аспекти. Київ, 2004. 375 с. С. 59–61.
- ¹⁸ Цивільний кодекс України: Закон України від 16.01.2003 р. (станом на 31.03.2019 р.). *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 40–44. Ст. 356.
- ¹⁹ Толочко О. Принципы международного частного права. *Белорусский журнал международного права и международных отношений*. 2001. № 2. С. 24–28. С. 24.
- ²⁰ Ануфриева Л.П. Международное частное право: в 3 т. Москва: БЕК, 2002. Т 1: Общая часть. 288 с. С. 103–105.
- ²¹ 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.

Резюме

Грамацький Е.М. Принципи міжнародного приватного права: загальні положення.

У статті проаналізовано теоретичні та практичні проблеми принципів міжнародного приватного права. Визначено основні підходи та позиції вчених щодо ролі, місця та системи принципів міжнародного приватного права, досліджені переваги й недоліки окремих підходів, висловлена власна позиція щодо значення принципів міжнародного приватного права у механізмі правового регулювання приватноправових відносин, ускладнених іноземним елементом.

Ключові слова: принципи міжнародного приватного права; правозастосування; принципи права; національний режим.

Резюме

Грамацький Э.М. Принципы международного частного права: общие положения.

В статье проанализированы теоретические и практические проблемы принципов международного частного права. Определены основные подходы и позиции ученых о роли, месте и системе принципов международного частного права, исследованы преимущества и недостатки отдельных подходов, высказана собственная позиция относительно значения принципов международного частного права в механизме правового регулирования частноправовых отношений, осложненных иностранным элементом.

Ключевые слова: принципы международного частного права; правоприменение; принципы права; национальный режим.

Summary

Gramatskiy E. Principles of private international law: general provisions.

Theoretical and practical issues of the principles of private international law are analyzed in the article. The main approaches and attitudes of scientists about the role, place and system of principles of private international law are defined, the advantages and disadvantages of individual approaches are explored, personal opinion regarding the significance of the principles of private international law in the mechanism of legal regulation of private legal relations complicated by a foreign element is expressed.

Key words: principles of private international law; enforcement; principles of law; national treatment.

П.Д. ГУЙВАН

Петро Дмитрович Гуйван, кандидат юридичних наук, заслужений юрист України, докторант Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

**ЗАКІНЧЕННЯ ПЕРЕБІГУ ТА ПРИПИНЕННЯ ПОЗОВНОЇ ДАВНОСТІ:
ПРИНЦИПОВА ВІДМІННІСТЬ**

Принципи цивільного права – керівні положення, основні засади, що виражають об'єктивні закономірності, тенденції суспільства, які набувають загальнообов'язкового характеру при їх закріпленні в нормативних актах¹. Одним із основних принципів захисту порушеного матеріального права конкретної особи є строківість реалізації судового охоронного домагання. Саме для врегулювання часових вимірів існування даного суб'єктивного повноваження призначена позовна давність – строк для захисту порушеного цивільного права особи за її зверненням до суду. Можна стверджувати, що це строк, упродовж якого носій може скористатися юридичними можливостями, закладеним у даному праві, а у разі їхньої нереалізації право погашається, як невикористане. Тобто маємо класичний приклад присічного строку, коли правоволоділець вправі здійснити свої суб'єктивні права тільки в його межах, під загрозою втрати такої можливості після спливу відведеного законом на це часу. Наприклад, при реалізації спадкоємцем права на прийняття спадщини, при зверненні кредитора до поручителя тощо. Але мусимо чітко відзначити, що наразі йдеться не про регулятивне право особи на власні дії чи на дії зобов'язаної особи, а про матеріальне право на захист, забезпечене позовною вимогою. Саме таке охоронне право на судовий захист, яке виникає після порушення, погашається в результаті його нереалізації, коли закінчується позовна давність.

Якщо ж матеріальне право уповноваженого суб'єкта на позов було реалізоване своєчасно, можна вести мову про припинення позовної давності, оскільки разове здійснення матеріального права, кінцевий термін існування якого був визначений законом, відбулося, і повторний подібний вчинок кредитором такого ж змісту нормативно заборонений. Інакше кажучи, позовна давність у цьому разі не закінчилася, не спливла, а припинилася достроково з огляду на вичерпаність суб'єктивного права, що нею темпорально опосередковувалося. На жаль, ні в науковій літературі, ні у чинному цивільному законодавстві даному питанню не приділено достатньої уваги. Можемо навести лише праці таких дослідників, як В.В. Луць, К.Ю. Лебедева, З.В. Ромовська, С. Горовець, В. Пучинський. Але якщо, приміром, тезу щодо впливу на обчислення позовної давності лише у разі належного пред'явлення позову, що висловлена в даних працях, можна підтримати, то стосовно дострокового закінчення (припинення) позовної давності дослідження або взагалі не проводилися, або зроблено неправильні висновки, які ми не можемо підтримати. Це призводить до загалом неправильної позиції, обстоюваної як вченими, так і в національному судівництві, згідно з якою позовна давність за певними конкретними вимогами кредитора до боржника триває до моменту її номінального закінчення попри факт пред'явлення чи непред'явлення позову, або, що ще гірше, вказується про переривання давності за тими ж вимогами до того ж відповідача та про початок її нового перебігу внаслідок своєчасної реалізації кредитором свого позовного права. Такі підходи є методологічно хибними, більше того, вони таять небезпеку неправильного правозастосування та в зв'язку з цим порушення права особи на справедливий суд, гарантованого ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Тож правове обґрунтування наслідків активної поведінки кредитора, які призводять до припинення давнісного перебігу та напрацювання теоретичних висновків, є завданням даної праці.

Сплив позовної давності – підстава для відмови у позові лише стосовно стягнення тієї заборгованості, що реально існувала, але не була примусово стягнута протягом часу існування позовного домагання. Навпаки, якщо боргу реально не було, то й позовна давність за вимогами про його стягнення ніколи не починалася і, звісно, не могла ніколи спливати. Отже, як бачимо, вся логіка запровадження інституту позовної давності спрямована на задоволення дійсно існуючого (а не уявного з боку особи, що не має матеріального права на вимогу) обов'язку боржника. При розгляді справи суд повинен встановити наявність матеріального права, належність його позивачеві, порушення цього права відповідачем та, обов'язково, якими саме неправомірними діями відповідача порушене право. Останнє означає виявлення судом правильності заявлених кредитором підстав для звернення до суду. Звісно, позивач до закінчення підготовчого засідання або не пізніше ніж за п'ять днів до початку першого судового засідання у справі, що розглядається за правилами спрощеного позовного провадження, може змінити предмет або підставу для своїх вимог (ч. 3 ст. 49 ЦПКУ), але якщо первинна чи змінена підстава позову виявиться неналежною, суд відмовляє в задоволенні заяви позивача.

Фактично в даному випадку слід констатувати, що позивач неналежним чином звернувся до суду за захистом свого цивільного права: це право дійсно належить йому, воно порушене саме відповідачем, але не

тим способом, про який заявив кредитор за даним зобов'язанням. Тому можна вважати, що спір по суті щодо конкретного порушення права не розглядався, а порушення даного права іншим чином кредитором не оскаржувалося. Отже, щодо звернення позивача за неналежною вимогою перебіг позовної давності не починався, оскільки вказаного ним порушення його права не відбулося, а саме після конкретного порушення права починається перебіг давнісного строку. Як приклад, можемо навести пред'явлення судової вимоги про повернення майна за виндикаційним позовом, тоді як належною є вимога щодо повернення майна за договором оренди. Як результат, ні початку, ні переривання (зупинення) давнісного строку, який не починав свій перебіг, відбутися не може. Тим більше, не може бути й закінчення чи припинення позовної давності. Отже, дефекти матеріального права на позов не впливають на давність. У разі пред'явлення позову до неналежного відповідача чи особою, якій не належить право вимоги, відсутність впливу на давнісний строк пояснюється не вадами процесуального права на позов, а тим, що в позивача немає матеріальної вимоги. Давність за даними вимогами взагалі не починалася, бо сторони не є учасниками спірного правовідношення. При цьому перебіг давності щодо вимог реального кредитора до реального боржника за дійсним порушенням регулятивним правовідношенням, що почався від часу порушення, продовжується.

Також на належність пред'явлення позову впливають і окремі часові аспекти процесуально-правового гатунку. Вони детально проаналізовані в доктрині. Так, В.В. Луць зазначає, що пред'явленням позову є акт (дія) як самої управленої особи щодо подачі заяви чи відправлення її поштою, а й дії судді з її прийому². Однак не всі чинники даної взаємодії мають значення для подальшого обчислення давнісного строку. У контексті впливу певної обставини на перебіг давності вагу має лише перший юридичний факт: пред'явлення позову³. Дійсно, якщо особа пред'явила позов в останній день строку, це все одно призведе до своєчасного здійснення свого охоронного права, незалежно від моменту порушення провадження суддею. Таким чином, доходимо висновку, що правова дефініція «пред'явлення позову» не включає в себе подальші дії судового органу з оцінки правомірності звернення управленої особи до суду. Питання щодо повернення заяви знаходиться поза межами правового визначення поняття «пред'явлення позову».

Позовна давність закінчується, коли спливає календарний строк, встановлений законом для пред'явлення судового позовного домагання. Охоронно-правова вимога, заявлена поза межами даного періоду, також може бути реалізована, у тому числі й шляхом застосування юрисдикційним органом державного примусу (скажімо, у разі поважності пропуску давнісного строку, або коли відповідач не заявляє про застосування давності). Але у вказаних ситуаціях судовий захист відбудеться вже після того, як позовна давність закінчилася. Таким чином, в усіх без винятку випадках закінченню давності сприяє пасивна поведінка носія охоронного права упродовж визначеного строку – неперед'явлення позову. Натомість активні дії управленої особи, матеріальне право якої порушене, вчинені протягом давнісного строку, як правило, призводять до припинення позовної давності. Припиненням її перебігу обов'язково є таке явище, коли час існування матеріального права на позов припиняється достроково шляхом його реалізації. Навіть коли позов пред'явлено в останній день строку, йдеться також про дострокове припинення давнісного перебігу (до закінчення номінально встановленого строку). Така ознака, як дострокове припинення матеріального права у зв'язку з його вичерпаністю і неможливістю повторної реалізації притаманна будь-якому присічному строку, а те, що позовна давність за своєю сутністю та змістом є охоронно-правовим строком присічного характеру, не викликає сумнівів⁴.

Коли ж припиняється перебіг позовної давності і які вчинки правоволодільца призводять до такого наслідку? Цілком логічно, що таким моментом, з яким пов'язується припинення позовної давності, необхідно зазвичай вважати час пред'явлення позову. Винятком із даного правила слід вважати лише ті нечисленні випадки, коли із пред'явленням позову давність переривається, але таке відбувається лише стосовно вимог до неохопленої позовом частини існуючої вимоги або стосовно не залучених у якості відповідачів солідарних боржників за цим же зобов'язанням. Отже, позовна давність припиняється від дати фіксації заяви в суді (у разі її безпосередньої здачі позивачем) або поштової відправки заяви. Разом із тим в окремих випадках спрацьовує правило зворотного відліку, і початковий момент коригування обчислення перебігу визначається пізніше терміну його настання. Йдеться, зокрема, про випадки, коли позовна заява повертається або вона залишена без руху (ст. 121 ЦПКУ). При усуненні недоліків позову протягом належного часу він вважається пред'явленим у первинний термін, але про переривання або припинення давності у цей момент об'єктивно стає відомо лише через певний строк.

Практично такий же результат виникає у разі скасування судової ухвали про повернення позовної заяви чи залишення її без розгляду: позов вважається пред'явленим в первинний термін, відтак вказані наслідки настають саме від вказаного моменту. Якщо стосовно припинення давнісного перебігу дана ситуація не має значення (перебіг строку припинився і подальше його обчислення вже не має сенсу), то при перериванні давності наслідки впливу існуючого механізму можуть бути негативними для управленої особи. Скажімо, кредитор, маючи право вимоги на 1000 грн пред'явив позов за частиною боргу – на 200 гривень. За ідеєю позовна давність за вимогою щодо стягнення 800 грн має початися спочатку від дати пред'явлення першого позову. Уявімо собі, що позов про стягнення 200 грн було залишено без розгляду. Позивач оскаржив відповідну ухвалу в апеляційному, а потім касаційному порядку, і через тривалий час вона була скасована. Отже, буде встановлено, що даний позов пред'явлено належно, він вважається поданим у первинний термін. Саме від цієї дати почався новий перебіг за вимогами щодо 800 грн, проте на момент встановлення цього факту позовна давність може скінчитися. Звісно, для вирішення вказаної проблеми можна користуватися правилами

щодо відновлення давності, але з огляду на притаманний даному інструментарію суб'єктивізм пропонуємо нормативне запровадження механізму подовження строків давності на час дії вказаних обставин. Цікавим видається спосіб правового регулювання подібної ситуації, викладений у п. 3 ст. 18 Нью-Йоркської конвенції про позовну давність у міжнародній купівлі-продажу товарів, згідно з яким у разі впливу позовної давності кредиторів надається додатковий річний строк для пред'явлення позову до солідарних боржників. Однак, з огляду на досить запутану конструкцію цього правила (позовна давність спочатку може перериватися, а потім переривання скасовується), його інкорпорація в незмінному вигляді є недоцільною.

Загалом, лише позов, пред'явлений належним чином, є підставою для коригування обчислення давнісного строку. Належне пред'явлення позову впливає на перебіг давності за вимогами з відповідного матеріального зобов'язання. Проте критерії належності пред'явлення позову встановлюються не матеріальними, а процесуальними нормами, вони значною мірою обумовлюють процесуальне право на позов та є передумовами процесу⁵. Подання позову як підстава для зміни порядку обчислення перебігу давнісного строку може мати місце лише тоді, коли, по-перше, у позивача існують необхідні умови для звернення до суду і, по-друге, ним дотриманий належний порядок пред'явлення позову, передбачений нормами процесуального законодавства⁶. Наявність таких передумов забезпечує початок процесу, а він, у свою чергу, є підставою для застосування спеціальних способів обчислення давнісного строку за матеріально-правовою вимогою. У зв'язку з викладеним особливою актуальністю набуває чітке правове регулювання механізму ліквідації судом провадження та її наслідків.

Якщо обставини, що впливають на припинення процесу без вирішення спору по суті, будуть виявлені до порушення провадження у справі, суддя повертає заяву. На перший погляд, здавалося б, повернення суддею позову (ст. 185 ЦПК України) не впливає на перебіг позовної давності. Та це не зовсім так. Законодавство встановлює різну правову долю позову при його поверненні залежно від можливості подальшого усунення перешкод для звернення до суду. Іншими словами, давнісний перебіг продовжується лише у тих випадках, коли підставою для повернення було недотримання умов здійснення процесуального права на позов, оскільки у разі виправлення даного дефекту особа може знову звернутися до суду. Питання ж щодо подальшого перебігу давнісного строку при поверненні позову в зв'язку з відсутністю у позивача права на пред'явлення позову (наприклад, п. 3, 4 ч. 4 ст. 185 ЦПК) є неактуальним, бо повторне звернення до суду стає неможливим: зазначений дефект права на пред'явлення позову усунути неможливо. Задля збереження системного підходу пропонується в цьому випадку кваліфікувати давнісний строк як такий, що припиняється від моменту набрання законної сили відповідною ухвалою суду.

Коли вказані вище дефекти процесуального права на позов виявляються вже під час розгляду спору, суд ліквідує судове провадження, закінчуючи справу без вирішення. Проте залежно від того, який це дефект: чи відсутність у позивача права на звернення до суду, чи недотримання ним правил щодо такого звернення, правозастосовний орган або закриває (припиняє) провадження у справі (ст. 255 ЦПК України), або залишає позовну заяву без розгляду (ст. 257 ЦПК України). Закриття провадження у справі виключає можливість повторного судового захисту даного цивільного права позивача. Позовна давність за відповідними вимогами також припиняється. Фактично настають наслідки, характерні для залишення позовної заяви без розгляду при неможливості усунення певних обставин. При закритті провадження не можуть бути усунуті, зокрема, такі умови, як ліквідація юридичної особи – сторони у спорі, наявність рішення, що набрало законної сили, постановлене за спором між тими ж сторонами, про той же предмет і з тих же підстав. Як бачимо, деякі підстави для ліквідації процесу законодавець визнав такими, що не можуть у подальшому бути скоригованими. У вказаних випадках повторне звернення до суду є неможливим. Це означає, що у позивача за спором надалі відсутнє право на звернення до суду, а отже, відсутній і строк даного права.

Отже, безспірною є теза, за якою пред'явлення в належному порядку позову знімає питання про подальший перебіг давнісного строку і приводить до припинення позовної давності⁷ за даною конкретною вимогою до даного відповідача. Такий же наслідок настає у разі закриття провадження у справі. За даної юридичної концепції втрачає актуальності питання, що досить часто мусується в літературі, стосовно необхідності та умов існування давнісних строків упродовж тривалості процесу та навіть після винесення судового рішення по суті спору. Насправді подібна позиція суперечить реальній сутності відносин, що відбуваються і регламентуються правилами цивільного давнісного інституту. Справа в тому, що законодавство України обмежує розгляд спору у суді, якщо між тими ж сторонами є незакінчений спір з тим же предметом. Тож позовна давність виявляється позбавленою проявити свою властивість, задля якої вона, власне, і була запроваджена – забезпечити часові рамки здійснення матеріального права на позов. Крім того, повторне звернення кредитора до суду за захистом свого порушеного права, коли є таке, що набрало законної сили, постановлене за спором між тими ж сторонами, про той же предмет і з тих же підстав рішення суду. Такий результат настає незалежно від того, був задоволений позов, чи правозастосовний орган відмовив у задоволенні вимог кредитора.

Після набрання судовим рішенням статусу остаточного починається строк для виконання рішення, а право повторного звернення до суду з вимогами до того ж відповідача втрачається. Вважаємо, що дана ідея надає визначеності та сенсу судовому захисту порушеного суб'єктивного права особи та усуває всілякі спекуляції темпорального штибу, спрямовані на повторне пред'явлення тих же домагань для правозастосовної реалізації.

Вона справедлива не лише для загальних, а й для спеціальних ситуацій, котрі часто виникають у досліджуваній царині. Приміром, іноді трапляються ситуації, коли кредитор, на користь якого постановлено судово

рішення, не бажає чи не може його реалізувати в порядку виконавчого провадження. Зафіксований у судовому рішенні борг відповідача має таке ж правове значення, як і будь-яке інше невиконане зобов'язання боржника. Проте виконання зазначеного в судовому рішенні зобов'язання може відбутися лише між певними особами, вказаними в такому рішенні. Законодавство України не забороняє передати такий зафіксований судом борг іншій особі (ст. 520 ЦК) або переуступити його іншому кредиторі (ст. 512 ЦК). При цьому слід пам'ятати: нормативне правило стосовно того, що заміна сторони в зобов'язанні жодним чином не впливає на перебіг позовної давності, охоплює виключно відносини між суб'єктами до пред'явлення позову. Після належного подання судового позовного домагання повної давності вже немає, вона припинилася в зв'язку з вичерпанням самого суб'єктивного матеріального права на позов, до складу якого давнісний строк входив як елемент обсягу (в темпоральному вимірі) змісту права. Тим більше, виключається застосування правового інституту позовної давності до регулювання виконавчого провадження. Це обґрунтовується передовсім, виходячи із значення давності як позовного строку. При передачі права на результат виконання остаточного рішення іншому суб'єктові він набуває та здійснює свої повноваження на підставі спеціального законодавства про виконавче провадження за допомогою іншого, ніж суд, державного чи приватного компетентного органу. При цьому недоречно вважати, що можливості нового кредитора розпоряджатися визначеним в судовому порядку боргом виявляються значною мірою обмеженими. Адже після належного пред'явлення позову ні позивач, ні інший суб'єкт, якому передане матеріальне право, не можуть пред'явити того ж самого за змістом судового домагання до того ж боржника.

З урахуванням викладеного можемо дійти висновку про наступний механізм впливу на обчислення позовної давності. Пред'явлення позову або не впливає на давнісний перебіг за відповідними вимогами, або призводить до переривання (ч. 2 ст. 264 ЦК) чи припинення давності. Ми категорично не погоджуємося з тезою про універсальність правила щодо переривання давності у зв'язку з пред'явленням позову. Такий наслідок стосовно зміни порядку обчислення давнісного строку слід розглядати лише як виняток. За загальним правилом у разі пред'явлення позову перебіг позовної давності припиняється. На жаль, матеріальне цивільне законодавство не встановлює чіткого розмежування наслідків для перебігу давності з огляду на подальшу долю позову (початок провадження у справі, повернення позовної заяви, закінчення провадження без вирішення спору по суті). Цивілістична наука вже досить давно визначилася з тим, що вплив на перебіг позовної давності, зокрема, при зверненні до суду у випадках, передбачених у ст. 264, 265 ЦКУ, відбувається лише в разі належного пред'явлення позову⁸. А під належним зверненням до суду розуміються тільки такі заяви, які в подальшому були прийняті до розгляду правозастосовними органами і щодо заявлених вимог відбулося вирішення спору по суті. Якраз таким чином тлумачиться коментоване положення закону в наукових працях та коментарях⁹, проте вказане правило напругу не впливає з нормативного акта, що є недоліком останнього, який необхідно слід виправити.

Відтак, у разі пред'явлення управненою особою позову настають наступні наслідки для давнісного перебігу, що потребує відповідного відображення у цивільному законодавстві:

а) перебіг позовної давності припиняється при пред'явленні у встановленому порядку позову в повному обсязі до всіх боржників;

б) перебіг позовної давності переривається при пред'явленні у встановленому порядку позову за обставин, передбачених в ч.2 ст. 264 ЦКУ;

в) позовна давність не зупиняється і не переривається з пред'явленням позову неналежним чином, у зв'язку з чим позовна заява повертається позивачу, якщо обставини, що обумовили повернення, можуть бути усунуті;

г) обчислення позовної давності не змінюється у разі пред'явлення позову, який надалі залишений без розгляду (стосовно цього випадку є спеціальна норма кодексу – ч. 1 ст. 265 ЦК);

д) якщо повернення позовної заяви (пункт в)) та залишення позову без розгляду (пункт г)) відбулися за обставин, що не залежали від позивача, позовна давність подовжується на час від дня пред'явлення позову до дня набрання законної сили відповідною ухвалою суду;

е) питання щодо обчислення позовної давності у зв'язку з поверненням позову, якщо обставини, що обумовили повернення, не можуть бути усунуті, та у зв'язку з пред'явленням позову, провадження у справі за яким в подальшому закрито, цивільним законодавством не вирішене із-за відсутності суттєвого значення цього питання. Право на подальше звернення до суду припиняється. Відповідно, слід вважати і перебіг позовної давності таким, що припинився.

¹ Мирошникова Н.И. Механизм осуществления субъективных гражданских прав. Ярославль: Ярослав. гос. ун-т, 1989. С. 55–56.

² Луць В.В. Строки захисту цивільних прав. Конспекти лекцій зі спецкурсу. Львів: ЛДУ, 1993. С. 5.

³ Ромовская З.В. Спорные вопросы учения об исковой давности. Вестник Львовского ун-та им. И. Франко. Серия юридическая, 1988. Вып. 26. С.46.

⁴ Гуїван П.Д. Теоретичні питання строків у приватному праві: монографія. Харків: Право, 2014. С. 187–188.

⁵ Bülow Oskar von. Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozess-Voraussetzungen. Gießen, 1868. S. 27.

⁶ Гурвич М.А. Право на иск / отв. ред.: Клейнман А.Ф. Москва: Изд-во АН СССР, 1949. С. 53.

⁷ Пучинский В. Проект ГК РСФСР и вопросы гражданского судопроизводства. Социалистическая законность. 1963. № 3. С. 36.

⁸ Пушкар Е.Г. Конституционное право на судебную защиту (гражданско-правовой аспект). Львов: Вища школа, 1982. С. 211.

⁹ Сергеев А.П. Некоторые вопросы применения правил об исковой давности в российском законодательстве. *Сборник статей к 50-летию Е.А. Крашенинникова*. Ярославль: ЯрГУ, 2001. С. 53–54; Харитонов С.О., Старцев О.В. Цивільне право України: підручник. 2-ге вид., перероб. і доп. Київ: Істина, 2007. С. 224.

Резюме

Гуйван П.Д. Закінчення перебігу та припинення позовної давності: принципова відмінність.

Дана робота присвячена вивченню актуального питання про долю позовної давності та порядок її обчислення у разі пред'явлення позовного домагання до суду. Встановлено, що давнісний перебіг коригується лише при належному поданні позову. Встановлено критерії належності матеріального позову та процесуальні аспекти його пред'явлення. Доведено, що зазвичай факт належного пред'явлення позовної вимоги до суду призводить до припинення подальшого перебігу позовної давності, адже матеріальне право на позов, тривалість якого визначає давність, вже реалізоване і таким чином вичерпався його зміст.

Ключові слова: позовна давність, припинення перебігу, вичерпання змісту права.

Резюме

Гуйван П.Д. Окончание течения и прекращения исковой давности: принципиальное отличие.

Данная работа посвящена изучению актуального вопроса о судьбе исковой давности и порядке ее исчисления в случае предъявления искового притязания в суд. Установлено, что давностное течение корректируется только при надлежащей подаче иска. Установлены критерии надлежащего материального иска и процессуальные аспекты его предъявления. Доказано, что обычно факт надлежащего предъявления искового требования в суд приводит к прекращению дальнейшего течения исковой давности, ведь материальное право на иск, продолжительность которого определяет давность, уже реализовано и таким образом исчерпано его содержание.

Ключевые слова: исковая давность, прекращение течения, исчерпание содержания права.

Summary

Guyvan P. The end of the flow and the termination of the limitation of actions: the fundamental difference.

This work is devoted to the study of the actual question of the fate of the limitation of actions and the procedure for calculating it in the event of a claim being submitted to the court. It is established that the prescription over time is corrected only with the proper filing of a claim. The criteria for proper material claim and procedural aspects of its presentation are established. It is proved that usually the fact of proper filing of a claim in court leads to the cessation of the further course of the limitation of actions, because the substantive right to claim, the duration of which determines the limitation, has already been implemented and thus its content has been exhausted.

Key words: limitation of actions, termination of the flow, the exhaustion of the content of law.

УДК 347.6

М.М. ДЯКОВИЧ

Мирослава Михайлівна Дякович, доктор юридичних наук, доцент, доцент Львівського національного університету імені Івана Франка

ORCID: 0000-0002-9034-5285

ПРИПИНЕННЯ ШЛЮБУ ВНАСЛІДОК ЙОГО РОЗІРВАННЯ ЗА СІМЕЙНИМ ПРАВОМ УКРАЇНИ

Правовідносини, які виникають внаслідок розірвання шлюбу, визнання його недійсним зачіпають в цілому інтереси суспільства і, зокрема, членів сім'ї, малолітніх та неповнолітніх дітей. Враховуючи тенденції глобалізації життєвих процесів, за останні роки все більше зменшується кількість зареєстрованих шлюбів і, навпаки, збільшується кількість розірваних шлюбів. Удосконалення сімейного законодавства, що регулює процес (процедуру) розірвання шлюбу, сьогодні є вельми актуальним.

Дослідження українських вчених останніх років здійснювалися у напрямі застосування сімейного законодавства України у судових спорах, які пов'язані з розірванням шлюбу, правового регулювання припинення шлюбу в Україні, укладення та розірвання шлюбу за законодавством України, припинення шлюбу за законодавством України.

Питання розірвання шлюбу розглядалися та досліджувалися у працях В.І. Борисової, А.Б. Болховітіної, К.М. Глиняної, О.В. Дзери, І.В. Жилінкової, З.В. Ромовської, С.І. Шимон.

Мета роботи – дослідження правового регулювання припинення шлюбу внаслідок його розірвання, впровадження змін до порядку припинення шлюбу внаслідок його розірвання лише через судову процедуру,

виконання суддею функцій медіатора у справах про розірвання шлюбу. За рахунок проведеного дослідження сформовано висновок, результатом якого вбачається зміцнення і стабільність шлюбу та сім'ї.

Укладення шлюбу і припинення шлюбу – це дві протилежні процедури, одна з яких приносить радість, піднесення, омріяний статус і стан (цивільно-правовий), а друга викликає абсолютно протилежні емоції: смуток, розчарування, втрату статусу і стану (заміжня/одружений), а інколи – і почуття радості, звільнення (свободи), активних дій та приплив нової енергії! Однак це ті сторони шлюбу, які характеризуються людськими емоціями та досліджуються соціальними науками.

Оскільки шлюб має на меті утворення сім'ї, народження та виховання дітей, питання укладення і розірвання шлюбу, визнання його недійсним не можуть вважатися особистою справою лише подружжя. Правовідносини, які виникають внаслідок розірвання шлюбу, визнання його недійсним зачіпають інтереси також суспільства в цілому і малолітніх та неповнолітніх дітей зокрема. Тому, виходячи з публічних і приватних інтересів, держава через право регулює відносини у сфері шлюбу.

За останні роки, на жаль, зменшується кількість зареєстрованих шлюбів і, навпаки, збільшується кількість розірваних шлюбів. Це дає підстави зробити висновок, що втрачаються традиційні підходи до інституту шлюбу загалом. У суспільній думці все більше з'являється небажання реєструвати шлюб, щоб у подальшому уникнути будь-яких бюрократичних процедур його припинення шляхом розірвання. Таким чином за останній час шлюб з єдино визначеного суспільством і правом союзу чоловіка і жінки перетворився на одну із допустимих форм співжиття різностатевих, а в деяких країнах – і одностатевих партнерів.

Глобалізаційні процеси визначають тенденції і розвиток права та вимагають діалогу правових систем різних країн, що передбачатиме їх взаємодію та в кінцевому результаті – зближення. Як зазначив Р. Давид, іноземне право треба осягати за трьома основними причинами: це дуже корисно для вивчення історії права і його філософського усвідомлення; воно корисно для кращого розуміння і покращення власного національного права; воно досить важливе для взаєморозуміння народів і створення кращих правових форм відносин, які складаються у міжнародному спілкуванні¹. Ніхто не може заперечити, що запозичення прогресивних тенденцій та положень іноземного права сприяє вдосконаленню національного права.

Аналіз законодавства інших країн щодо зміцнення інституту шлюбу, сформувало мету цього дослідження у напрямі удосконалення правового регулювання процесу розірвання шлюбу та прийняття концептуально нових підходів до розірвання шлюбу лише через суд.

Дослідження законодавства зарубіжних держав, у тому числі й пострадянських, у сфері розірвання шлюбу, дало можливість дійти висновку, що в ньому присутні певні відмінності, що стосуються різних підстав розлучення; наявності чи відсутності принципу вини, необхідності упродовж тривалого часу окремого (роздільного) проживання, існування виключно судового або допустимість адміністративного розірвання шлюбу, майнових наслідків.

Тут автором вживається термін «розлучення», який доволі часто використовується як у повсякденному житті, так у і в наукових працях. Вважаємо, що цей термін має право претендувати на синонімічне поняття до терміна «розірвання шлюбу»². Хоча серед науковців у галузі сімейного права існують і інші думки з цього питання. Зокрема, розлученням вважають факт припинення подружжям спільного проживання та ведення спільного господарства, як намір після цього розірвати шлюб за встановленою законодавством процедурою³. Однак вже один факт про можливість подружжя проживати окремо (ч. 1 ст. 56 Сімейного кодексу України) не підсилює цю позицію.

Загальною світовою тенденцією на сьогодні є лібералізація законодавства сучасних держав, що регулює розірвання шлюбу. Розлучення «втратило характер поведінки, яка засуджується суспільством, і перестало розглядатися як аномальне явище»⁴.

У деяких західноєвропейських країнах, де переважає католицизм, розірвання шлюбу законодавчо було дозволено лише не так давно. Як-от, в Італії – у 1970 р.; в Іспанії – у 1981 р., в Ірландії – у 1996 році.

У таких країнах, як Англія, Бельгія Болгарія, Литва, Латвія, Польща, Франція, Китай, Японія в основі розірвання шлюбу лежить принцип винної поведінки. І навпаки, в Угорщині, Греції, Норвегії, Чехії вважається, що розлучення – це констатація краху сім'ї, а в Австрії, Німеччині – це домовленість.

Можливість розірвання шлюбу в багатьох країнах залежить від тривалості окремого (роздільного) проживання подружжя. Наприклад, в Англії – п'ять років, Греції – чотири роки, Італії – три роки, Німеччині – два роки, Данії – один рік. В Ірландії, не зважаючи на закінчення строку роздільного проживання тривалістю чотири роки, суд може відмовити у позові про розірвання шлюбу, якщо, на його переконання, залишаються шанси на збереження сім'ї.

У таких державах, як Австрія, Болгарія, Угорщина, Греція, Німеччина, Данія, Португалія особи, які розлучаються, зобов'язані подати на розгляд суду договір про дітей (утримання та виховання, проживання) та про поділ майна, що, вважаємо, є цілком правильним.

Законодавство пострадянських республік відрізняється від законодавства іноземних держав насамперед способом розірвання шлюбу, а саме: ними використовується позасудовий порядок розірвання шлюбу (адміністративний), який є загальним, і судовий порядок, який є спеціальним. І навпаки, у європейських країнах використовується єдино можливий порядок розірвання шлюбу – судовий.

Так, у Німеччині реформа шлюбного законодавства, яка відбулася у 1977 р., встановила відмову від принципу вини внаслідок його розірвання, назвавши підставу для припинення шлюбу внаслідок його розірвання – остаточний безповоротний розлад сімейного життя. Разом із тим свобода розірвання обмежувалась

правами неповнолітніх дітей. Це означає, що суд може відмовити у розірванні шлюбу, якщо цього вимагатимуть інтереси дітей.

Питання розірвання шлюбу в Німеччині регулюється розділом 7 книги четвертої «Сімейне право» Німецького цивільного уложення (далі – НЦУ). Розірвання шлюбу можливе тільки в судовому порядку.

Підставою для розлучення є фактичний розпад шлюбу. Якщо подружжя проживає окремо менше одного року, то шлюб може бути розірваний лише за умови, що його продовження є для подружжя – заявника неможливим у зв'язку з закріпленими у § 1566 НЦУ презумпціями розпаду шлюбу. Серед передумов припинення шлюбу – проживання подружжя роздільно протягом одного року і заяву про розірвання шлюбу подають обидва з подружжя, або інший з подружжя згоден з розірванням шлюбу, або ж подружжя живе окремо протягом трьох років. Законодавець у свою чергу дає тлумачення роздільного проживання подружжя. Зокрема, це відсутність ведення спільного господарства та небажання подружжя або одного з них відновити спільне проживання. Не впливає на роздільне проживання подружжя їх перебування в одному житловому приміщенні. Короткочасні примирення подружжя не переривають і не призупиняють строків роздільного проживання⁵.

На відміну від німецького законодавства, у Латвії, Литві інститут розірвання шлюбу побудований на принципі вини одного чи обох з подружжя. Процедура розірвання шлюбу виключно судова. Шлюб вважається розірваним з дня вступу в законну силу рішення суду про розірвання шлюбу.

Так, ст. ст. 71–77 ЦК Латвії визначені вичерпні підстави розірвання шлюбу. Звернутися із заявою про розірвання шлюбу може як один з подружжя, так і спільно.

Один із подружжя може вимагати розірвання шлюбу:

- якщо другий з подружжя загрожує його життю або здоров'ю;
- якщо другий з подружжя залишає сім'ю (дім) і його відсутність триває не менше одного року;
- у випадку захворювання другим з подружжя після укладення шлюбу тривалою невиліковною психічною хворобою або такою ж заразною хворобою;
- у випадку вчинення другим з подружжя злочинного діяння, що порочить честь, або ж ведення ним такого недостойного або аморального способу життя, що унеможливує подальше продовження спільного подружнього життя.

Роздільне життя подружжя, яке триває упродовж трьох років, є також причиною розірвання шлюбу. За взаємною згодою подружжя шлюб може бути розірваним не раніше ніж через рік після його укладення. Відповідно під час розгляду позову подружжя про розірвання шлюбу суд з метою їх примирення призначає строк для цього від трьох до шести місяців (ст. 75 ЦК Латвії)⁶.

У Литовській республіці особливістю є встановлення судом під час розгляду справ щодо розірвання шлюбу, підстав, які привели до розірвання шлюбу, оскільки, залежно від цього, настають правові наслідки. Той з подружжя, хто винен у розпаді сім'ї, зобов'язаний буде відшкодувати добросовісному подружжю майнову шкоду у зв'язку із розірванням шлюбу. Він також втрачає право на аліменти, не вправі залишати собі прізвище, отримане в шлюбі (ст. ст. 3.68–3.72 третьої книги ЦК Литви)⁷.

У Франції встановлено судовий порядок розірвання шлюбу. У 1975 р. шлюбне законодавство у сфері розірвання шлюбу було змінено, і відповідно підставами для розірвання шлюбу визначено: винна поведінка подружжя, взаємна згода подружжя і фактичне припинення спільного подружнього життя.

Останні реформи у цьому напрямі в законодавстві Франції відбулися у 2004 році. Однак від принципу вини при розірванні шлюбу французьке законодавство не відмовилось. У ст. 229 ЦК Франції названі вичерпні підстави розірвання шлюбу: взаємна згода; остаточне погіршення подружніх відносин; винні дії⁸. Судовому розгляду обов'язково передуює спроба примирення (процедура медіації) як в частині розірвання шлюбу, так і в частині його наслідків.

За загальним правилом шлюб в Україні припиняється внаслідок смерті одного з подружжя (або оголошення його померлим) або ж внаслідок його розірвання.

Аналіз підстав припинення шлюбу, які містяться у ст. 104 СК України, дає можливість зробити висновок, що цей перелік підстав (смерть, оголошення померлим, розірвання шлюбу) є вичерпним, і зміна статі одним із подружжя, як це дискутується у наукових колах⁹, не може бути підставою, яка доповнить цей перелік. Зміна статі одним із подружжя після укладення шлюбу може слугувати лише підставою для розірвання шлюбу в судовому порядку.

Припинення шлюбу внаслідок його розірвання в Україні відбувається двома шляхами: в адміністративному порядку в органах державної реєстрації актів цивільного стану та в суді.

Такий порядок розірвання шлюбу, зокрема адміністративний, залишився в Україні ще з часів радянського періоду, за спільною заявою подружжя, яке не має дітей та за заявою одного з подружжя, якщо другий з подружжя визнаний безвісно відсутнім або ж визнаний недієздатним.

Враховуючи важливість інституту припинення шлюбу, настав час відмовитися від адміністративного порядку розірвання шлюбу, залишивши лише судовий порядок розірвання шлюбу. Це тим більше підтверджується наявністю у Сімейному кодексі України ст. 109, що визначає розірвання шлюбу в судовому порядку за спільною заявою подружжя, яке має дітей. Спільна заява подружжя про розірвання шлюбу розглядається в порядку окремого провадження, оскільки у цих справах відсутній спір. Зрозуміло, що держава в таких випадках не вправі втручатися та з'ясовувати причини розірвання шлюбу, і законодавець, відповідно, застосовуючи принцип свободи укладення та припинення шлюбу, виходить із загальних засад регулювання сімейних відносин, що жінка та чоловік мають рівні права і обов'язки у сімейних відносинах, шлюбі та сім'ї.

Як зазначає С.І. Шимон, підставою для розірвання шлюбу судом у цих випадках є взаємна згода дружини та чоловіка на припинення шлюбу шляхом його розірвання¹⁰. Аналогічно це стосується і заявного порядку розірвання шлюбу в адміністративному порядку через органи державної реєстрації актів цивільного стану.

А.Б. Болховітіна також підтримує позицію доцільності закріплення в ст. 105 Сімейного кодексу України положення, що судовий порядок розірвання шлюбу є основним, а адміністративний застосовується лише як виняток¹¹.

Підстави для розірвання шлюбу в суді, які визначені ч. 1 ст. 112 СК України, сформульовані не чітко, а носять більш абстрактний (оціночний), декларативний характер. Зокрема, суд з'ясовує фактичні взаємини подружжя, дійсні причини позову про розірвання шлюбу (якщо справа слухається за позовом одного з подружжя), бере до уваги наявність малолітньої дитини, дитини-інваліда та інші обставини життя подружжя. У частині другій цієї норми законодавець вказує на більш конкретизовані підстави, а саме: суд постановляє рішення про розірвання шлюбу, якщо буде встановлено, що подальше спільне життя подружжя і збереження шлюбу суперечило б інтересам одного з них, інтересам їхніх дітей, що мають істотне значення. Це означає, що законодавство України не встановлює конкретних підстав для розірвання шлюбу, а тим більше – можливості врахування вини одного з подружжя.

Імпонує позиція С.І. Шимон, яка вказує на те, що в позові про розірвання шлюбу обов'язково зазначаються мотиви, обставини, які стали причиною для розірвання шлюбу. На практиці, досліджуючи ці обставини, нею вказуються такі причини розірвання шлюбу: шлюбні відносини з відповідачем не склалися, між подружжям часто виникали суперечки та сварки, відповідач періодично зловживав алкогольними напоями, зневажливо ставиться до дружини, чинить щодо неї психологічне насильство; відповідач влаштовує сварки, скандали та бійки, принижує людську гідність позивачки, виявляє неповагу до дружини, яка є людиною похилого віку, часто хворіє та потребує спокою, але відповідач до цього ставиться негативно; подружжя тривалий час перебуває в неприязних стосунках; подружнє життя з жінкою не складається через її зневажливе ставлення до чоловіка, що виявляється у неповазі, невиконанні подружніх обов'язків та ігнорування його порад¹².

У цьому якраз вбачається спеціальний характер сімейно-правового регулювання причин розірвання шлюбу, оскільки законодавець у СК України залишив простір для автономного регулювання¹³.

Це означає, що подружжя, яке виявило бажання розірвати свій шлюб, самостійно визначає підстави (причини) для цього. Однак суди не завжди в мотивувальній частині рішення вказують на заявлену позивачем підставу розірвання шлюбу, а використовують загальні підстави, які визначені ст. 112 СК України, а саме: що подальше спільне життя подружжя і збереження шлюбу суперечить інтересам один одного або інтересам їх дітей, з чим, як правило, не погоджуються позивачі.

Отже, припинення шлюбу внаслідок його розірвання за законодавством України відбувається в судовому порядку за двома моделями. Перша модель – це заявний порядок розірвання шлюбу, який відбувається на підставі спільної заяви подружжя відповідно до ст. 109 СК України і розглядається судом в окремому провадженні. Для цього насамперед потрібне взаємне бажання подружжя припинити шлюб за неможливістю його подальшого існування. Наявність дітей не є перешкодою до цього. Подружжя, яке має дітей, може подати до суду заяву про розірвання шлюбу разом з письмовим договором про те, з ким із подружжя будуть проживати діти, яку участь у забезпеченні умов їхнього життя братиме той із батьків, хто проживатиме окремо, а також про умови здійснення ними права на виховання дітей.

Слід зазначити, що законодавець не зовсім чітко визначає у ст. 109 СК України, про які договори йдеться (договір про виховання та договір про утримання дитини), оскільки в ч. 1 ст. 109 СК України перераховані начебто умови договору, у т.ч. і яку участь у забезпеченні умов життя дітей братиме той із батьків, хто буде проживати окремо (надання матеріального утримання). У ч. 2 ст. 109 СК України зазначається, що договір між подружжям про розмір аліментів на дитину має бути нотаріально посвідчений. Таким чином, напрошується висновок про те, що, при розгляді справи про розірвання шлюбу в окремому провадженні подружжя може подати цивільно-правовий договір із означеними вище умовами і, якщо в цьому договорі буде міститися умова про розмір утримання одним із батьків дитини, то він має бути нотаріально посвідчений.

Відповідно до п. 8 постанови Пленуму Верховного Суду України від 21 грудня 2007 р. № 11 «Про практику застосування судами законодавства при розгляді справ про право на шлюб, розірвання шлюбу, визнання його недійсним та поділ спільного майна подружжя»¹⁴ (далі – Постанова), для захисту інтересів неповнолітніх дітей суд має перевірити зміст письмових договорів, які подружжя подає під час розгляду справи про розірвання шлюбу. Відповідно до ст. 109 СК України подружжя має право подати письмовий договір, в якому передбачити:

- з ким з них будуть проживати діти;
- яку участь у забезпеченні умов їхнього життя братиме той із подружжя, хто буде проживати окремо;
- умови здійснення ним права на особисте виховання дитини.

Крім того, подружжя подає до суду договір про розмір аліментів на дитину (дітей). Судам слід перевіряти дотримання нотаріального посвідчення такого договору.

Таким чином, Верховний Суд України вважає, що подружжя, яке виявило бажання розірвати шлюб за взаємною згодою на підставі спільної заяви в суді, має право подати перераховані у Постанові договори, але не зобов'язане це робити. А от щодо аліментних зобов'язань щодо своїх неповнолітніх дітей, то це їх обов'язок, оскільки суд зобов'язаний перевіряти нотаріальне посвідчення такого договору.

Проведене нами дослідження судової практики розгляду судами такої категорії справ в окремому провадженні приводить зовсім до протилежного висновку. Суди взагалі не вимагають подання подружжям описаних як у ст. 109 СК України, так і в постанові Пленуму Верховного Суду України від 21 грудня 2007 р. № 11 договорів, оскільки вважають, що всі ці питання суд досліджує при розгляді справи про розірвання шлюбу і ухвалює відповідне рішення. Цей порядок однозначно вимагає удосконалення нашого законодавства.

Відповідно, вирішуючи справу про розірвання шлюбу в окремому провадженні, суд ухвалює (постановлює) рішення про розірвання шлюбу, якщо буде встановлено, що заява про розірвання шлюбу дійсно відповідає волі дружини та чоловіка, і що після припинення шлюбу, не будуть порушені їхні особисті немайнові та майнові права, а також права їх дітей. Суд ухвалює рішення про розірвання шлюбу по закінченню одного місяця від дня подання заяви. До цього подружжя вправі відкликати свою заяву про розірвання шлюбу.

Друга модель розірвання шлюбу в судовому порядку – це розірвання шлюбу внаслідок подання одним із подружжя (пред'явлення) позову до суду про розірвання шлюбу. Цей порядок застосовується у разі відсутності згоди другого з подружжя на припинення шлюбу.

Відповідно до ч. 2 ст. 110 СК України позов про розірвання шлюбу не може бути пред'явлений протягом вагітності дружини та протягом одного року після народження дитини, крім випадків, коли один із подружжя вчинив протиправну поведінку, яка містить ознаки кримінального правопорушення щодо другого із подружжя або дитини. Однак доволі часто бувають випадки, коли у цей період один із подружжя систематично вживає алкогольні напої (або є хронічним алкоголіком), психотропні та наркотичні препарати і це не підпадає під виняток, вказаний у цій правовій нормі, оскільки не кваліфікується як протиправна поведінка, яка містить ознаки кримінального правопорушення.

У 2011 р. С.Б. Булеца, Ю.Ф. Іванов, О.В. Ієвіня в науково-практичному коментарі до Сімейного Кодексу, запропонували внести зміни до ст. 110 СК України, а саме, що позов про розірвання шлюбу може бути пред'явлений протягом вагітності дружини та упродовж одного року після народження дитини, коли один із подружжя систематично вчиняє таку поведінку, що суперечить моральним засадам сім'ї¹⁵.

Вважаю, що більш вдалою була б вказівка не лише на поведінку, а на протиправну поведінку одного із подружжя, як це зазначено у ст. 110 СК України, і алкоголізм, наркоманію одного з подружжя, які завдають не тільки моральної шкоди сім'ї, а й психологічної та матеріальної шкоди.

Відповідно до СК України встановлені й інші виняткові обставини, які надають можливість подати одному із подружжя позов про розірвання шлюбу протягом вагітності дружини, а саме, якщо батьківство зачатой дитини визнане іншою особою. Аналогічно це стосується можливості пред'явлення позову про розірвання шлюбу одним із подружжя до досягнення дитиною одного року, якщо батьківство щодо неї також буде визнано іншою особою або за рішенням суду відомості про чоловіка як батька дитини вилучені з актового запису про народження дитини.

Позов від недієздатного подружжя може бути пред'явлений його (її) опікуном або у виключних випадках і прокурором.

Суд, за змістом ст. 111 СК України, вживає заходів щодо примирення подружжя, якщо це не суперечить моральним засадам суспільства. Така законодавча техніка, яка використана у цій нормі, викликає багато запитань, двоякого тлумачення та оціночних підходів на практиці.

Вживати чи не вживати заходи щодо примирення і у яких випадках ці заходи не будуть суперечити моральним засадам суспільства, важко дати відповідь. Адже законодавством не визначено це обов'язком суду, а лише його правом, не має переліку цих заходів примирення і не вказано, у яких випадках вжиття цих заходів буде суперечити моральним засадам суспільства.

Так, С.І. Шимон вказує: якщо в процесі розгляду справи судом буде встановлено, що відповідач поводить в сім'ї зневажливо, цинічно, аморально або подальше збереження шлюбу загрожує життю, здоров'ю, спокою позивача та (або) дітей, інших членів сім'ї, то строк для примирення не встановлюється¹⁶.

Суд не зобов'язаний призначати строк для примирення. Передусім припинення шлюбу, як і його укладення – це вольове рішення рівноправних партнерів: чоловіка та жінки. Не відомі випадки, коли судом відмовлено подружжю у розірванні шлюбу. Адже збереження шлюбу все-таки належить до взаємного бажання зберегти сім'ю, шлюб і приймається на паритетних засадах, на почутті взаємної любові та поваги, взаємодопомоги та підтримки, тобто на тому, що є морально-правовою основою шлюбу. Нікого не можна змусити бути у шлюбі. Відповідно до п. 10 постанови Пленуму Верховного Суду України від 21 грудня 2007 р. № 11, питання про визначення строку для примирення має вирішуватися судом після заслуховування думки сторін та врахування конкретних обставин справи.

Отже, підбиваючи підсумки, можна дійти висновку, що за життя подружжя шлюб між ними може бути припинений шляхом його розірвання. Сімейне законодавство України, в основу якого закладено принцип свободи шлюбу, відмовилось від визначення переліку підстав для розірвання шлюбу, який би дав можливість суду при відсутності і доведеності однієї з цих підстав відмовити у розірванні шлюбу. Судова практика виходить із загальної та єдиної підстави, яка визначена в законі (ст. 112 Сімейного кодексу України) для розірвання шлюбу – шлюб розривається, якщо буде встановлено, що подальше спільне життя подружжя і збереження шлюбу суперечило б інтересам одного з них, інтересам їхніх дітей, що мають істотне значення.

Однак вважаємо, що на сьогодні першочерговим завданням суду мало б бути не встановлення фактів, які свідчили б про неможливість збереження сім'ї і подальшого спільного життя подружжя, а навпаки,

досягнення примирення сторін шляхом проведення переговорів з подружжям з метою реального відновлення шлюбних відносин або хоча б примирення подружжя і уникнення негативних наслідків розірвання шлюбу, виходячи з інтересів насамперед дітей.

Тому пропонується застосування суддями функцій медіатора та введення у судовий процес процедури медіації.

У зв'язку із зміцненням охорони та захисту прав і інтересів подружжя, їх малолітніх і неповнолітніх дітей, з метою вжиття всіх можливих заходів, які спрямовані на збереження сім'ї, доцільніше було б запровадити виключно судовий порядок розірвання шлюбу. Судовий порядок має застосовуватися при розірванні шлюбу як за взаємною згодою подружжя, як це встановлено ст. 109 Сімейного кодексу України, так і за заявою одного з них (ст. 110 Сімейного кодексу України).

Такий висновок і пропозиції підтверджуються і тим, що держава у процесі розірвання шлюбу не може займати нейтральну позицію лише спостерігача, обмежуватися лише констатацією факту безповоротного розпаду сім'ї, а навпаки, вживати всіх можливих заходів для зміцнення сім'ї. Відповідно, ці інструменти правового характеру є тільки в судових органах, оскільки розірвання шлюбу як припинення правовідношення є способом захисту прав подружжя.

¹ Антология мировой правовой мысли: в 5 т. Москва, 1999. Т. I: Античный мир и Восточные цивилизации. С. 745.

² Сімейне право України : підручник / Т.В. Боднар, В.С. Гопанчук, О.В. Дзера [та ін.] ; за заг. ред. Т.В. Боднар та О.В. Дзери. Київ : Юрінком Інтер, 2016. 520 с. С. 114.

³ Глиняна К.М. Правове регулювання розлучення за сімейним законодавством України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Одеса, 2006. С. 114–115.

⁴ Антопольская М.В. Семейное право. Москва, 2010. С. 167.

⁵ Гражданское уложение Германии / пер. с нем. В. Бергман и др. Москва, Волтерс Клувер, 2006.

⁶ Гражданский кодекс Латвийской Республики от 28.01.1937 (в ред. 2006 г.). Ч. 1. Семейное право. *Обзор законодательства государств – членов Содружества Независимых Государств и стран Балтии в сфере актов гражданского состояния*. Москва, 2008. Т. III.

⁷ Гражданский кодекс Латвийской Республики от 28.01.1937 (в ред. 2006 г.). Ч. 1. Семейное право. *Обзор законодательства государств – членов Содружества Независимых Государств и стран Балтии в сфере актов гражданского состояния*. Москва, 2008. Т. III.

⁸ Трофимец И.А. Актуальные вопросы заключения и прекращения брака на постсоветском пространстве: монография. Москва: Юрлитинформ, 2012. 256 с. С. 213

⁹ Войтенко Т.В. Зміна статі як підстава припинення шлюбу. *Науковий вісник публічного та приватного права*, 2015. Вип. 2. С. 20–24.

¹⁰ Сімейне право України : підручник / Т.В. Боднар, В.С. Гопанчук, О.В. Дзера [та ін.] ; за заг. ред. Т.В. Боднар та О.В. Дзери. Київ : Юрінком Інтер, 2016. 520 с. С. 120.

¹¹ Болховітіна А.Б. Припинення шлюбу за законодавством України: дис. ... канд. юрид. наук. Київ. нац. ун-т ім. Т. Шевченка. К., 2009. 241 с. С. 215.

¹² Сімейне право України : підручник / Т.В. Боднар, В.С. Гопанчук, О.В. Дзера [та ін.] ; за заг. ред. Т.В. Боднар та О.В. Дзери. Київ : Юрінком Інтер, 2016. 520 с. С. 121–122.

¹³ Юридичні факти в сімейному праві України: усталені підходи і новітні тенденції : монографія / О.А. Явор. Харків : Право, 2016. 352 с. С. 146.

¹⁴ URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0011700-07>

¹⁵ Сімейний кодекс України. Науково-практичний коментар. Київ: Видавничий дім «Професіонал», 2011. С. 428.

¹⁶ Сімейне право України : підручник / Т.В. Боднар, В.С. Гопанчук, О.В. Дзера [та ін.] ; за заг. ред. Т.В. Боднар та О.В. Дзери. Київ : Юрінком Інтер, 2016. 520 с. С. 123.

Резюме

Дякович М.М. Припинення шлюбу внаслідок його розірвання за сімейним правом України.

Статтю присвячено дослідженню інституту припинення шлюбу внаслідок його розірвання за сімейним правом України. Аналіз законодавства інших країн щодо зміцнення інституту шлюбу сформував мету цього дослідження в напрямі удосконалення правового регулювання процесу розірвання шлюбу та прийняття концептуально нових підходів до розірвання шлюбу лише через суд.

Ключові слова: шлюб, розірвання шлюбу, судовий порядок розірвання шлюбу, адміністративний порядок розірвання шлюбу, сім'я, подружжя, строк для примирення.

Резюме

Дякович М.М. Прекращение брака вследствие его расторжения по семейному праву Украины.

Статья посвящена исследованию института прекращения брака вследствие его расторжения по семейному праву Украины. Анализ законодательства других стран по укреплению института брака сформировал цель этого исследования в направлении усовершенствования правового регулирования процесса расторжения брака и принятия концептуально новых подходов к расторжению брака только через суд.

Ключевые слова: брак, расторжение брака, судебный порядок расторжения брака, административный порядок расторжения брака, семья, срок для примирения.

Summary

Diakovych M. Cessation of the marriage as a consequence of its severance die to Ukrainian family law.

The article is devoted to research of the institute of cessation of the marriage as a consequence of its severance due to Ukrainian family law.

The analysis of the legislation of other countries concerning the stabilization of the institute of the marriage has formed the aim of this research in the direction for the perfection of legal regulation of the process of the severance of the marriage and admittance of conceptually new approaches to severance of the marriage exceptually in the court.

Key words: marriage, severance of the marriage, judicial process of severance of the marriage. executive process of the severance of the marriage, family, spouse, terms for reconciliation.

УДК 349.2

Н.А. ЦИГАНЧУК

Наталія Антонівна Циганчук, кандидат юридичних наук, доцент, доцент Академії праці, соціальних відносин і туризму

ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО СТАТУСУ ПРОФСПІЛОК ЯК СУБ'ЄКТІВ ТРУДОВОГО ПРАВА

Значні політичні й економічні перетворення, які відбулися в суспільстві з моменту проголошення України правовою, незалежною державою, зумовили виникнення цілого ряду складних проблем політичного, економічного і організаційно-правового характеру. Все це призвело до погіршення рівня соціально-правових гарантій найманих працівників, оскільки інтереси роботодавця та працівника, як сторін трудового відношення, не збігаються. За офіційними даними Мінстату України заборгованість із заробітної плати в Україні на початок січня 2019 р. становила біля 3 млрд гривен. Страховими експертами з охорони праці Фонду соціального страхування України у ході проведення перевірок виявлено понад 60 тисяч порушень законодавства про охорону праці. На обліку в службі зайнятості зареєстровані як безробітні біля 2 млн чоловік, тобто кожен дев'ятий українець є безробітним, а кожен третій працює нелегально. Кожне шосте звільнення працівника з роботи в 2019 р. було проведено з порушенням норм чинного трудового законодавства. За таких умов важливого значення набуває діяльність органів і організацій, які покликані забезпечувати захист прав та інтересів людини праці. Такими організаціями вважаються професійні спілки. Згідно зі ст. 36 Конституції України громадяни мають право на участь у професійних спілках з метою захисту своїх трудових і соціально-економічних прав і інтересів¹. І хоч профспілки не завжди є стороною індивідуального трудового правовідношення, але вони мають великий вплив на його становлення та розвиток. Враховуючи постійне збільшення кількості порушень прав найманих працівників при реалізації ними права на працю, актуальним залишається питання визначення місця та ролі профспілок як суб'єктів трудового права.

Метою статті є дослідження правового статусу профспілок як суб'єктів трудового права, виявлення проблем правового статусу та надання пропозицій щодо їх вирішення.

Становище профспілок як суб'єктів трудового права порівняно зі становищем працівників та роботодавців, має свої специфічні особливості, оскільки їх права і обов'язки витікають не із трудового правовідношення, а із права громадян на об'єднання. За визначенням І.Я. Кисельова, право на об'єднання у профспілки є одним із найважливіших у цивілізованому суспільстві, а його реалізація – показник існування демократії в державі. Профспілкова свобода передбачає повну політичну та фінансову незалежність профспілок від держави, політичних партій, підприємців, церкви, що, як правило, ретельно перевіряється при державній реєстрації профспілок у країнах з ринковою економікою².

Розкриваючи поняття «професійні спілки», відомий дослідник профспілкової діяльності В.І. Прокопенко зазначає, що професійні спілки є добровільними громадськими організаціями, які об'єднують громадян, пов'язаних спільними інтересами за родом їх професійної діяльності, з метою представництва, здійснення та захисту їх трудових, соціально-економічних та інших прав та інтересів³.

На думку О.І. Процевського, профспілки – це насамперед об'єднання, як правило, працюючих людей на підставі професійних інтересів, суть яких обумовлює виробництво і які виникають під час дії трудових правовідносин⁴. Законом № 2454-IV від 03 березня 2005 р.⁵ до ч. 4 ст. 7 Закону України «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності» (далі – Закон про профспілки) були внесені зміни, згідно з якими профспілки у своїх статутах (положеннях) можуть закріплювати право на членство у профспілці осіб, зайнятих творчою діяльністю, членів фермерських господарств, фізичних осіб – суб'єктів підприємницької діяльності, а також осіб, які навчаються у професійно-технічних або вищих навчальних закладах, осіб, які звільнилися з роботи чи служби у зв'язку з виходом на пенсію або які тимчасово не працюють⁶. Це суттєво

змінює твердження О.І. Процевського про те, що профспілки об'єднують лише працюючих людей за професійними інтересами, які виникають під час дії трудових правовідносин.

Діяльність профспілок є різносторонньою. Але незважаючи на те, що профспілки можуть вступати у відносини, які регулюються різними галузями права (конституційним, адміністративним, цивільним, соціального забезпечення тощо), визначальними є відносини, що регулюються трудовим правом, оскільки основним завданням професійних спілок є захист трудових і соціально-економічних прав та інтересів своїх членів. Саме трудове право концентрує абсолютну більшість прав та обов'язків профспілок, що дають змогу визначити їх правове становище, правосуб'єктність і розглядати їх як суб'єктів трудового права.

Аналізуючи це питання, слід зазначити, що всі суб'єкти трудового права за законом наділяються специфічною властивістю – мають правовий статус, який забезпечує їм можливість брати участь у конкретних соціально-трудових правовідносинах. Проблема правового статусу суб'єкта права і юридичних категорій, через які він розкривається, належить до однієї з найбільш дискусійних у правовій науці взагалі і у трудовому праві зокрема. До цієї теми неодноразово зверталися М.Г. Александров, С.С. Алексеев, Б.К. Бегічев, Л.Я. Гінцбург, В.М. Горшенев, М.І. Матузов, А.Р. Мацок, А.В. Міцкевич, П.Д. Пилипенко, І.О. Снігірьова, А.І. Цепін, І.М. Якушев та багато інших. У сучасній юридичній літературі правовий статус визначають як визнану конституцією та законами сукупність вихідних і невід'ємних прав та обов'язків людини, а також повноважень державних органів, громадських організацій і посадових осіб⁷.

Права профспілок у сфері праці – основна частина їх правового статусу, тобто сукупності прав та обов'язків, якими вони наділені. Наявність правового статусу не суперечить суспільній природі профспілок. Зберігаючи цю властивість, профспілки користуються певними правами, встановленими державою. Проте це не лише права у сфері праці, а й права профспілок як юридичної особи, і право на участь в управлінні державними соціальними фондами, права в галузі екології, приватизації тощо.

Зміст статусу профспілок у сфері праці (як суб'єктів трудового права) характеризується обсягом закріплених за ними юридичних можливостей.

Статус профспілок у сфері праці як частина їх сукупного статусу (багатогалузевої спільності) на сучасному етапі поєднує в собі сталі риси їх правового положення, які характерні саме для даного періоду.

Сталість, послідовність змісту правового статусу профспілок як суб'єктів трудового права обумовлені самим існуванням трудових відносин між працівниками та роботодавцями, необхідністю захисту прав та інтересів трудящих у цих відносинах.

Незмінною частиною правового статусу профспілок є представництво інтересів трудящих, участь у регулюванні трудових відносин, контроль за дотриманням законодавства про працю та охорону праці.

З точки зору права, представництво – це визнання у найбільш загальній формі правосуб'єктності профспілок у сфері трудових відносин. На думку О.М. Бондаренко, представництво – це форма, через яку профспілки здійснюють своє соціальне призначення – виражати інтереси працівників, захищати їх права та законні інтереси⁸.

Про суть профспілкового представництва вченими висловлювалися різні, часом протилежні твердження. Так, В.М. Догадов називав представництво одним із принципів профспілкового руху⁹. Однак профспілковий рух не є категорією трудового права. Це узагальнене поняття напряму діяльності профспілок усіх рівнів, які створюють об'єднання, конфедерації для досягнення певних цілей при регулюванні відносин з різними суб'єктами права.

Якщо виходити безпосередньо зі ст. 2 Закону про профспілки, то представництво є самостійною функцією профспілок, що повністю збігається з визначенням, даним В.І. Смолярчуком¹⁰, та заперечує висновок Г.К. Москаленка, який вважає представництво елементом захисної функції профспілок¹¹. Оскільки ст. 19 Закону про профспілки закріплює право профспілок, їх об'єднань представляти інтереси членів профспілки, а в питаннях колективних інтересів трудящих – усіх найманих працівників, незалежно від їх членства у профспілках, то слушним є твердження А.І. Цепіна, Є.М. Гершанова, Б.О. Шеломова, що представництво є найбільш загальним правом профспілок^{12,13} та І.О. Снігірьової і Л.С. Явіч, які зазначали, що представництво є не тільки найбільш загальним правом профспілок, але й організаційно-правовою формою їх діяльності¹⁴. Досліджуючи це питання, А.Р. Мацок вважав, що представництво охоплює всі можливі види відносин профкому і адміністрації в сфері виробництва, праці, побуту і культури¹⁵. Такий висновок підтверджується ст. 2 Закону про профспілки, яка вказує на те, що профспілки здійснюють представництво трудових та соціально-економічних прав членів профспілки.

Досліджуючи питання профспілкового представництва в подальшому, Б.О. Шеломов розглядав його в трьох аспектах: як соціальну властивість профспілок; як передумову для наділення профспілок відповідними правами; як організаційно-правову форму їх діяльності¹⁶. Ми підтримуємо його висновок про те, що представництво є організаційно-правовою формою діяльності профспілок, оскільки для реалізації ними представницької та захисної функції необхідно наділити їх певними повноваженнями. Серед науковців висловлювалися думки і щодо існування відносин представництва¹⁷. Якщо виходити з того, що представляючи інтереси своїх членів профспілки вступають у різноманітні відносини, то з даною точкою зору можна погодитись. У юридичній літературі представництво розглядається як одне із завдань профспілок та як право і водночас обов'язок профспілок¹⁸.

Різнomanітність точок зору на суть представництва є результатом різного підходу авторів до досліджуваної проблеми, яка не вирішена і до сьогодні. На наш погляд, представництво – це форма реалізації основ-

них напрямів діяльності профспілок, спрямованих на захист основних прав та законних інтересів членів профспілки при захисті індивідуальних трудових відносин та всіх найманих працівників при колективних трудових відносинах.

Виходячи з вищевикладеного, можна зробити висновок, що правовий статус профспілок – це їх базове правове становище в суспільстві, яке являє собою певні правовідносини профспілок з державою та з іншими суб'єктами правовідносин при реалізації профспілками представницької та захисної функцій.

Окрім правового статусу, що є одним із компонентів правосуб'єктності, кожна особа (фізична чи юридична) має ще правоздатність як передбачену нормами права здатність мати суб'єктивні права та юридичні обов'язки і дієздатність як передбачену нормами права здатність та юридичну можливість своїми діями набувати права та обов'язки, здійснювати та виконувати їх.

Дієздатність надає можливість суб'єкту права вчиняти юридично значимі дії, які пов'язані з реалізацією правового статусу. Вона необхідна суб'єкту права для реалізації загальних прав і обов'язків, якими він наділений завдяки правоздатності. Якщо правоздатність є незмінною властивістю, то обсяг прав і обов'язків (правовий статус) може бути різний в конкретних суб'єктах чи їх груп. А тому і дієздатність не може бути однаковою для всіх. Як і правоздатність, дієздатність можна поділити на певні види: дієздатність профспілок як громадської організації, дієздатність виборних органів первинних профспілкових організацій і дієздатність, яка властива конкретному виборному профспілковому органу.

Право- і дієздатність профспілок обумовлені визначеними законодавством фактичними обставинами. В основі визнання за ними вказаних юридичних властивостей лежить визнання профспілок як громадських організацій. На думку Г.С. Гончарової, профспілки слід вважати утвореними з моменту оформлення відповідного протоколу, відкриття рахунку в банківських установах, отримання печатки, штампа¹⁹.

Така позиція є недостатньо обґрунтованою. Як зазначає В.І. Прокопенко, принципи побудови і діяльності громадських організацій визначають їх статuti, які приймаються з'їздами, конференціями, установчими або загальними зборами членів профспілки відповідного рівня²⁰. Згідно зі ст. 16 Закону про профспілки в редакції Закону України «Про внесення зміни до ст. 16 Закону України «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності» від 5 червня 2003 р.²¹ профспілка набуває права юридичної особи з моменту затвердження її статуту. Статут є основним документом, який регулює внутрішньо-профспілкові відносини. У зв'язку з цим у статутах необхідно закріпити повноваження усіх організаційних ланок та повноваження виборних органів, через які профспілки здійснюють свої повноваження. Це означає, що має бути визначена компетенція кожної структурної ланки профспілкової організації. При цьому будь-яке з повноважень, віднесених до компетенції виконавчого органу, може бути прийняте вищим органом профспілкової організації – зборами (конференцією) до свого відання. Порядок формування виборних профспілкових органів є необхідною умовою визнання за ними властивостей суб'єкта права, в тому числі право- і дієздатності. Обраний відповідно до статуту виборний профспілковий орган наділяється юридичними властивостями: право- і дієздатністю. Однак для визнання дієздатним колегіального виборного профспілкового органу необхідно дотримання ще однієї статутної вимоги – колегіальності в діяльності, тобто для реалізації прав і обов'язків в роботі колегіального органу повинна брати участь певна, визначена статутом, кількість його членів. Оскільки дотримання цієї умови лежить в основі лише дієздатності, не можна говорити про злиття правоздатності і дієздатності виборних профспілкових органів, про що зазначається в науковій літературі²².

Найбільш повно питання правосуб'єктності профспілок досліджене І.О. Снігірьовою²³. Вона стверджує, що правоздатність виступає одночасно юридичною ознакою профспілок як суб'єктів права і передумовою набуття конкретних прав і обов'язків, тобто та загальна основа, без якої неможливі суб'єктивні права і обов'язки. Розвиваючи цю теорію, І.О. Снігірьова розділяє правоздатність профспілок на загальну (профспілок як громадської організації і всіх її виборних органів), особливу (окремих груп органів: профкомів, міських, обласних та інших рад і комітетів) та індивідуальну (конкретного профспілкового органу). Далі вона зазначає, що загальна правоздатність входить в особливу як «загальна частина». Що ж стосується правоздатності окремих груп профспілкових органів, то вона відрізняється від правоздатності профспілкової організації обсягом і характером прав і обов'язків, а індивідуальна правоздатність конкретного профспілкового органу похідна від загальної і особливої²⁴.

На наш погляд, не з усіма висновками І.О. Снігірьової можна погодитись, оскільки суть правоздатності полягає саме в здатності, а не в правоволодінні. Здатність мати права і обов'язки є властивістю однаковою, рівною для всіх, незалежно від обсягу прав і обов'язків, якими фактично володіє конкретний суб'єкт чи їх група, об'єднана за певними ознаками.

Питання трудової правосуб'єктності виборних профспілкових органів в тих чи інших аспектах постійно перебували в полі зору науковців^{25,26}. Але на запитання, чи є виборні профспілкові органи суб'єктами трудових правовідносин, найчастіше давалася негативна відповідь. З позиції теорії єдиного неподільного трудового правовідношення це можна було пояснити тим, що у правовідношенні могло бути лише два суб'єкти – працівник і підприємство, від імені якого виступає керівник. Однак ніхто не звертав уваги на те, що неподільність трудового правовідношення полягає у його сутності, а не в суб'єктах, які вступають у правовідносини. Реальна участь виборних профспілкових органів в різних суспільних відносинах, що регулюються трудовим правом, визнавалася більшістю авторів, в зв'язку з чим робилися спроби дати характеристику правовідносинам, що виникають із їх суб'єктивного складу.

На думку Р.З. Лівшиця, підприємство як сторона єдиного правовідношення має складну структуру: воно являє собою господарський орган і трудовий колектив. Від імені господарського органу в трудовому правовідношенні бере участь адміністрація, від імені колективу – ФЗМК²⁷. Згодом він уточнив свою позицію, вказавши, що єдине трудове правовідношення складається з індивідуального та колективного. Сторонами першого виступають працівники і підприємство, у другому – адміністрація виступає представником підприємства і держави, а профспілковий комітет – представник трудового колективу.

Найбільш повну комплексну класифікацію колективних трудових правовідносин зробив А.Р. Мацюк²⁸. Він розкрив поняття «участь трудящих в управлінні виробництвом» та виділив відносини, які становлять систему колективних трудових відносин. Залежно від форми реалізації колективних трудових прав і характеру зв'язку між сторонами цих відносин вчений поділив їх на безпосередні (прямі) колективно-трудова правовідносини та на опосередковані колективні трудові правовідносини. За його визначенням, сторонами колективних трудових правовідносин є підприємство і трудовий колектив, оскільки ці відносини фактично виникають між адміністрацією та комітетом профспілки. Зважаючи на це, адміністрація і профспілковий комітет виступають суб'єктами колективних трудових правовідносин на боці відповідного підприємства та трудового колективу.

Проти поділу трудових правовідносин на індивідуальні та колективні виступає О.І. Процевський²⁹. За його визначенням, трудовими є відносини, які виникають з реалізації здатності до праці. Сутністю таких відносин є застосування людиною своєї працездатності, праці. Суб'єктами таких правовідносин виступають наймані працівники та роботодавці. Оскільки правом на працю володіє лише найманий працівник, то О.І. Процевський доходить висновку, що у трудовому законодавстві можуть існувати лише індивідуальні трудові відносини. Правові відносини, які виникають за участю профспілкового органу, не можна віднести до трудових, бо профспілковий орган не є суб'єктом індивідуального трудового правовідношення.

На нашу думку, більш прийнятним, хоч і не повним, є визначення А.Р. Мацюка. Профспілка, здійснюючи представництво та захист конкретного працівника – члена первинної профспілкової організації, може розглядатись лише як суб'єкт трудового права, а при захисті та представництві інтересів трудового колективу – як сторона колективного трудового правовідношення. До такого ж висновку доходить і Г.О. Фоменко вказуючи, що профспілки (у тому числі й профспілковий комітет) виступають як суб'єкти трудового права³⁰. Даними вченими не враховано, що у випадку, коли профспілки виступають як роботодавці, вони визнаються стороною індивідуального трудового відношення.

Виборний орган первинної профспілкової організації є первинним осередком первинної профспілкової організації. Правовий статус виборного органу первинної профспілкової організації має свої особливості, пов'язані з тим, що виборні органи первинних профспілкових організацій виступають не тільки як органи громадської організації, а й як представники трудового колективу. У зв'язку з цим в літературі висловлюються різні думки про співвідношення правового статусу виборного органу первинної профспілкової організації і трудового колективу.

Так, В.М. Скобелкін, О.В. Смірнов, В.Г. Соїфер вважають, що деякі права (зокрема, з управління виробництвом) профспілкові комітети отримують від трудового колективу^{31,32,33}. А.Д. Зайкін, А.М. Куренной, В.А. Чібісов відносять права профспілкового комітету до прав трудового колективу³⁴; В.А. Маслініков включає в статус трудового колективу норми, які регулюють діяльність первинних осередків громадських організацій³⁵; Р.З. Лівшиць, А.С. Пашков, В.С. Яричевський відносять профспілкові комітети до органів трудового колективу або одночасно до органів трудового колективу і профспілкової організації, а тому права трудового колективу і профспілкового комітету розглядають у взаємозв'язку³⁶; П.М. Лебедев, В.А. Маслініков, А.Т. Перфільєв включають громадські організації в структурні підрозділи трудового колективу³⁷, І.А. Снігірьова розглядає профспілковий комітет і трудовий колектив як самостійні суб'єкти права, кожний з яких наділений своїм правовим статусом³⁸.

На нашу думку, правовий статус виборного органу первинної профспілкової організації і правовий статус трудового колективу хоч і мають певний зв'язок, однак це різні правові явища, які мають багато відмінного: до складу первинної профспілкової організації не завжди входять всі члени трудового колективу; інтереси трудового колективу можуть представляти й інші уповноважені на те представницькі органи; члени трудового колективу можуть об'єднуватись в різні первинні профспілкові організації, що діють на підприємстві, і створювати їх органи; члени трудового колективу взагалі можуть не створювати профспілок на підприємстві або входити до складу первинних профспілкових організацій, які діють поза підприємством; ряд прав трудового колектив може здійснювати безпосередньо і представництво його інтересів будь-яким органом, в тому числі і профспілковим, не допускається (наприклад, затвердження правил внутрішнього трудового розпорядку відповідно до ст. 142 КЗпП); виборний орган первинної профспілкової організації також володіє правами, реалізація яких може здійснюватись лише виключно ним самим (наприклад, розірвання трудового договору з ініціативи роботодавця відповідно до ст. 43 КЗпП проводиться тільки за попередньою згодою виборного органу первинної профспілкової організації)³⁹.

Незважаючи на це, деякі вчені не визнають виборний орган первинної профспілкової організації самостійним суб'єктом трудового права.

Так, як зазначає О.М. Бондаренко, повноваження і широка сфера дії виділяють профспілковий комітет серед інших представників трудового колективу. Але він залишається лише представником інтересів колек-

тиву, а сам не стає ні суб'єктом, ні співсуб'єктом. При цьому О.М. Бондаренко вказує, що в трудовому праві представник має права, які не збігаються з правами об'єднання, яке він представляє⁴⁰.

Оскільки Закон про профспілки визнає статус юридичної особи за профспілками і їх об'єднаннями, П.Д. Пилипенко дійшов висновку, що виборні органи профспілок – профкоми, такого статусу мати вже не можуть, а тому їх не можна розглядати як суб'єктів правовідносин⁴¹. З цією точкою зору не можна погодитись. Як уже зазначалось раніше, первинні профспілкові організації виступають суб'єктами індивідуальних трудових відносин та стороною колективних трудових відносин. Вони можуть бути і стороною індивідуальних трудових відносин, але не як профспілки – представники інтересів працівників, а як профспілки-роботодавці. Виходячи з того, що виборні органи первинних профспілкових організацій діють у межах прав, наданих їм за законом та статутом (положенням) первинних профспілкових організацій, представляючи інтереси найманих працівників, виборні органи первинних профспілкових організацій можуть визнаватися суб'єктами індивідуальних трудових правовідносин та стороною колективних трудових відносин.

Реалізуючи передбачені законодавством права, всі виборні органи первинної профспілкової організації виступають як відносно самостійні суб'єкти. При цьому вони не запитують згоди на реалізацію своїх прав у членів профспілки чи трудового колективу, інтереси яких представляють. Законодавець, наділяючи виборні органи первинної профспілкової організації правами в галузі виробництва, праці, побуту і культури, виходить з того, що ці органи виступають від імені і в інтересах трудящих, їх колективів і суспільства в цілому⁴².

Із вищевикладеного можна зробити висновок, що переважна більшість прав і обов'язків профспілок реалізується через їх органи. Це впливає безпосередньо і із ст. 16 Закону про профспілки. Проте, на наш погляд, реалізацію прав і обов'язків профспілки можуть здійснювати не лише через свої виборні органи, а й безпосередньо. Це, зокрема, відбувається у тих випадках, коли свої права профспілки реалізують на зборах трудового колективу, наприклад, висунення певних вимог до власника або уповноваженого ним органу щодо встановлення додаткових, порівняно з нормами чинного законодавства, пільг та гарантій для найманих працівників тощо.

Правовий статус профспілок становлять і закріплені в законодавстві права та обов'язки, які поділяються на права і обов'язки, що належать профспілкам як громадській організації, і права та обов'язки, якими володіють виборні органи профспілок. Окремо виділені особливі права, які належать лише відповідним виборним органам профспілок. На підставі цього І.О. Снігирьова стверджує, що суб'єктами трудового права виступають профспілки як громадська організація і виборні виконавчі профспілкові органи – ради і комітети⁴³. Ми повністю підтримуємо зроблений нею висновок.

Динаміка правового статусу профспілок, його розвиток проходять за рахунок зміни форм реалізації наданих профспілкам прав, включення в статус прав, яких раніше не було, що зумовлено розвитком економічних та соціальних відносин (наприклад, право на звернення за захистом індивідуальних інтересів своїх членів до Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини; право направляти подання про усунення порушень норм колективних договорів, угод роботодавцям або їх об'єднанням, органам виконавчої влади, органам місцевого самоврядування тощо), виключення із нього деяких прав, які не відповідають сучасним умовам (наприклад, право на вирішення виробничих питань).

Питанню класифікації прав профспілок приділялась велика увага вченими-трудоваками⁴⁴. Проте єдиної класифікації проведено не було. Узагальнивши запропоновані авторами класифікації, ми дійшли висновку, що права профспілок в сфері праці можна класифікувати за такими ознаками:

- 1) за ступенем загальності;
- 2) за ступенем самостійності;
- 3) за змістом (колом питань, які вирішуються профспілками, або за їх участю);
- 4) за колом осіб, чиї права та інтереси можуть представляти та захищати профспілки;
- 5) за формами реалізації;

Класифікація за ступенем загальності дає змогу виділити загальні для всіх профспілок права та права, надані окремим виборним профспілковим органам. У результаті з'являється можливість порівняти принцип єдності в регулюванні суспільних та трудових відносин, в яких беруть участь профспілки, з принципом диференціації. Коли права профспілок мають загальний характер, ними володіють всі профспілки та всі їх органи, сформовані відповідно до статутів з метою представництва та захисту прав і інтересів працівників. Диференціація прав по виборних профспілкових органах дає можливість конкретній ланці виборних профспілкових органів користуватися, окрім загальних, ще й конкретними правами, передбаченими лише для них. Особливе значення мають конкретні права, надані виборним органам первинних профспілкових організацій, що діють на підприємствах.

Наявність загальних прав і прав, конкретизованих для окремих профспілкових органів, забезпечує єдину для всіх профспілок правову основу їх діяльності та її необхідну диференціацію.

Класифікація прав профспілок за ступенем самостійності дає змогу поділити їх на такі види:

- 1) право брати участь у вирішенні роботодавцями, державними і місцевими органами питань, пов'язаних з регулюванням трудових відносин;
- 2) право на вирішення питань на паритетних засадах;
- 3) право на самостійне прийняття рішень.

Наприклад, законодавством прямо передбачено право на участь профспілок в установленні умов праці на підприємстві та здійсненні контролю за їх дотриманням. На паритетних (рівноправних) засадах уклада-

ються колективні договори, угоди між об'єднаннями профспілок і роботодавцями, органами виконавчої влади. Самостійно профспілки виступають, захищаючи інтереси працівників при вирішенні трудових спорів.

За змістом права профспілок класифікуються залежно від питань, у вирішенні яких вони беруть участь. Це питання укладання, зміни та припинення трудового договору, забезпечення зайнятості, робочого часу і часу відпочинку, оплати та нормування праці, гарантій та компенсацій, дисципліни праці, контролю за дотриманням трудового законодавства та законодавства про охорону праці, вирішення трудових спорів.

Із аналізу зазначених питань можна виділити три основні блоки прав профспілок:

- 1) право на участь в регулюванні трудових відносин;
- 2) право контролю за дотриманням трудового законодавства;
- 3) право на участь у вирішенні трудових спорів. Серед прав цієї категорії важливе місце займає право на страйк.

За колом осіб, яких захищають профспілки, їх права можна класифікувати на право захисту:

- 1) членів профспілки;
- 2) працівників, незалежно від членства у профспілці.

За формами реалізації права профспілок можна класифікувати на ті, які виражаються:

- 1) у правотворчій формі;
- 2) у правозастосовній формі;
- 3) у формі контрольної-наглядової діяльності.

Таким чином, у результаті проведеного дослідження, можна стверджувати, що, по-перше, профспілки розглядаються як суб'єкти трудового права; вони мають правовий статус; по-друге, правовий статус профспілок – це їх базове правове становище в суспільстві, що являє собою певні правовідносини профспілок з державою та іншими сторонами правовідносин з приводу представництва і захисту профспілками прав та інтересів найманих працівників; по-третє, поняття «суб'єкт» і «сторона» не тотожні за змістом; у разі представництва чи захисту інтересів окремого працівника профспілка є лише суб'єктом трудового права; стороною правовідносин профспілки можуть виступати тільки у разі представництва колективних прав та інтересів найманих працівників або у випадку, коли профспілка виступає як роботодавець; по-четверте, в статутах профспілок, їх об'єднань мають чітко визначитися виборні органи, через які профспілка, її організації, об'єднання профспілок здійснюють свої повноваження; по-п'яте, правосуб'єктність уповноважених первинною профспілковою організацією виборних органів є похідною від правосуб'єктності первинної профспілкової організації, оскільки виникає в результаті наданих їм певних повноважень і може бути обмеженою в разі бажання первинної профспілкової організації самостійно реалізувати певне право.

¹ Конституція України. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 8.

² Киселев И.Я. Заключение и изменение трудового договора: зарубежный опыт. *Человек и труд*. 1998. № 2. С. 53–57.

³ Прокопенко В.І. Правове становище професійних спілок: сьогодення і перспективи. *Право України*. 1999. № 6. С. 106–109.

⁴ Процевський О.І. Трансформація прав профспілок України: реальність чи вимисел. *Право України*. 1996. № 7. С. 13–20.

⁵ Про внесення зміни до статті 16 Закону України «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності»: Закон України від 5 червня 2003 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 45. Ст. 397.

⁶ Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності: Закон України від 15 вересня 1999 р. *Відомості Верховної Ради України*. 1999. № 45. Ст. 397.

⁷ Прокопенко В.І. Трудове право України: підручник. Харків: Консум, 2000. 480 с.

⁸ Бондаренко Е.Н. О субъектах коллективного договора и правоотношениях по установлению условий труда. *Договорное регулирование имущественных и трудовых отношений*. Барнаул: Изд-во Алтайского ун-та, 1987. С. 140–156.

⁹ Догадов В.М. Правовое положение профессиональных союзов СССР. *Вопросы труда*. 1925. № 9. С. 66–81.

¹⁰ Смолярчук В.И. Права профсоюзов в регулировании трудовых отношений рабочих и служащих. Москва: Профиздат, 1973. 175 с.

¹¹ Москаленко Г.К. О функциях советского профсоюза. *Роль советских профсоюзов в регулировании трудовых отношений рабочих и служащих*. (Тезисы докладов и научных сообщений). Москва: Профиздат, 1971. С. 4–7.

¹² Цетин А.И. Некоторые вопросы правового положения профессиональных союзов СССР. *Вопросы теории общественных организаций*. Москва: Наука, 1971. С. 49–50.

¹³ Гершанов Е.М., Шеломов Б.А. Правовая основа деятельности ФЗМК. *Советское государство и право*. 1972. № 10. С. 72–78.

¹⁴ Снигирева И.О., Явич Л.С. Государство и профсоюзы. Москва: Профиздат, 1967. 263 с.

¹⁵ Мацюк А.Р. Трудовые правоотношения развитого социалистического общества. Київ: Наук. думка, 1984. 280 с.

¹⁶ Шеломов Б.А. Понятие и содержание профсоюзного представительства. *Профсоюзы и трудовое право*. Москва: Профиздат. 1979. С. 37–44.

¹⁷ Снигирева И.О. Профсоюзы как субъекты советского трудового права: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Москва: ВНИИСЗ, 1988. 34 с.

¹⁸ Смолярчук В.И. Профсоюзы и правовое регулирование трудовых отношений. *Советское государство и право*. 1969. № 2. С. 45–52.

¹⁹ Гончарова Г.С. Плюралізм профспілок і трудові відносини: вирішення питань на практиці. *Право України*. 1999. № 10. С. 30–33.

²⁰ Прокопенко В.І. О субъектах правовых отношений комитета профсоюза с администрацией предприятия. Москва: ИГП АН СССР, 1975. 207 с.

²¹ Про внесення зміни до статті 16 Закону України «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності»: Закон України від 5 червня 2003 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 45. Ст. 397.

²² Трудовое право Украины в вопросах и ответах: учебник / под ред. Гончаровой Г.С., Жернакова В.В., Прилипко С.Н. Харьков: Одиссей, 2001. 623 с.

²³ Снигирева И.О. Вказана праця.

²⁴ Там само.

²⁵ Ливиц Р.З. Коллектив предприятия, ФЗМК и трудовые правоотношения. *Хозяйственная реформа и трудовое право*. Москва: Наука, 1970. С. 158–175.

²⁶ Процевський О.І. Вказана праця.

²⁷ Снигирева И.О. Вказана праця.

²⁸ Мацюк А.Р. Вказана праця.

²⁹ Процевський О.І. Вказана праця.

³⁰ Фоменко Г.А. О классификации отношений ФЗМК профсоюза с иными субъектами советского трудового права. *Правовые средства регулирования труда в развитом социалистическом обществе*. Свердловск.: Изд-во Свердловского Гос. ун-та, 1977. С. 41–62.

³¹ Скобелкин В.Н. Трудовые правоотношения внутри трудового коллектива. *Советское государство и право*. 1989. № 6. С. 28–36.

³² Смирнов О.В. Особенности правового положения советских профсоюзов в условиях развитого социалистического общества. *Профсоюзы и трудовое право*: сб. науч. трудов ВШПД ВЦСПС им. И.М. Шверника. Москва: Профиздат, 1979. С. 12–20.

³³ Сойфер В.Г. Развитие коллективных трудовых отношений. *Советское государство и право*. 1976. № 6. С. 27–31.

³⁴ Участие трудовых коллективов в управлении производством / А.Д. Зайкин, А.М. Куренной, В.А. Чибисов. Москва: Изд-во МГУ, 1980. 207 с.

³⁵ Масленников В.А. Правовой статус трудового коллектива. *Советское государство и право*. 1979. № 1. С. 45–49.

³⁶ Там само.

³⁷ Трудовой коллектив как объект и субъект управления / А.С. Пашков, А.Т. Перфильев, П.Н. Лебедев и др. Ленинград: Изд-во ЛГУ, 1980. 119 с.

³⁸ Снигирева И.О. Вказана праця.

³⁹ Кодекс законів про працю Української РСР від 10 грудня 1971 року. *Відомості Верховної Ради Української РСР*. 1971. № 50. Ст. 375.

⁴⁰ Бондаренко Е.Н. Вказана праця.

⁴¹ Пилипенко П.Д. Трудове право України: навч. посіб. Київ: Видавничий дім «Ін Юре», 2003. 534 с.

⁴² Трудове право України: підручник / за ред. Н.Б. Болотіної, Г.І. Чанишевої. Київ: Знання, 2000. 564 с.

⁴³ Снигирева И.О. Вказана праця.

⁴⁴ Прокопенко В.И. Вказана праця; Процевський О.І. Вказана праця.

Резюме

Цыганчук Н.А. Проблеми правового статусу профспілок як суб'єктів трудового права.

У статті досліджуються питання правового статусу профспілок як суб'єктів трудового права. Автор проводить аналіз наукових досліджень, розкриває правовий статус профспілок, вказує на його проблемні питання та надає пропозиції щодо їх вирішення.

Ключові слова: професійні спілки, профспілкове представництво, права профспілок, правовий статус, профспілковий орган, класифікація прав профспілок.

Резюме

Цыганчук Н.А. Проблемы правового статуса профсоюзов как субъектов трудового права.

В статье исследуются вопросы правового статуса профсоюзов как субъектов трудового права. Автор анализирует научные исследования, раскрывает правовой статус профсоюзов, указывает на его проблемные вопросы и предлагает пути их решения.

Ключевые слова: профессиональные союзы, профсоюзное представительство, права профсоюзов, правовой статус, профсоюзный орган, классификация прав профсоюзов.

Summary

Tsyganchuk N. Problems of the legal status of trade unions as subjects of labor law.

In the article explore issues of legal status of trade unions as subjects of labor law. Author analyzes scientific research, discloses legal status of trade unions, indicates its problematic issues and provides proposal for their solution.

Key words: trade unions, trade union representation, trade union rights, legal status, trade union body, classification of trade union rights.

Н.В. БЕРЕЖНЯК

Наталія Валеріївна Бережняк, аспірант Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, помічник судді Київського апеляційного суду

ORCID: 0000-0002-0592-2149

ОКРЕМІ АСПЕКТИ ПРАВОВИХ ПІДСТАВ ВИНИКНЕННЯ ЗOBOB'ЯЗАНЬ ІЗ НАБУТТЯ, ЗБЕРЕЖЕННЯ МАЙНА БЕЗ ДОСТАТНЬОЇ ПРАВОВОЇ ПІДСТАВИ

Подібно до всіх інших цивільних правовідносин зобов'язання виникають у зв'язку з настанням певних юридичних фактів.

Ці факти або відомі їх сукупності й іменуються підставами виникнення зобов'язань.

Підставами виникнення зобов'язань із набуття, збереження майна без достатньої правової підстави була приділена увага науковців дореволюційного, радянського та сучасного періодів, однак досі відсутня конкретна точка зору, до якої б схилилась більшість учених щодо даного питання.

Проблема правових підстав виникнення кондиційних зобов'язань і на даний час залишається актуальною, оскільки останні зумовлюють виникнення самого зобов'язання.

Дослідженням підстав та умов виникнення зобов'язань із набуття, збереження майна без достатньої правової підстави, займалися такі науковці, як: О.С. Іоффе, М.М. Агарков, В.С. Толстой, В.А. Рясенцев, Е.А. Флейшиц, Є.О. Харитонов, І.Е. Берестова, С.А. Загородній, І.В. Єфіменко та ін.

Метою даної наукової статті є дослідження поглядів та теорій вчених щодо правових підстав виникнення зобов'язань із набуття, збереження майна без достатньої правової підстави.

Підставою виникнення зобов'язання називають ті факти, з настанням яких право пов'язує виникнення зобов'язальних відносин. Поняття підстави виникнення зобов'язання є, таким чином, похідним від поняття юридичного факту¹.

Відповідно до ч. 2 ст. 509 ЦК України передбачено, що зобов'язання виникають з підстав, встановлених ст. 11 цього Кодексу.

Згідно з ч.ч. 1, 2 ст. 11 ЦК України цивільні права та обов'язки виникають із дій осіб, що передбачені актами цивільного законодавства, а також із дій осіб, що не передбачені цими актами, але за аналогією породжують цивільні права та обов'язки.

Підставами виникнення цивільних прав та обов'язків, зокрема, є: договори та інші правочини; створення літературних, художніх творів, винаходів та інших результатів інтелектуальної, творчої діяльності; завдання майнової (матеріальної) та моральної шкоди іншій особі; інші юридичні факти².

Саме до інших юридичних фактів відноситься і безпідставне збагачення.

За наведеного, враховуючи положення ст. 1212 ЦК України, можемо дійти висновку, що підставами виникнення зобов'язань із набуття, збереження майна без достатньої правової підстави є юридична (фактична) сукупність.

Цілком очевидно, що для того, щоб точно встановити той фактичний склад, який є підставою виникнення того чи іншого зобов'язання, необхідно виходити з тих ознак, які характеризують собою зобов'язання.

Проблема підстав виникнення зобов'язання нерозривно пов'язана з точним встановленням поняття зобов'язання.

Вона передбачає аналіз цього поняття і виявлення всіх елементів, необхідних для розмежування зобов'язання зі всякого роду іншими цивільними правовідносинами.

Водночас ця проблема є необхідним розвитком і подальшою конкретизацією поняття зобов'язання.

До тих пір, поки ми не встановимо систему підстав, що породжують зобов'язання, поняття зобов'язання саме по собі буде висіти в повітрі³.

Досі актуальною є дискусія, які юридичні факти породжують безпідставне збагачення.

Існують різні теорії щодо підстав виникнення зобов'язань із набуття, збереження майна без достатньої правової підстави.

В.С. Толстой зазначав, що основою виникнення зобов'язання, що виникають внаслідок набуття, збереження майна без достатньої правової підстави є юридичний склад, який включає: 1) виникнення шкоди у потерпілого (кредитора); 2) набуття або збереження майна іншою особою (боржником); 3) причинний зв'язок між шкодою, яка завдана потерпілому, та набуттям або збереженням майна у боржника⁴.

В.А. Рясенцев описує такі ж вимоги іншим чином: 1) набуття або збереження майна однією особою (набувачем); 2) шкода у вигляді зменшення або не збільшення майна у іншої особи (потерпілого); 3) збіль-

шення або збереження майна у набувача за рахунок потерпілого; 4) відсутність правової підстави для вказаної зміни майнового стану цих осіб⁵.

І.Е. Берестова, фактично дотримуючись точку зору В.А. Рясенцева, визначила, що умовами виникнення зобов'язань з набуття, збереження майна без достатньої правової підстави виступають: 1) набуття або збереження майна однією особою (набувачем) за рахунок іншої (потерпілого); 2) наявність шкоди у вигляді зменшення або не збільшення майна у іншої особи (потерпілого); 3) обумовленість збільшення або збереження майна на стороні набувача шляхом зменшення або відсутності збільшення на стороні потерпілого; 4) відсутність правової підстави для вказаної зміни майнового стану цих осіб⁶.

С.А. Загородній дійшов висновку, що правовою підставою виникнення кондикційних зобов'язань є юридичний склад, який утворюється такими юридичними фактами: – вибуття майна із володіння постраждалого (кредитора); набуття або збереження майна боржником (набувачем); відсутність правової підстави для набуття або збереження майна набувачем; причинний зв'язок між збільшенням майна набувача і відповідною втратою майна постраждалого⁷.

Зобов'язання з безпідставного набуття, збереження майна виникають за наявності 3х умов, зазначала І.В. Єфименко: а) набуття або збереження майна, б) набуття або збереження за рахунок іншої особи і в) відсутність правової підстави для набуття або збереження майна⁸.

За наведеного можна дійти висновку, що в різні часи розвитку цивільного права хоча й приділялась увага даним зобов'язанням, однак відсутня єдина точка зору щодо підстав виникнення зобов'язань із безпідставного збагачення, що підтверджується наявністю різних підходів.

Для здійснення дослідження правових підстав виникнення даного виду зобов'язань необхідно звернути увагу на положення Глави 83 ЦК України та правової сутності самого зобов'язання.

Найчастіше безпідставне збагачення є результатом дій потерпілого: він сплатив, хоча платіж з нього не належав, він сплатив більше, ніж з нього належало або він помилково визнав свій борг потерпілому тощо.

Безпідставне збагачення може бути результатом дій збагаченого: наприклад, одна з двох організацій, що зберігають вугілля в одному і тому ж складі, користується через непорозуміння вугіллям іншого. Але збагачений може і не брати участі в діях потерпілого, навіть не знати про них: наприклад, постачальник не знає, що покупець дав банку платіжне розпорядження стосовно товару, вже одного разу сплаченого та дізнається про повторну сплату товару тоді, коли вже відповідна сума сплачена на його розрахунковий рахунок.

У цих випадках безпідставне збагачення виникає з угоди потерпілого з третьою особою: банком, який виконує оплату платіжної вимоги.

Можливі й випадки, коли безпідставне збагачення є результатом дій обох сторін: збагачений приймає безпосередньо йому здійснену сплату неіснуючого насправді боргу.

Безпідставне збагачення може бути результатом лише дій третьої особи: наприклад, якщо банк зробив перерахунок грошей із перевищенням суми, зазначеної в розпорядженні платника.

Воно може виникнути і з події, не пов'язаної з будь-якою волею: наприклад, випадкове змішання речей, що стали нероздільними, причому одна з речей є головною, і тому не може виникнути спільна власність⁹.

Отже, набуття, збереження майна без достатньої правової підстави може бути результатом дій потерпілого, збагаченого, обох сторін, третьої особи та виникати і з події, не пов'язаної з будь-якою волею, що знаходить своє підтвердження на практиці.

Разом із тим для виникнення безпідставного збагачення обов'язковим елементом є *набуття або збереження майна однією особою (набувачем) за рахунок іншої (потерпілого)*, яка чітко передбачена ч. 1 ст. 1212 ЦК України.

Головним тут є саме набуття або збереження майна.

Також для виникнення збагачення набувача необхідним є *втрата майна іншою особою (потерпілою)*, що відбувається у будь-якому випадку.

Тією мірою, якою законним є віднесення до безпідставного збагачення будь-якого випадку набуття без достатніх правових підстав чужого майна особою, яка діє безвинно, можливим є й віднесення до безпідставного збагачення випадків випадкового збагачення правопорушника за рахунок потерпілого шляхом завдання йому збитків; дані явища є однорідними, оскільки в таких випадках відбувається збагачення однієї особи за рахунок іншої¹⁰.

Тобто, щоб одна особа безпідставно збагатилася (набувач), інша особа (потерпіла) має втратити таке майно.

Іншою правовою підставою виникнення зобов'язань із набуття, збереження майна без достатньої правової підстави є *причинний зв'язок між набуттям або збереження майна набувачем та втратою майна потерпілою особою*.

Питання щодо причинного зв'язку та його однозначності досі недостатньо досліджено та в більшості випадків стосується деліктних зобов'язань, що знайшло своє відображення у багатьох роботах науковців.

Водночас для ефективного застосування інституту кондикційних зобов'язань, а саме безпідставного збагачення, необхідно мати уяву про всі підстави його виникнення.

Визнання причинного зв'язку в праві об'єктивним не повинно доводитись до визнання його природним. Об'єктивність причинного зв'язку означає, що його визначення не може ставитись у залежність від вини, мотивів та цілей особи, про зв'язок дій чи бездіяльності якої з відповідним наслідком йдеться, а також у залежність від суб'єкта, який встановлює наявність причинного зв'язку. Зрештою, у причинному зв'язку

поєднуються об'єктивні та суб'єктивні елементи. При такому розумінні об'єктивного характеру причинного зв'язку останній може існувати між об'єктами, створеними людьми, в тому числі й у вигляді суспільних відносин. Визнання об'єктивного характеру причинного зв'язку передбачає чітке відокремлення цього поняття від поняття вини¹¹.

Вина є суб'єктивною: вона розкривається шляхом дослідження відношення свідомості та волі людини до дії або бездіяльності. Причинний зв'язок – в об'єктивній залежності від дії або бездіяльності особи. Однак суб'єктивний момент залишається поза об'єктивним відношенням дії або бездіяльності людини до даного наслідку: коли ми ставимо питання про те, які зміни у зовнішньому світі зумовлені – спричинені – даною дією людини, ми відкидаємо суб'єктивну сторону її поведінки¹².

Причинність – це лише мала частка зв'язку між явищами і речами, але частка не суб'єктивного, а об'єктивного реального зв'язку¹³.

Слід дійти висновку, що в зобов'язаннях із безпідставного збагачення наявний об'єктивний причинний зв'язок між набуттям або збереження майна однією особою (набувачем), та як наслідок втратою майна іншою особою (потерпілою).

У більшості випадків критерій, за допомогою якого виявляється причинний зв'язок, хоча й об'єктивний, однак приймається до уваги суб'єктивний елемент (вини).

Постає питання, чи є безпідставне збагачення протиправним?

В.А. Рясенцев вказував, що однією із ознак зобов'язання із безпідставного збагачення є зовнішній правомірний характер набуття або збереження¹⁴.

В одних випадках безпідставне збагачення є результатом правомірних дій обох сторін. В інших воно – результат протиправних дій збагаченого або третьої особи. В третій його породжує протиправна дія потерпілого.

Однак у всіх цих випадках результат таких дій так само, як іноді результат подій, незалежних від волі сторін, протиправний в тому особливому сенсі, що це є безпідставне збагачення, яке тому і має бути повернуто, що воно є безпідставне вказувала Е.А. Флейшиц¹⁵.

І.Е. Берестова зазначала, що незалежно від поведінки (дій або бездіяльності) набувача, яка передувала створенню на його стороні майнової вигоди і яка може бути як протиправною, так і правомірною, сам факт наявності на його стороні набуття, збереження майна без достатньої правової підстави (набутого або збереженого) врешті-решт робить поведінку набувача протиправною, оскільки ця поведінка вступає в об'єктивне заперечення зі ст. 1212 УК України¹⁶.

З таким поглядом не можна погодитись, враховуючи наступні обставини.

Так, наприклад, фізична особа-підприємець на законній підставі володіє нежитловою будівлею і фактично користується земельною ділянкою для експлуатації та обслуговування цієї будівлі без державної реєстрації прав на неї, не здійснює оплату за неї та не обліковується як платник податку на землю з фізичних осіб. Внаслідок користування майном, набутим без достатньої правової підстави, ФОП отримала відповідну суму коштів – «безпідставно збагатилася».

Таким чином, у даній ситуації фізична особа-підприємець (набувач) протиправно, навіть здійснюючи винні дії, користувалася земельною ділянкою, яка належала місцевій раді.

Інша ситуація, коли на підприємстві бухгалтер, допустивши помилку, подала відомості для зарахування на картковий рахунок неналежному працівнику допомогу з вагітності й пологів.

Як бачимо, виникли протиправні дії третьої особи – бухгалтера.

Також безпідставне збагачення може бути результатом протиправних дій особи, за рахунок якої виникло таке збагачення.

Наприклад, Управління Пенсійного фонду, пенсіонеру, який перебуває у нього на обліку, здійснило переплату пенсії, яка відповідно до п. 1 ч. 1 ст. 1215 ЦК України не підлягає поверненню, якщо їх виплата проведена фізичною або юридичною особою добровільно, за відсутності рахункової помилки з її боку і недобросовісності з боку набувача.

Прикладом може бути й інший випадок, коли Страхова компанія, вважаючи винними дії особи, яка застрахувала у неї свою цивільно-правову відповідальність, виплатила кошти потерпілій особі внаслідок страхового випадку – дорожньо-транспортної пригоди. Як з'ясувалося згодом, у діях особи, яка була застрахована, встановлено відсутність складу адміністративного правопорушення, а тому інша особа безпідставно збагатилася на суму страхового відшкодування.

З наведеного можна стверджувати, що зобов'язання із набуття, збереження майна без достатньої правової підстави можуть виникати як у результаті дій та подій сторін зобов'язання, так і третій осіб, які можуть бути правомірними, так і неправомірними.

Говорити про протиправність дій набувача в безпідставному збагаченні, на нашу думку, є хибними, враховуючи наведене.

Інша річ, коли в таких кондикційних зобов'язаннях, як результат набуття або збереження майна без достатньої правової підстави, виникає протиправність – безпідставне збагачення та як наслідок – необхідність набувача повернути потерпілому це майно, безпідставно отримане.

Досі у нас не сформульована єдина точка зору щодо вини в зобов'язаннях із набуття, збереження майна без достатньої правової.

Існують три різні погляди щодо даного питання.

Такі дослідники, як С.Є. Донцов, А.М. Белякова, В.А. Рясенцев надали перевагу концепції «обмеженої вини», висловили думку, що для кваліфікації кондикційного зобов'язання має значення лише відсутність умисної вини.

Інші науковці такі як: М.А. Гурвіч, Е.А. Флейшиц, О.С. Іоффе, В.І. Чернишов, І.Е. Берестова зазначали, що зобов'язання із повернення безпідставно набутого виникають тільки при відсутності вини набувача в безпідставному отриманні майна – концепція «відсутності вини».

Так, В.П. Грибанов, Ю.К. Толстой, М.В. Гордон, В.І. Кофман, Н.А. Руденченко підтримали концепцію «об'єктивної протиправності безпідставного збагачення», тобто вина взагалі не впливає на кваліфікацію зобов'язань із безпідставного збагачення.

На нашу думку, остання концепція є більш вдалою, що знаходить своє підтвердження в практичній сфері стосовно безпідставного збагачення.

Наприклад, фізична особа придбала нежитлове приміщення, що знаходиться на земельній ділянці, а також отримала згоду відповідної місцевої ради на розроблення проектів землеустрою щодо відведення ділянки з метою подальшого оформлення її оренди для будівництва й обслуговування будинку ринкової інфраструктури. Однак особа здійснювала фактичне користування земельною ділянкою без правовстановлюючих документів. Без достатньої правової підстави за рахунок власника цієї ділянки зберегла у себе кошти (безпідставно збагатилася), які мала заплатити за користування нею.

Отже, дії власника нежитлового приміщення є винними, оскільки відбувалося користування чужою земельною ділянкою без відповідного дозволу, що суперечить законодавству. При цьому, виникло кондикційне зобов'язання із набуття та збереження майна без достатньої правової підстави, оскільки не стосувалося договірних відносин та їх порушення.

ЦК України не містить згадування про наявність чи відсутність вини як фактора кваліфікуючої ознаки кондикційного зобов'язання.

За наведеного, для кондикційних зобов'язань важливим є факт набуття (збереження) майна однією особою за рахунок іншої, а вина не має значення, оскільки набувач зобов'язується повернути тільки майно, яке безпідставно набув або зберіг або вартість цього майна, тому обов'язок набувача повернути потерпілому таке майно не є заходом відповідальності.

Також слід звернути увагу на те, що часто, у переважній своїй більшості, дії особи збагаченої, яка набула або зберегла майно, є безвинними.

Саме однією з основних підстав виникнення зобов'язання із набуттям, збереженням майна без достатньої правової підстави є *відсутність правової підстави для такого набуття або збереження майна*.

Під правовою підставою набуття майна у сенсі, що виключає застосування ст. 1212 ЦК України, необхідно розуміти такий безоплатний перехід майна від однієї особи до іншої, який або відповідає меті правовідношення та його юридичному змісту, або стає безповоротним через пряму вказівку закону¹⁷.

Так, відповідно до ч. 1 ст. 1212 ЦК України законодавець допускає вибуття майна із володіння потерпілого на правовій підставі, яка згодом відпала (наприклад за недійсним договором).

Враховуючи вищевикладене, слід дійти висновку про те, що дані зобов'язання можуть виникати як із дій сторін зобов'язання та третіх осіб, які можуть бути як правомірними, так і протиправними, винними й безвинними, так і з подій.

Вина не є обов'язковим елементом виникнення зобов'язань із набуття, збереження майна без достатньої правової підстави та не впливає на кваліфікацію останніх.

На нашу думку, доцільно виділити наступні правові підстави виникнення зобов'язань із набуття, збереження майна без достатньої правової підстави:

- 1) набуття або збереження майна однією особою (набувачем) за рахунок іншої особи (потерпілого);
- 2) втрата майна іншою особою (потерпілою);
- 3) причинний зв'язок між набуттям або збереження майна набувачем та втратою майна потерпілою особою;
- 4) відсутність правової підстави для набуття або збереження майна однією особою (набувачем) за рахунок іншої особи (потерпілого).

Таким чином, підстави виникнення зобов'язань із набуття, збереження майна без достатньої правової підстави мають велике значення для визначення самої правової природи зобов'язання та для практичного застосування.

¹ Агарков М.М. Обязательство по советскому гражданскому праву. ВИЮН, 1940. Вып. 3. С. 84.

² Цивільний кодекс України від 12.08.2015 р. № 435-IV / Офіційний портал Верховної Ради України. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/435-15>

³ Агарков М.М. Вказана праця. С. 85.

⁴ Толстой В.С. Понятие обязательства по советскому гражданскому праву. Ученые записки ВЮЗИ. 1971. Вып. 19. С. 38.

⁵ Советское гражданское право. Часть II: учебник для вузов / авт. главы А.В. Рясенцев; отв. ред. В.А. Рясенцев. Изд. 3-е. Москва, 1987. С. 378.

⁶ Берестова І.Е. Зобов'язання з набуття, збереження майна без достатньої правової підстави: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Харків, 2004. С. 9.

⁷ Загородній С.А. Правові підстави виникнення кондикційних зобов'язань. Бюлетень Міністерства юстиції України. Київ: Логос, 2011. № 4. С. 50.

⁸ *Сфименко І.В.* Види кондикційних зобов'язань. *Проблеми законності*: Академ. зб. наук. пр. / відп. ред. В.Я. Тацій. Харків: Нац. юрид. акад. України, 2011. Вип. 113. С. 207.

⁹ *Флейшиц Е.А.* Обязательства из причинения вреда и из неосновательного обогащения. Москва, 1951. С. 212–213.

¹⁰ *Ем В.С.* Обязательства вследствие неосновательного обогащения в современном российском гражданском праве. *Законодательство*. 1999. № 7. С. 466–467.

¹¹ *Донська Л.Д.* Причинний зв'язок у цивільному прав України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Одеса, 2006. С. 6.

¹² *Новицкий И.Б., Луц Л.А.* Общее учение об обязательстве. Москва: Государственное издательство юридической литературы, 1950. С. 302.

¹³ *Шварц Х.И.* Обязательства из причинения вреда. Лекция для студентов ВЮЗИ / под ред. В.А. Рясенцева. Москва: ВЮЗИ, 1954. С. 10.

¹⁴ *Рясенцев В.А.* Обязательства из так называемого неосновательного обогащения в советском гражданском праве. *Ученые записки Московского государственного университета*. Труды юр. фак-та. 1949. Вып. 144. Кн. 3. С. 89.

¹⁵ *Флейшиц Е.А.* Вказана праця. С. 215.

¹⁶ *Берестова І.Е.* Зобов'язання з набуття, збереження майна без достатньої правової підстави: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Харків, 2004. С. 69.

¹⁷ Там само. С. 59.

Резюме

Бережняк Н.В. Окремі аспекти правових підстав виникнення зобов'язань із набуття, збереження майна без достатньої правової підстави.

У науковій статті досліджено правові підстави виникнення зобов'язань із набуття, збереження майна без достатньої правової підстави та здійснено виділення таких підстав.

Встановлено, що дані зобов'язання можуть виникати як із дій сторін зобов'язання та третіх осіб, які можуть бути як правомірними, так і протиправними, винними й безвинними, так і з подій.

Вина не є обов'язковим елементом виникнення зобов'язань із набуття, збереження майна без достатньої правової підстави та не впливає на кваліфікацію останніх.

Ключові слова: підстави виникнення, зобов'язання, набуття, збереження майна без достатньої правової підстави, протиправність, вина, причинний зв'язок.

Резюме

Бережняк Н.В. Отдельные аспекты правовых оснований возникновения обязательств по приобретению, сбережению имущества без достаточного правового основания.

В научной статье исследованы правовые основания возникновения обязательств по приобретению, сбережению имущества без достаточного правового основания и осуществлено выделение таких оснований.

Установлено, что данные обязательства могут возникать как из действий сторон обязательства и третьих лиц, которые могут быть, как правомерными, так и протиправными, виновными и невинными, так и из событий.

Вина не является обязательным элементом возникновения обязательств по приобретению, сбережению имущества без достаточного правового основания и не влияет на квалификацию последних.

Ключевые слова: основания возникновения, обязательства, приобретение, сбережение имущества без достаточного правового основания, протиправность, вина, причинная связь.

Summary

Berezhniak N. Certain aspects of legal grounds for obligations arising from the acquisition, preservation of property without sufficient legal ground.

The scientific article investigates the legal grounds for obligations arising from the acquisition, preservation of property without a sufficient legal basis, and the allocation of such grounds has been made.

It has been established that these obligations may arise from the actions of the parties of obligation, third parties, which may be both lawful and unlawful, guilty and innocent in events.

Guilt is not a compulsory element of obligations arising from the acquisition, preservation of property without sufficient legal ground and does not affect its qualification.

Key words: grounds of origin, obligation, acquisition, preservation of property without sufficient legal ground, wrongfulness, guilt, causal connection.

Н.К. ГОЛЬЄВА

Надія Костянтинівна Гольєва, аспірант Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

ORCID: 0000-0003-3929-5814

ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВОЇ ПРИРОДИ ІННОВАЦІЙНИХ ВІДНОСИН ТА СПЕЦІАЛЬНИЙ ПРАВОВИЙ РЕЖИМ ЇХ РЕАЛІЗАЦІЇ

Актуальність інноваційної діяльності в сучасних умовах зростає з кожним днем, зокрема, завдяки розвитку науки і техніки. Людство робить крок за кроком, розвиваючи те, про що вчора тільки говорили, шляхом створення відкриттів і розробки винаходів. У процесі науково-технічного прогресу інновації займають провідне місце, шляхом створення нових науково-технічних ідей, які при правильному використанні та забезпеченні з боку держави чи інших суб'єктів приводять до якісних змін в суспільстві. Інноваційна діяльність та її результати є новітнім і найвигіднішим капіталовкладенням в силу своєї кінцевої мети, якою є здатність забезпечувати конкурентоспроможність, а також в силу своєї швидкої результативності та можливості розвитку різних видів бізнесу тощо.

Відтак, найновітнішим видом капіталовкладень у розвинутих країнах світу слід визнати інновації, оскільки нерухомість поступово перестає бути головним об'єктом інвестиційної діяльності в силу власної статичної моделі отримання прибутку, а також витрат на обслуговування та оподаткування, порівняно з інноваціями.

На думку закордонних економістів, інновація – це творчий процес реалізації ідей, що отримав вияв у вигляді нового товару, послуги, технології, форми організації, методу управління, зміни в якості робочої сили, які являють собою інструмент задоволення потреб на якісно новому рівні, мають позитивний економічний і соціальний ефекти та дають стратегічні конкурентні переваги їх власникам. Економічне зростання на базі інновацій супроводжується комплексною структурною трансформацією економіки, що знаходить вираз у зміні структури виробництва, зайнятості, доходів, цін, попиту, споживання. На економічному макрорівні дані пересування приводять до змін у співвідношення між секторами економіки, виникнення нових секторів економіки. Інновації здійснюють комплексний вплив як на кількісні, так і якісні параметри економічного зростання. Вплив інновацій на темпи економічного зростання проявляється як наслідок підвищення продуктивності праці й капіталу¹.

Щодо механізму структурової трансформації економіки, викликаной інноваціями, зазначають наступне. Приріст доходів на душу населення є наслідком швидкого зростання продуктивності праці, а підвищені доходи ведуть до змін у структурі споживання. Як реакція на нові потреби здійснюються відповідні інновації, у результаті чого змінюється структура зайнятості. Також відбувається зміна структури цін внаслідок появи на ринку нового, більш якісного продукту, який конкурує з традиційними товарами. Поява інновації призводить до зміни в ролі окремих галузей і виробництв у задоволенні потреб, тобто зникають старі і з'являються нові, більш ефективні галузі².

Метою статті є визначення та характеристика особливостей інноваційної діяльності, а також розробка ідей про запровадження спеціального режиму інноваційної діяльності в Україні.

Інноваційна діяльність є складною за своєю правовою природою в силу наявності комплексності й багатосистемності ланцюгів, які починаються на стадії зародження ідей і спрямовані до кінцевої стадії, а саме випуску інноваційної продукції та її реалізації. Саме тому інноваційна діяльність пронизана різноманітними правовідносинами з різних сфер правового регулювання, а отже, є складною за своєю природою. З точки зору правової природи науковці не мають єдиного бачення і підтримують дві різні позиції. Перші зазначають, що правова природа інноваційної діяльності є комплексною із переважним господарсько-правовим регулюванням, а друга група науковців підтримує ідею регулювання інноваційної діяльності цивільно-правовими нормами. Приналежність правової природи є базовим і визначальним питанням, але із наявною невирішеністю стосовно інноваційної діяльності на сьогоднішній день.

Невизначеність правової природи зазначених відносин, гальмує правовий розвиток їх законодавчого забезпечення. Отже інноваційна діяльність в силу своєї комплексності є складною за видами відносин, які об'єднує в собі. Відтак, по-перше, складність полягає в тому, що інноваційні відносини є одразу предметом декількох галузей права, а саме: господарського, фінансового, цивільного, адміністративного, трудового та інших, по-друге, наявним є питання взаємодії, або ж конкуренції господарсько-правових і цивільно-правових відносин.

Слід виходити також із того, що інноваційна діяльність є складною за характером ризиків, що супроводжують її на усіх фазах інноваційного процесу. Базовим ризиком в структурі інноваційної діяльності є: 1) ризик непередбачуваності настання бажаного результату творчої діяльності; 2) ризик невдалого втілення

технології у виробничий процес; 3) ризик відсутності попиту на інноваційний продукт, і тим більше, на інноваційну продукцію; 4) ризик реалізації на ринку більш успішного аналога конкурентів. Таким чином, інноваційне законодавство потребує посилення правових засобів мінімізації і компенсації цих ризиків традиційними засобами – страхуванням, створенням страхових фондів, засобами державної допомоги, застосуванням інструментів державно-приватного партнерства тощо.

Ризиковість є спільною ознакою між інвестиційною та інноваційною діяльністю. Такий початковий ступінь, як зародження наукової ідеї, є основою і початком інноваційного ланцюга, але для його подальшого руху повинен бути належний рівень фінансування, тобто інвестування, яке за своєю природою майже в усіх випадках є ризиковим. Саме ризики можуть ускладнити одну з основних ознак інноваційної діяльності – пріоритет економічної ефективності.

Наявність підвищеного рівня ризиковості в інноваційних відносинах є чинником особливої затребуваності засобів організаційно-господарського стимулювання з боку держави, публічних інвестиційних фондів тощо. Відтак, принципово важливим є синтетичний характер господарсько-правового забезпечення інноваційної діяльності, що гармонійно поєднував би його господарсько-виробничий компонент та обов'язковий – організаційно-господарський.

Враховуючи вищезазначені, а також інші особливості інноваційної діяльності очевидно, що обов'язковим є визначення інноваційної діяльності самостійним об'єктом законодавчого регулювання. Більш того, інноваційна діяльність вимагає застосування засобів державної допомоги задля стимулювання інноваційних процесів, у тому числі й шляхом мінімізації та нейтралізації ризиків.

Слід також зазначити ще одну важливу особливість правового забезпечення інноваційної діяльності, а саме те, що питання законодавчого забезпечення виникає не тільки на регулятивно-статичному рівні, а й на регулятивно-динамічному, адже постійна динаміка інноваційних відносин віддзеркалює бурхливий розвиток науково-технічної сфери. Тобто, щоб досягти мети удосконалення інноваційного законодавства, треба не тільки зафіксувати і систематизувати правові процеси, які вже існують, а й також приділити увагу розвитку відносин, які знаходяться в процесі свого становлення і є суспільно цінними.

Складність характеру інноваційних відносин полягає в її комплексності, а також у складності поєднання фінансування із інтелектуальним потенціалом, у непередбачуваності відносин щодо управління інтелектуальним колективом, в особливостях управління на проміжних етапах (ланках) діяльності. Всі ці процеси та відносини неможливо врегулювати ГКУ та Законом України (далі – ЗУ) «Про спеціальні режими технологічних парків», зокрема, завдяки відсутності в них спеціального правового режиму для всіх різновидів інноваційної діяльності. Тому є необхідність спроби врегулювати інноваційну діяльність, як комплексний інститут господарської діяльності шляхом запровадження адекватного спеціального режиму.

З цього випливає, що існує затребуваність спеціального режиму інноваційної діяльності, оскільки вона характеризується такими рисами, як всеохоплення, системність та конфліктність, що робить її складною за природою.

За природою інноваційна система поділяється на два рівні: макрорівень і мезорівень. Макрорівень, який включає в себе саму національну інноваційну систему в цілому, як самостійний економіко-правовий організм, та мезорівень, який окреслює процеси безпосередніх інноваційних відносин пов'язаних із створенням об'єкта промислової власності, його захистом і використанням, що відбуваються переважно в договірно-правовій формі.

Розділ VIII Господарського кодексу України передбачає декілька видів спеціальних режимів, серед яких: режим спеціальної (вільної) економічної зони, режим виключної (морської) економічної зони, режим державного кордону, правовий режим санітарно-захисних та інших охоронних зон, спеціальні режими господарювання в окремих галузях економіки, а також спеціальний режим інвестиційної діяльності для території пріоритетного розвитку³.

О.Р. Зельдіна зазначає, що спеціальний режим господарювання є інститутом господарського законодавства, який визначає особливий порядок здійснення господарської діяльності на певній території, у певній галузі економіки або в процесі здійснення господарського договору, який відрізняється від загального режиму господарської діяльності, передбаченого законодавством, і запроваджується для досягнення цілей, встановлених державою⁴.

Також під спеціальним правовим режимом Л.В. Крупа вбачає особливий порядок правового регулювання певних правових суспільних відносин, який встановлюється стосовно конкретного кола суб'єктів або сфери їх діяльності та відрізняється від загального режиму або пільговою, або обмежувальною спрямованістю регулювання, зумовленою особливим публічним інтересом, який виявляється в усіх елементах його механізму головним чином через гарантії, пільги, форми державної підтримки, обмеження, заборони і додаткові підстави юридичної відповідальності⁵.

Специфічною рисою спеціального режиму господарювання, як особливого правового порядку, є встановлення пріоритету спеціального законодавства над загальним. Тобто, спеціальні нормативно-правові акти встановлюють особливості здійснення господарської діяльності в окремих галузях економіки, на конкретних територіях, при виконанні конкретних господарських договорів. Також ця діяльність одночасно регулюється нормами загального законодавства.

Важливо зазначити, що існують декілька критеріїв, які притаманні виключно спеціальним режимам господарювання і відрізняють їх від інших «неспеціальних» правових режимів. По-перше, це наявність спе-

ціального нормативно правового акта, який регулює господарську діяльність на конкретній території, в окремій галузі економіки, при виконанні конкретного господарського договору. По-друге, встановлення, передбаченого загальним законодавством, дозвільного порядку для здійснення господарської діяльності на конкретній території, в окремій галузі економіки, при виконанні конкретного господарського договору. По-третє, законодавчо закріплені обмеження та заохочення щодо суб'єктів господарської діяльності, при її здійсненні на конкретній території, в окремій галузі економіки, при виконанні конкретного господарського договору⁶.

Науковці поділяють спеціальні правові режими на три види: обмежувальний, заохочувально-обмежувальний та заохочувальний. Саме заохочувальний визначають, як режим, введення якого пов'язано з необхідністю вирішення соціально-економічних проблем, залучення інвестицій на певну територію держави, в певну галузь економіки, створення нових робочих місць за допомогою надання різного роду заохочень для суб'єктів господарювання. До цього виду відносять території пріоритетного розвитку, спеціальні економічні зони, євро регіони, зони вільної торгівлі та господарська діяльність в галузях народного господарства⁷.

Також інноваційна діяльність може потребувати обмежувального спеціального режиму. Суспільно-політична оцінка інновацій може бути різною в силу того, що інновації незастраховані від негативного аспекту. Інновації, як процес реалізації творчих ідей, повинен бути направлений згідно з траєкторією позитивного розвитку по можливості без побічних реакцій, таких як незаконна торгівля інновацією, суспільна безпека через інноваційний виріб тощо.

Законодавець не обмежився лише Господарським кодексом України стосовно спеціального режиму господарювання та спробував визначити й урегулювати спеціальний режим інноваційної діяльності технологічних парків, зокрема, законом України від 16 липня 1999 року.

Закон України «Про спеціальний режим інноваційної діяльності технологічних парків» передбачає наступне визначення. Спеціальний режим інноваційної діяльності – це правовий режим, який передбачає надання державної підтримки щодо стимулювання діяльності технологічних парків, їх учасників та спільних підприємств при реалізації проектів за пріоритетними напрямками діяльності технологічних парків⁸.

Технологічним парком є юридична особа чи декілька юридичних осіб, основною метою яких є виконання проектів технопарку щодо виробничого впровадження наукоємних розробок, високих технологій, а також випуск конкурентоспроможної продукції на світовий ринок. Технопарк розглядається як об'єкт спеціального режиму інноваційної діяльності, а також як суб'єкт національної інноваційної системи.

Закон України «Про спеціальний режим інноваційної діяльності технологічних парків» передбачає запровадження спеціального режиму строком на 15 років із метою виконання проектів технологічного парку⁹.

Державна фінансова підтримка, а також підтримка цільовими субсидіями проектів технологічного парку визначена цим законом як державне сприяння інноваційній діяльності. Відповідно до фінансової підтримки Кабінет Міністрів України запроваджує бюджетну програму, у рамках якої кожного року визначає певну суму коштів, які в подальшому використовують для кредитування проектів технопарків (повного і часткового), або компенсації відсотків (повної чи часткової) виконавцям проектів технопарків, які вони сплатили комерційним банкам або іншим фінансово-кредитним установам за кредитування цих проектів.

Для реалізації проектів технологічних парків технологічним паркам, їх учасникам та спільним підприємствам, що виконують проекти технологічних парків, державою надаються цільові субсидії у вигляді сум ввізного мита, що нараховуються згідно з митним законодавством України, при ввезенні в Україну для реалізації проектів технологічних парків нових устаткування, обладнання та комплектуючих, а також матеріалів, які не виробляються в Україні¹⁰.

Отже, такий спеціальний режим строком на 15 років для виконання проектів технопарку пропонує Закон України «Про спеціальний режим інноваційної діяльності технологічних парків», який насправді є державною допомогою і проявляється саме у вигляді субсидій та фінансової підтримки. Але ж спеціальний режим передбачає більше, ніж просто державну допомогу, визначену в цьому законі. Спеціальний режим у його ідеальному прояві – це комплекс заходів і стимулів з боку держави, які співпрацюють між собою і мають найважливішу мету, а саме: створення сприятливого середовища для розвитку інноваційної діяльності. Запропонована Законом України «Про спеціальний режим інноваційної діяльності технологічних парків» стратегія державної допомоги, за теперішніх часів швидкого інноваційного і промислового розвитку, не є засобом, якого вистачає для врегулювання такої комплексної галузі, як інноваційна діяльність.

Спеціальні режими у господарському праві мають дещо спільне між собою, тому прикладом для реалізації у інноваційній діяльності може бути комплекси та система, запроваджені в спеціальному режимі вільних економічних зон.

У 2000-х рр. великої актуальності почало набувати питання врегулювання діяльності вільних економічних зон, а в подальшому з'явилась затребуваність впровадження спеціального режиму вільних економічних зон, який визначив Господарський кодекс України у 2004 році.

Стосовно спеціального правового режиму вільних економічних зон Л.В. Крупа сформулювала визначення, під яким розуміється особливий правовий порядок регулювання інвестиційних, підприємницьких і зовнішньоекономічних відносин, що складаються у ВЕЗ, який встановлюється стосовно її суб'єкта і певної сфери його діяльності і відрізняється від загального режиму пільговою спрямованістю регулювання, проявляючись у всіх елементах його механізму, зокрема через закріплення гарантій, пільг, форм державної підтримки, обмежень, заборон і додаткових підстав юридичної відповідальності¹¹.

Тобто, стосовно вільних економічних зон існує чітко визначені інструменти, які своєю комплексною наявністю надають характерний зміст спеціальному правовому режиму. Серед них визначають пільги, гарантії, різні форми держаної підтримки, додаткові підстави юридичної відповідальності, комплекс обмежень та заборон. Зокрема, під гарантією розуміють підкріплену силою держави систему засобів та умов, що посилюють права і обов'язки суб'єктів правовідносин та забезпечують їх реалізацію через особливу процедуру¹². Щодо пільги науковці звертають увагу на її властивості полегшувати положення суб'єкта шляхом звільнення від зобов'язань чи залучення особливих прав чи переваг.

Одним із інструментів спеціального правового режиму є державна підтримка, стосовно якої треба зазначити, що вона не є спеціальним правовим режимом у своєму самостійному прояві. Сама по собі державна підтримка – це один із специфічних видів прояву з боку держави своєї економічної функції. За наявності лише однієї держаної підтримки без залучення комплексу інструментів недостатньо засобів і способів для створення налагодженого та функціонуючого спеціального правового режиму.

Саме тому Закон України «Про спеціальний режим інноваційної діяльності технологічних парків», у якому зазначена державна допомога визначена у вигляді фінансової підтримки та субсидювання, не закріплює комплексний та функціонуючий спеціальним правовим режим, особливо нині. Закон, прийнятий у період останніх років ХХ ст., дещо не відповідає стану сьогодення в сфері регулювання інновацій, які за останні майже 20 років набули розвитку й затребуваності в нашій державі та за її межами.

Питання неврегульованості законодавства України щодо такого інституту, як спеціальний режим інноваційної діяльності наявне передусім у Господарському кодексі України. Законодавець намагався врегулювати це питання та створити спеціальний режим, шляхом прийняття вищезазначеного Закону України «Про спеціальний режим інноваційної діяльності технологічних парків». Але ж оцінюючи складність національної інноваційної системи, треба сказати, що на сьогоднішній день спеціальний режим інноваційної діяльності не створено.

Аналізуючи законодавство, що регулює різні види господарської діяльності в Україні, треба зазначити, що Закон України «Про державно-приватне партнерство» передбачає застосування стимулів з боку держави, які потрібні для створення спеціального режиму. Законом визначені державна підтримка, державні гарантії та контроль. Зокрема, гарантії з боку держави визначено ст. 20, а саме: держава гарантує додержання встановлених законодавством України умов для провадження діяльності приватних партнерів, пов'язаної з виконанням договорів, укладених у рамках державно-приватного партнерства, додержання прав і законних інтересів приватних партнерів. Визначені цим Законом стимули можливо застосувати при створенні спеціального режиму інноваційної діяльності, так як спецрежими в господарській діяльності є схожими за структурою.

Також доречним є зазначити Закон України «Про державну допомогу суб'єктам господарювання», у якому в ст. 4 перелічено дев'ять різних форм державної допомоги¹³. Одним із різновидів державної допомоги є придбання державою товарів чи послуг даних суб'єктів господарювання за цінами вище ринкових, а за аналогією ефективною може бути така ж форма державної допомоги з боку держави стосовно інноваційної продукції. Таким чином, держава придбавши інноваційну продукцію за цінами вище ринкової, буде стимулювати суб'єктів інноваційної діяльності. Для ефективного функціонування спеціального режиму потрібен набір стимулів та фінансова підтримка з боку держави, тому перелічені в Законі форми державної допомоги можливо адаптувати до інноваційної діяльності при розробці спеціального режиму.

Закон України «Про спеціальний режим інвестиційної діяльності на території міста Харкова»¹⁴ від 2000-х р. є одним із прикладів законодавчо систематизованого спеціального режиму. Невеликий закон, що загалом складається з дев'яти статей, містить в собі найважливіші положення щодо визначення спеціального режиму та його застосування на території міста Харкова. Має досить схематичний характер та може слугувати прикладом при розробці нормативно-правового акта, який би створив та врегулював спеціальний режим інноваційної діяльності.

Недосконалість інноваційного законодавства прямо чи опосередковано є предметом господарсько-правової політики держави, яка на думку Д.В. Задохайла, базується на положеннях наукової господарсько-правової доктрини та є імперативною концептуальною позицією держави щодо напрямів та змісту подальшого розвитку господарського законодавства, удосконалення практики його застосування, оптимізації господарського порядку як такого¹⁵. Тому процес удосконалення інноваційного законодавства потребує постійного аналітично-доктринального супроводження як одна із найактуальніших проблем господарсько-правової науки.

Роблячи висновок щодо проаналізованого законодавства, постає ключове питання: «а що саме виступає об'єктом спеціального режиму інноваційної діяльності?» Існує декілька варіантів: 1) стартап; 2) діяльність суб'єктів (учасників) інноваційної діяльності; 3) технологія та її оборот, а також 4) суб'єкти інноваційної інфраструктури, такі як венчурні фонди, компанії з управління правами інтелектуальної власності та інші. Питання щодо визначення об'єкта потребує детального вивчення та систематизації.

Безумовно, відсутність спеціального режиму інноваційної діяльності гальмує розвиток сучасного законодавства, особливо в умовах сучасної економіки, що розвивається. Проблема його відсутності тільки підсилює ситуацію неврегульованості і остаточної невизначеності інноваційної діяльності в законодавстві України, що призводить до повільного розвитку цієї галузі господарювання. Наявність чіткого та систематизованого законодавства щодо інноваційної діяльності в Україні прискорить розвиток інноваційних процесів, що, в свою чергу, надасть змогу прискорити розвиток у економіки в Україні.

Отже, можемо зробити такі висновки:

- 1) інноваційна діяльність характеризується своєю складністю та комплексністю в силу певної кількості етапів та процесів, які входять до її комплексу, а також правового регулювання зазначених відносин з боку декількох галузей права;
- 2) слід визнати необхідним для законодавця розробити та забезпечити спеціальний правовий режим для правового регулювання інноваційної діяльності на всіх її етапах;
- 3) необхідно поряд із створенням особливого правового режиму інноваційної діяльності, як такої, розробити цілу низку спеціальних правових режимів інноваційного господарювання з урахуванням особливостей публічних та приватних економічних інтересів щодо визначених інноваційних проектів, продуктів та стартапів;
- 4) існує нагальна необхідність вивчення та розробки застосування рестрикційних правових режимів щодо окремих видів інноваційної діяльності з огляду на реальні або потенціальні небезпечні суспільні наслідки їх запровадження;
- 5) слід констатувати малоефективність чинного спеціального режиму технологічних парків з огляду на «слабке оснащення» такого режиму правовими засобами;
- 6) у процесі спеціальних господарсько-правових досліджень постає потреба визначити коло правових засобів формування спеціальних режимів інноваційної діяльності, з урахуванням притаманним цій діяльності особливостей.

¹ Очковская М.С. Инновации как качественный фактор экономического роста: *Креативная экономика*. 2007. Т. 1. № 1. С. 80–86. URL: <https://creativeconomy.ru/lib/3619>

² Там само.

³ Господарський кодекс України від 16.01.2003 № 436-IV. *Відомості Верховної Ради України*. № 18. № 19–20. № 21–22. Ст. 325.

⁴ Велика українська юридична енциклопедія : у 20 т. / Нац. акад. прав. наук України, Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького, Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого; редкол. В.Я. Тацій [та ін.]. Харків: Право, 2019. Т. 15 : Господарське право / ред. кол. В.А. Устименко [та ін.]. 784 с.

⁵ Крупа Л.В. Спеціальний режим підприємницької діяльності у вільних економічних зонах України (комплексне дослідження) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Харків, 2000. 20 с.

⁶ Велика українська юридична енциклопедія: у 20 т. / Нац. акад. прав. наук України, Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького, Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого; редкол. В.Я. Тацій [та ін.]. Харків: Право, 2019. Т. 15 : Господарське право / ред. кол. В.А. Устименко [та ін.]. 784 с.

⁷ Там само.

⁸ Про спеціальний режим інноваційної технологічних парків : Закон України від 16.07.1999 р. № 991-XIV. *Відомості Верховної Ради України*. 1999. № 40. Ст. 363.

⁹ Там само.

¹⁰ Там само.

¹¹ Крупа Л.В. Вказана праця. 20 с.

¹² Там само.

¹³ Про державну допомогу суб'єктам господарювання : Закон України від 01.07.2014 р. № 1555-VII. *Відомості Верховної Ради України*. 2014. № 34. Ст. 1173.

¹⁴ Про спеціальний режим інвестиційної на території міста Харкова : Закон України від 11.05.2000 р. № 1714-III. *Відомості Верховної Ради України*. 2000. № 32. Ст. 259.

¹⁵ Задохайло Д.В. Правові засади формування та реалізації економічної політики держави : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Харків, 2013. 31 с.

Резюме

Гольєва Н.К. Особливості правової природи інноваційних відносин та спеціальний правовий режим їх реалізації.

У даній статті з'ясовано зміст поняття спеціального правового режиму на території України, проаналізовано законодавство України щодо спеціальних правових режимів, здійснено характеристику інноваційної діяльності в Україні, а також приділено увагу запровадженню спеціального режиму для інноваційної діяльності.

Ключові слова: інновації, інноваційна діяльність, спеціальний режим, технопарк, види спеціальних режимів, державно-приватне партнерство.

Резюме

Гольєва Н.К. Особенности правовой природы инновационных отношений и специальный правовой режим их реализации.

В данной статье выяснено содержание понятия специального правового режима на территории Украины, проанализировано законодательство Украины о специальных правовых режимах, осуществлена характеристика инновационной деятельности в Украине, а также уделено внимание введению специального режима для инновационной деятельности.

Ключевые слова: инновации, инновационная деятельность, специальный режим, технологический парк, виды специальных правовых режимов, государственно-частное партнерство.

Summary

Holieva N. Peculiarities of legal nature of innovation activity and special legal regime of their implementation.

This article clarifies the meaning of the concept of a special legal regime in Ukraine, analyzes the legislation of Ukraine regarding special legal regimes, describes the innovation activity in Ukraine, and also focuses on the introduction of a special regime for innovation.

Key words: innovations, innovative activities, special regime, technology park, types of special legal regimes, public-private partnership.

УДК 347.94

О.Ю. ГУСЕВ

*Олексій Юрійович Гусев, аспірант Київського національного університету імені Тараса Шевченка
ORCID 0000-0002-4563-2891*

**ПРАВОМІРНІСТЬ ДОСТУПУ ДО ЦИФРОВИХ ДАНИХ
ЯК УМОВА ДОПУСТИМОСТІ ЕЛЕКТРОННИХ ДОКАЗІВ**

Поява у цивільному процесуальному законодавстві України поняття електронних доказів викликала жваву дискусію серед правників, одним із питань якої стала допустимість інформації в електронній формі, що визначає її здатність бути легальним засобом доказування в суді.

У фаховій юридичній літературі висловлюються різноманітні думки щодо умов допустимості доказів, зокрема й електронних. Одним із її критеріїв вважається законність джерела, з якого одержані докази¹. У доктрині кримінального процесу чітко розрізняють поняття джерел доказів і джерел фактичних даних. Вчені, зокрема, зазначають, що «джерело фактичних даних» може стати «джерелом доказу» лише в результаті залучення його в судовий процес у встановленому процесуальним законом порядку шляхом вилучення з нього доказових відомостей з наступним процесуальним оформленням і визнанням уповноваженою особою як доказів². Проте в теорії цивільного процесу панує спрощений підхід до поняття доказів, унаслідок чого під їх джерелами іноді помилково розуміють джерела фактичних даних³. Зважаючи на те, що джерела фактичних даних також повинні оцінюватись за критерієм допустимості з метою їх остаточного визнання допустимими доказами, актуальним є дослідження особливостей джерел цифрових даних, які зрештою можуть впливати на допустимість електронних доказів⁴.

Питання допустимості електронних доказів у межах різних галузей процесуального права України, а також джерел цифрових даних для потреб судочинства входили до сфери наукових інтересів багатьох учених. Цим проблемам присвячували свої праці Н.М. Ахтирська, Н.Є. Блажівська, О.М. Брисковська, І.В. Вернидубо, О.О. Грабовська, К.Б. Дрогозюк, С.С. Єсімов, А.Ю. Каламайко, Ю.С. Канарик, І.О. Крицька, О.М. Лазько, Ю.С. Павлова, В.С. Петренко, В.І. Теремецький, Г.Я. Тріпутьський, С.Я. Фурса, Д.М. Цехан, С.О. Чорний та інші.

Мета статті полягає в обґрунтуванні наявності взаємозв'язку між дотриманням визначеного законом порядку доступу до інформації в електронно-цифровій формі та допустимістю електронних доказів, а також у загальній характеристиці окремих способів одержання цифрових даних з метою доказування в цивільному судочинстві України.

У теорії цивільного процесуального права питання законності джерел фактичних даних, як правило, пов'язують із походженням самої інформації. Це означає, що джерело визнається недопустимим, якщо під час збирання даних, а саме їх вилучення та процесуального оформлення, будуть порушені права, свободи та інтереси інших осіб або якщо таке джерело виявиться невідомим чи незаконним⁵. Очевидно, що зміст поняття законності джерела фактичних даних є досить глибоким і не може бути повністю розкритий кількома реченнями, тому найбільш раціональним видається зосередити увагу на суто юридичному аспекті походження доказових відомостей, а саме доступі до цифрових даних та їх джерел.

Загалом до джерел цифрових даних, які згодом можуть стати електронними доказами, теоретики відносять текстові електронні документи, їх окремі реквізити, цифрові аудіо- та відеозаписи, веб-сторінки глобальних телекомунікаційних мереж, ресурси локальних телекомунікаційних мереж, соціальні мережі, окремі електронні повідомлення, метадані, автоматизовані інформаційні системи та інше⁶. Важливою особливістю цих джерел є те, що доступ до деяких із них може бути обмеженим і захищатись нормами права. Відповідно до Закону України «Про інформацію» за критерієм доступності інформація поділяється на відкриту та з обмеженим доступом. Унаслідок цього для правомірного одержання доказових відомостей може знадобитись спеціальний дозвіл уповноваженого суб'єкта, як-от власника джерела даних або суду залежно від порядку. Для прикладу, заінтересована особа зазвичай має вільний доступ до електронних повідомлень,

електронних документів, цифрових звуко- чи відеозаписів, облікових записів у соціальних мережах, створених нею власноруч. Водночас доступ до персональних даних сторонніх осіб або метаданих, які збирають телекомунікаційні компанії, є обмеженим на підставі закону⁷. З огляду на це правомірність доступу суб'єкта фіксації до джерела електронної інформації можна вважати ключовим елементом поняття законності джерела фактичних даних. Іншими словами, законність джерела фактичних даних насамперед означає відповідність дій заінтересованої особи, спрямованих на одержання доступу до певної інформації, вимогам норм права.

Суспільні відносини щодо доступу до інформації, зокрема в електронній формі, належать до інформаційної сфери людської діяльності⁸. У вітчизняному судочинстві увагу на порядок доступу до інформації з метою збирання доказових відомостей звертають, враховуючи загальні вимоги допустимості доказів, а саме: заборону використання фактичних даних, одержаних із порушенням порядку, встановленого законом. У такий спосіб допустимість доказів залежить від допустимості джерел фактичних даних, зокрема від дотримання заінтересованою особою передбаченого законом порядку доступу до необхідної їй доказової інформації.

Загальний, позасудовий порядок доступу до джерел інформації в Україні врегульовано численними положеннями інформаційного законодавства. Хоча фахівці по-різному оцінюють нормативне регулювання інформаційних правовідносин, заінтересовані особи загалом мають достатньо інструментів для ефективного одержання більшості видів інформації, а суд – можливість відносно швидко перевірити дотримання передбаченого законом порядку доступу до цих відомостей⁹.

Конкретний порядок доступу до певних відомостей безпосередньо залежить від їх змісту¹⁰. У контексті поняття електронних доказів це означає наступне. Якщо електронними доказами, потенційними чи фактичними, є інформація публічного характеру, зокрема з обмеженим доступом (конфіденційна, таємна чи службова), або публічна інформація, що містить персональні дані, то відповіді на питання про законність її одержання слід шукати в положеннях Закону України «Про доступ до публічної інформації». Електронними доказами можуть бути також персональні дані особистого, приватного характеру. У такому випадку порядок доступу до них визначається домовленістю між суб'єктом і володільцем таких даних або спеціальним законодавством, як-от Законом України «Про електронну комерцію», що забороняє використання та витребування персональних даних учасників електронних правочинів з іншою, ніж вчинення електронних правочинів, метою.

Дані електронних документів – ще один поширений вид електронних доказів, доступ до джерел яких відповідно до закону визначається суб'єктами електронного документообігу самостійно на договірних засадах, окрім випадків, коли такі документи містять відомості публічного характеру чи інформацію з обмеженим доступом. У такому разі порядок доступу до даних електронних документів визначається виключно спеціальним законом¹¹.

Іншим джерелом цифрових даних для електронних доказів можуть бути різноманітні інформаційно-телекомунікаційні системи, порядок доступу до яких залежить від волі володільців тих даних, які передаються цими каналами електрозв'язку¹². Крім цього, доступ до телекомунікаційних мереж, засобів телекомунікацій, інформації про умови їх функціонування, а також інформації, що передається цими мережами, захищається операторами і провайдерами телекомунікацій, а їх персонал несе відповідальність за порушення вимог щодо збереження таємниці телефонних розмов, телеграфної чи іншої кореспонденції, що передається засобами зв'язку або через комп'ютер¹³. Водночас державним електронним інформаційним ресурсам надається особливий захист, а порядок доступу до них визначається виключно спеціальним законодавством¹².

Положення про порядок доступу до окремих видів інформації та її джерел можуть міститись також в інших законодавчих актах. Загалом очевидно, що можливість правомірного одержання відомостей, які можуть стати електронними доказами в суді, доволі детально врегульована інформаційним законодавством України, тому, збираючи фактичні дані в загальному, позапроцесуальному порядку, заінтересованим особам слід уважно дотримуватись вимог відповідних нормативно-правових актів, аби гарантувати законність джерел доказової інформації, а зрештою й допустимість електронних доказів.

У державах, де електронні докази застосовуються протягом тривалого часу, питання доступу до інформації в електронній формі найчастіше розглядається в контексті недоторканності особистого приватного життя, а також права на обмеження доступу до інформації певного характеру. Внаслідок цього процесуальне законодавство таких країн часто передбачає спеціальний порядок доступу до окремих видів відомостей. Зокрема, в Нігерії відповідно до ст. 91 Закону про докази суд може витребувати непрямі докази (наприклад, докази автентичності електронних документів) чи зобов'язати надати доступ до них лише в тому випадку, якщо заінтересована сторона перед цим самостійно зверталась з такою вимогою до особи, яка володіє цими даними, але не одержала їх¹⁴.

У США ст. 34 Федеральних правил цивільного судочинства на стадії розкриття доказів надає стороні спору право доступу до фактичних даних, зібраних протилежною стороною, та їх джерел для ознайомлення, виготовлення копій і перевірки допустимості. Офіційні тлумачі зазначають, що надання протилежній стороні доступу до певних видів електронної інформації може викликати конфлікти щодо їх приватності та конфіденційності, тому в поясненні до статті вони вказали, що закріплення такого права не має на меті створення безперешкодного доступу до комп'ютерної системи протилежної сторони, а суди повинні захищати всіх учасників справи від надмірного втручання, що виникає в результаті надання такого доступу¹⁵.

Судова практика Австралії містить висновки про те, що доказові відомості можуть мати привілейований, приватний або конфіденційний характер, тому сторона, заінтересована в одержанні цих даних, не може володіти вільним доступом до комп'ютерів, де вони зберігаються. Через це заінтересована особа повинна звернутись до суду з проханням видати спеціальний наказ про призначення незалежного експерта для дослідження всіх або частини цифрових даних з метою виявлення привілейованих, конфіденційних чи приватних документів¹⁶.

В Україні ж на допомогу учаснику цивільної справи, якому не вдалось отримати доступ до інформації у позасудовому порядку, можуть прийти спеціальні процесуальні способи одержання фактичних даних, як от витребування доказів. Так, відповідно до ст. 84 Цивільного процесуального кодексу в разі неможливості самостійно подати докази заінтересована особа може звернутись до суду з клопотанням про витребування доказів, у якому повинні бути зазначені, зокрема, обставини, які цей доказ може підтвердити чи спростувати, підстави, з яких випливає, що відповідна особа має цей доказ, та вжиті особою, яка подає клопотання, заходи для отримання цього доказу самостійно або причини неможливості отримання доказу¹⁷. Тому, наприклад, у разі відмови провайдера телекомунікаційних послуг надати відомості про особу, якій належить кінцеве обладнання, з котрого були надіслані певні дані, відповідні відомості можуть бути витребувані ухвалою суду.

Крім витребування доказів, увагу слід також звернути на деякі інші спеціальні процесуальні порядки отримання доступу до джерел електронної інформації. Зокрема ті, що передбачені у ст. 85 Цивільного процесуального кодексу України. Так, згідно з частиною сьомою цієї статті суд за заявою учасника справи або з власної ініціативи може оглянути веб-сайт чи інші місця збереження даних в мережі Інтернет з метою фіксації їх змісту. Вказана норма є новелою останньої редакції Цивільного процесуального кодексу, й тут варто зробити уточнення. Так, слід зазначити, що мережу Інтернет можна вважати джерелом цифрових даних лише умовно, оскільки вона не є місцем їх збереження, а лише каналом електронного зв'язку, тобто засобом передачі відомостей в електронній формі від одного користувача до іншого. Через це наведений порядок може забезпечити доступ лише до певних віддалених джерел електронної інформації, що знаходяться у вільному відкритому доступі через мережу Інтернет. Безумовними перевагами цього способу є оперативність одержання фактичних даних, високий ступінь їх достовірності, а також законність доступу до відповідних джерел (носіїв даних). З огляду на легкодоступність такої інформації деякі вчені навіть висувують пропозицію визнавати такі відомості загальновідомими, що в цивільному судочинстві є підставою для звільнення від доказування¹⁸.

Далі, відповідно до частини восьмої ст. 85 Цивільного процесуального кодексу України, суд може призначити експертизу для встановлення змісту веб-сайту чи інших місць збереження даних в мережі Інтернет, якщо це потребує спеціальних знань і не може бути здійснено судом самостійно або із залученням спеціаліста. Видається, що це крайній захід, який може бути вжитий судом для одержання доступу до віддалених джерел електронної інформації у складних випадках. Варто зазначити, що висловлені раніше застереження рівною мірою стосуються й цього способу одержання цифрових даних.

Попри відсутність у вітчизняному цивільному процесуальному законодавстві оригінальних порядків доступу до цифрових даних та їх джерел можна зробити висновок, що заінтересовані особи цілком забезпечені всіма можливими нині способами правомірного одержання доступу до фактичних даних, які можуть бути використані ними як докази в суді. На цій підставі вивчення іноземного досвіду щодо необхідності запровадження додаткових особливих процесуальних порядків отримання електронної інформації для потреб доказування видається менш актуальним, аніж, наприклад, дослідження способів захисту цифрових даних від несанкціонованого доступу до них з урахуванням прав на таємницю особистого життя, таємницю комунікацій, захист персональних даних, свободу підприємницької діяльності тощо¹⁹.

Отже можемо зробити висновок, що законність доступу до джерел цифрових даних з метою їх вилучення та процесуального оформлення є вагомим фактором допустимості електронних доказів, адже відомості, отримані з порушенням відповідного порядку, наражаються на небезпеку бути визнаними недопустимими в суді.

Джерела цифрових даних, які згодом можуть стати електронними доказами, є вкрай різноманітними. Позасудові способи доступу до джерел електронної інформації досить детально врегульовані положеннями чинного законодавства України.

У процесуальному законодавстві іноземних державах, де електронні докази застосовуються протягом тривалого часу, поширеними є спеціальні порядки доступу до окремих видів інформації, що не притаманні вітчизняній системі права пострадянського типу. Всупереч наявним дефектам нормативного регулювання інформаційних правовідносин та відсутності оригінальних процесуальних способів одержання фактичних даних, остання редакція Цивільного процесуального кодексу України забезпечила заінтересованих осіб достатньою кількістю сучасних та ефективних інструментів правомірного доступу до цифрових даних для потреб судочинства.

¹ Чупрікова І.Л. Допустимість доказів у світлі нового Кримінального процесуального кодексу : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09. Одеса, 2016. С. 3.

² Погорецький М.А. Функціональне призначення оперативно-розшукової діяльності у кримінальному процесі : монографія. Харків : Арсіс, ЛТД, 2007. С. 481–487.

- ³ Штефан А. Допустимість доказів у цивільному судочинстві. *Теорія і практика інтелектуальної власності*. 2016. № 2 (88). С. 75.
- ⁴ Сергеева Д.Б. Допустимість доказів в теорії та КПК 2012 року. *Вісник кримінального судочинства*. 2015. № 3. С. 83.
- ⁵ Штефан А. Вказана праця. С. 73.
- ⁶ Гусев О. Класифікація електронних доказів у цивільному процесі України. *Підприємництво, господарство і право*. 2018. № 8 (270). С. 20–21.
- ⁷ Про захист персональних даних : Закон України від 01 черв. 2010 р. № 2297-VI. *Голос України*. 2010. 16 верес. № 172; Про телекомунікації : Закон України від 18 листоп. 2003 р. № 1280-IV. *Голос України*. 2003. 23 груд. № 244.
- ⁸ Заярний О.А. Інформаційна сфера як об'єкт адміністративно-правової охорони: деякі доктринальні та нормативні аспекти. *Журнал східноєвропейського права*. 2016. № 23. С. 21.
- ⁹ Шенета О.В. Кодифікація інформаційного законодавства України як вимога сучасності. *Інформаційна безпека людини, суспільства, держави*. 2013. № 3. С. 35.
- ¹⁰ Геліч Ю.О. Види інформації за законодавством України. *Правничий вісник Університету «КРОК»*. 2011. Вип. 10. С. 86.
- ¹¹ Про електронні документи та електронний документообіг : Закон України від 22 трав. 2003 р. № 851-IV. *Голос України*. 2003. 27 черв. № 119.
- ¹² Про захист інформації в інформаційно-телекомунікаційних системах : Закон України від 05 лип. 1994 р. № 80/94-ВР. *Голос України*. 1994. 04 серп.
- ¹³ Про телекомунікації : Закон України від 18 листоп. 2003 р. № 1280-IV. *Голос України*. 2003. 23 груд. № 244.
- ¹⁴ Evidence Act 2011. Nigerian Law Intellectual Property Watch Inc. : веб-сайт. URL: <https://nlipw.com/evidence-act/> (дата звернення: 10.05.2019).
- ¹⁵ Federal Rules of Civil Procedure 2018. The Administrative Office of the U.S. Courts : веб-сайт. URL: https://www.uscourts.gov/sites/default/files/cv_rules_eff_dec_1_2018_0.pdf (дата звернення: 10.05.2019).
- ¹⁶ Stanfield A. The Authentication of Electronic Evidence : дис. ... д-ра філософії / Queensland University of Technology. Brisbane, 2016. С. 98, 105.
- ¹⁷ Цивільний процесуальний кодекс України : Закон України від 19 берез. 2004 р. № 1618-IV. *Голос України*. 2004. 18 трав. № 89.
- ¹⁸ Калмайко А.Ю. Електронні засоби доказування в цивільному процесі : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Харків, 2016. С. 17.
- ¹⁹ Про заходи для високого спільного рівня безпеки мережевих та інформаційних систем на території Союзу : Директива Європейського Парламенту і Ради (ЄС) від 06 лип. 2016 р. № 2016/1148. URL: <https://www.kmu.gov.ua/storage/app/media/uploaded-files/es-20161148.pdf> (дата звернення: 10.05.2019).

Резюме

Гусев О.Ю. Правомірність доступу до цифрових даних як умова допустимості електронних доказів.

У статті проаналізовано деякі аспекти процедури одержання доказів, які впливають на оцінку їх допустимості в суді, зокрема обґрунтовано, що правомірність доступу до цифрових даних є запорукою законності їх джерел як однієї з умов допустимості електронних доказів. Зважаючи на широке різноманіття джерел інформації в електронно-цифровій формі, розглянуто особливості деяких із передбачених чинним законодавством України судових і позасудових способів доступу до електронних даних.

Ключові слова: цивільний процес; джерела доказів; електронні докази; допустимість доказів; доступ до інформації.

Резюме

Гусев А.Ю. Правомерность доступа к цифровым данным как условие допустимости электронных доказательств.

В статье проанализированы некоторые аспекты процедуры получения доказательств, которые влияют на оценку их допустимости в суде, в частности обосновано, что правомерность доступа к цифровым данным является залогом законности их источников как одного из условий допустимости электронных доказательств. Учитывая широкое многообразие источников информации в электронно-цифровой форме, рассмотрены особенности некоторых из предусмотренных действующим законодательством Украины судебных и внесудебных способов доступа к электронным данным.

Ключевые слова: гражданский процесс; источники доказательств; электронные доказательства; допустимость доказательств; доступ к информации.

Summary

Husiev O. Legality of access to digital data as a condition of admissibility of electronic evidence.

The article analyzes some aspects of the procedure for obtaining evidence that affect the assessment of its admissibility in court. In particular, it is justified that the legality of access to digital data is the key to the legitimacy of their sources as one of the conditions for the admissibility of electronic evidence. Taking into account a wide variety of sources of electronic information, there are considered several features of some of the judicial and extrajudicial ways of access to digital data provided for by the current legislation of Ukraine.

Key words: civil procedure; sources of evidence; electronic evidence; admissibility of evidence; access to information.

Т.А. ЛАВРЕНЮК

Тетяна Анатоліївна Лавренюк, аспірант Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

ORCID: 0000-0002-8863-8011

ПРИНЦИПИ ГОСПОДАРСЬКО-ПРАВОВОЇ ПОЛІТИКИ ТА ЇХ СПІВВІДНОШЕННЯ ІЗ ПРИНЦИПАМИ ГОСПОДАРСЬКОГО ПРАВА

Здається слушною думка Р.А. Стефанчука, який, підкреслюючи актуальність та важливість вивчення питань політики права, зазначає про існування рівнів у праві, серед яких політика права є найскладнішим.

Право у своїй сукупності, як зазначає Р.А. Стефанчук, є складною та багаторівневою системою наукових знань, навичок та вмій що містить три основні рівні: математику права, філософію права та політику права. Математика права є первинним рівнем системи права, який містить інструментарій права, його доктрини, способи та прийоми. Тобто, математика права – це система права у статичному її вигляді, фактичний відбиток сучасного стану її розвитку. Філософія права вже містить різні погляди на можливе філософське осмислення існуючого правового порядку та потенційні варіанти його розвитку. Але найскладнішим рівнем, на переконання Р.А. Стефанчука, яке ми повністю поділяємо, є рівень політики права, який повинен бути спрямований на вибір тієї моделі права, яка найбільш повно відповідає політичним, економічним та соціальним реаліям, а також визначення її структури, елементів та етапів впровадження. І саме цей рівень має бути предметом найбільш пильного вивчення, оскільки дасть можливість тримати в полі зору динаміку розвитку правової системи та вектори її розвитку¹.

Слід зазначити, що питання господарсько-правової політики та її принципів, незважаючи на свою актуальність та велике значення для практичної діяльності, так само мало досліджене у правовій науці, як і питання принципів господарського права. Наслідком цього є відсутність розробленої стратегії послідовного здійснення господарсько-правової політики, незадовільний стан правового регулювання господарських правовідносин, що відзначається хаотичністю, наявністю множини суперечностей та прогалин у правовому регулюванні. Така відсутність послідовної господарсько-правової політики, що негативним чином позначається на правовому регулюванні, не лише не здатна забезпечити підвищення розвитку правовідносин у певних сферах та сегментах ринку, а й навпаки, може призводити та призводить до стримування їх розвитку, що має пряме відображення на стані рівня економіки в країні.

Питання правової політики були об'єктом дослідження таких вчених, як: В.І. Борісов, Є.В. Вавілін, Н.В. Ісаков, Е.В. Лашук, О.В. Малько, О.Ю. Рибаків, Р.О. Стефанчук, М.В. Шульга та інші. У науковій літературі проблемам формування та реалізації господарсько-правової політики держави в окремих сферах господарювання присвячено значну кількість наукових праць представниками харківської школи господарського права, зокрема такими вченими, як Ю.Є. Атамановою (господарсько-правове забезпечення інноваційної політики держави), В.І. Кухарем (господарсько-правове забезпечення інвестиційної політики держави), В.О. Усатим, (господарсько-правове забезпечення промислової політики держави), В.А. Юсуповим (господарсько-правове забезпечення зовнішньоекономічної політики держави) та іншими. Вивченням економічної політики як самостійного об'єкта правового дослідження займався Д.В. Задихайло. Проблему принципів правової політики досліджували такі вчені, як С.С. Алексєєв, Є.В. Куманін, Н.І. Матузов, А.В. Малько та інші. Однак принципи господарсько-правової політики не були об'єктом комплексних досліджень.

Метою статті є розробка концептуальних засад формування сучасної господарсько-правової політики держави та її принципів для підвищення рівня реалізації завдань економічної політики держави, а також дослідження зв'язку між принципами господарсько-правової політики та принципами господарського права.

Як слушно зазначає Д.В. Задихайло, що політико-правовий феномен «державна політика» не отримав у законодавчому забезпеченні діяльності держави адекватну його значенню і ролі правову інституалізацію². У 2010 р. було прийнято Закон України «Про засади внутрішньої та зовнішньої політики»³, яким, відповідно до його преамбули, визначаються засади внутрішньої політики України у сферах розбудови державності, розвитку місцевого самоврядування та стимулювання розвитку регіонів, формування інститутів громадянського суспільства, національної безпеки і оборони, в економічній, соціальній і гуманітарній сферах, в екологічній сфері та сфері техногенної безпеки, а також засади зовнішньої політики нашої країни. Завданням засад внутрішньої і зовнішньої політики, згідно зі ст. 1 зазначеного Закону, визначено принципи та пріоритети державної політики у відповідних сферах. На жаль, зазначений нормативно-правовий акт носить більш декларативний характер, оскільки не містить в собі механізму реалізації закладних у ньому стратегічних завдань та цілей, порядку їх корекції та узгодження із потребами й вимогами сучасності, не закладено порядок розробки та реалізації самої державної політики з окреслених питань.

Поряд із цим слід зазначити як позитивний крок закріплення на рівні Господарського кодексу України положень про економічну політику держави, зокрема про форми реалізації державою економічної політики (ст. 9 Господарського кодексу України⁴) та основні напрями економічної політики держави (ст. 10 Господарського кодексу України⁵), якими визначено структурно-галузеву, інвестиційну, амортизаційну, політику інституційних перетворень, цінову, антимонопольно-конкурентну, бюджетну, податкову, грошово-кредитну, валютну та зовнішньоекономічну політику. У цій же статті також зазначено про такі види державної політики, як соціальна та екологічна, правовим об'єктом регулювання яких, поряд із економічною політикою, також є правовідносини у сфері господарювання.

На жаль, питанням господарсько-правової політики не приділено належної уваги ані в Господарському кодексі України, ані в інших нормативно-правових актах. Поряд із тим, що в теорії права також відсутні загально визнані принципи та підстави її формування.

Починаючи дослідження теми принципів господарсько-правової політики, необхідно визначитись із тим, що взагалі розуміється під господарсько-правовою політикою держави.

Господарсько-правова політика держави є складовою її правової політики, має на меті ефективну реалізацію цілей та завдань економічної політики через здійснення прямого впливу на нормотворчі та правозастосовні процеси у сфері господарювання шляхом інкорпорації до змісту господарського виробництва необхідних і достатніх для цього господарсько-правових засобів, форм та механізмів регулювання господарських відносин⁶. На нашу думку, таке визначення господарсько-правової політики є найбільш ємним та змістовним та повністю відбиває суть її призначення. Значено про місце господарсько-правової політики, яка є складовою правової політики держави. Як мета господарсько-правової політики визначена реалізація цілей та завдань економічної політики, при цьому така реалізація повинна бути ефективною. Також визначено шлях, за яким здійснюється реалізація цілей, що вирішується за допомогою господарсько-правової політики.

Господарсько-правову політику держави можна визначити як функцію та інструмент діяльності держави, що полягає у визначенні змісту, методів та алгоритму її правового впливу на сферу відносин господарювання і яка реалізується шляхом встановлення такої конфігурації правового господарського порядку, що є суспільно необхідною на конкретному етапі розвитку національної економіки⁷. Так, саме за допомогою господарсько-правової політики, яка обов'язково повинна відповідати вимогам сучасного стану суспільства та економіки, держава повинна визначати зміст та напрям своєї діяльності, розробляти алгоритм дій для послідовного здійснення впливу на правовідносини у сфері господарювання, встановлюючи певний правовий господарський правопорядок.

Розмірковуючи про господарсько-правову політику та підстави її формування, здається цілком слушною думка Д.В. Задахайло про те, що господарсько-правова політика держави базується на положеннях конституційного економічного порядку, економічної політики держави та наукової господарсько-правової доктрини і зафіксована у змісті державних програм економічного розвитку як обов'язкова, структурна та інструментальна їх складова і може бути визначена як імперативна концептуальна позиція держави щодо напрямів та змісту подальшого розвитку господарського законодавства, удосконалення практики його застосування, оптимізації правового господарського порядку як такого⁸.

Дійсно, на нашу думку, саме положення конституційного економічного порядку, економічної політики держави та наукової господарсько-правової доктрини повинні визначати зміст господарсько-правової політики. До цього можна також додати положення соціальної та екологічної політики у тій їх частині, де вони визначають правове регулювання відносин у сфері господарювання. Саме при дотриманні цих умов господарсько-правова політика зможе бути ефективною та відповідати вимогам і запитам сучасності.

Слід зазначити, що відсутність належної уваги до питання господарсько-правової політики має наслідком негативні прояви у площині практичної діяльності. Сьогодні між положеннями економічної політики держави та правовим господарським порядком відсутня центральна з'єднуюча їх ланка – «господарсько-правова політика», без якої концептуальна, програмна діяльність держави виявляється малоефективною, оскільки господарсько-правові засоби впливу, а не тільки регулювання, не отримують прямої функціональної реалізації через державні програми та безпосереднє нормативно-правове регулювання господарських відносин⁹. Тобто, економічна політика буде «непрацюючою» без проведення ефективної господарсько-правової політики.

Також, як слушно зазначає у своїх роботах Д.В. Задахайло, сучасне правове забезпечення функціонування механізму державного регулювання економіки є недосконалим та розподілене між джерелами різних галузей законодавства, що перешкоджає його чіткому і узгодженому функціонуванню¹⁰.

Очевидною вбачається необхідність утворення та провадження господарсько-правової політики, яка б забезпечила повноту та ефективність реалізації державної економічної політики, сприяючи формуванню загальних цілей та відповідної цим цілям системи правових засобів їх реалізації.

Відсутність планів застосування правових засобів впливу держави на суспільні відносини вказує на сподівання розробників та посадових осіб обмежитись лише владними організаційними та ресурсними можливостями, що в цілому може дати лише разові й несистемні ефекти¹¹. Те ж саме можна зазначити і про відсутність чітко продуманих та сформульованих відповідно із вимогами та завданнями сучасності принципів господарсько-правової політики.

Здається очевидним, що визначення певних принципів господарсько-правової політики та поступова їх реалізація зможе забезпечити системність та послідовність у функціонуванні державного, особливо макрое-

кономічного регулювання, надати узгодженості й системного характеру правотворчій та правозастосовній діяльності у цій сфері. Однак, на жаль, тема принципів господарсько-правової політики, незважаючи на свою актуальність, є ще менш дослідженою, ніж тема правової політики.

Під принципами господарсько-правової правової політики, які є складовою правової політики, ми розуміємо основні завдання та цілі, основні вихідні положення, керівні напрями та вимоги, засоби спрямування розвитку господарсько-правового регулювання, засоби акцентуації держави на ключових публічних та приватних інтересах у сфері господарювання та його правового забезпечення. Це є базові ідеї та положення, що визначають провідні напрями державної політики у сфері господарювання. Принципи господарсько-правової політики забезпечують зв'язок між змістом правового регулювання та змістом суспільно-економічного розвитку.

Розмірковуючи про співвідношення принципів господарсько-правової політики із принципами господарського права, слід звернути увагу на відсутність досліджень цього питання на рівні галузі господарського права, а також відсутність єдиного підходу до цього питання і в теорії права. Багато науковців взагалі не вбачають наявності будь-яких відмінностей між ними, інші – навпаки. При цьому деякі вчені вважають, що саме принципи правової політики здійснюють вплив та наповнюють змістовно принципи права, інші, вважаючи принципи права тим стрижнем, який пронизує всі шаблі права, впевнені в тому, що саме принципи права закладають основу принципів правової політики.

На нашу думку, саме принципи господарсько-правової політики, синтезуючи в собі положення конституційного економічного порядку, економічної політики держави та наукової господарсько-правової доктрини, а також положення соціальної та екологічної політики держави, повинні визначати зміст принципів господарського права. Принципи правової політики мають визначати зміст принципів права, а не навпаки, оскільки правова політика є набагато ширшою за право.

На рівні правової політики повинно відбуватися формування цілей та визначення напрямів розвитку нормативно-правового регулювання у відповідній галузі права, що у подальшому вже повинно знаходити вираження у принципах права відповідної галузі. Так, як слушно зазначає В.В. Лаптев, принципи галузі права є такими, що близько примикають до цілей правового регулювання. Під галузевими принципами розуміються керівні начала, що визначають характер правового регулювання відповідних суспільних відносин. В той час як самі ці керівні начала визначаються на підставі об'єктивно існуючих економічних умов та з урахуванням характеру суспільних відносин, що регулюються галуззю, і цілей їх регулювання¹², які, в свою чергу, як ми вже визначили, формуються на рівні правової політики. Тому здається очевидним, що саме принципи господарсько-правової політики визначають принципи господарського права, а не навпаки.

Порівнюючи принципи господарсько-правової політики із принципами права, ми можемо зазначити наступне. На нашу думку, принципи права вимагають більшої правової регламентації порівняно із принципами правової політики, оскільки здебільшого саме через принципи права здійснюється реалізація основних ідей та цінностей, пріоритетів та направленості у правовому регулюванні, що формуються на рівні принципів правової політики, які потім закладаються у принципи права (загальні, галузеві та інші), які, в свою чергу, пронизують всю правову матерію, все законодавство. Принципи права є більш статичними, виконуючи функцію визначення змісту всього поточного нормативно-правового регулювання, у той час як принципи правової політики більш динамічні, відстежуючи всі процеси, що відбуваються в суспільстві, з метою належного виконання своїх завдань. Правова політика повинна бути направлена на забезпечення ефективності правового регулювання, що досягається не лише через визначення змісту права, закладаючи певні стандарти та вимоги у нормативно-правові акти, в тому числі через формування та фіксацію певних принципів права, а й через визначення необхідного правопорядку, оскільки правова політика охоплює також сферу реалізації норм права, відстеження стану суспільства, в якому дана нормативна система ефективно функціонує та забезпечує необхідний правопорядок. Таким чином, слід підкреслити, що правова політика включає в себе як процес нормотворчості, так і правозастосування, охоплюючи як зміст права, так і правопорядок.

Принципи правової політики повинні знаходитись в постійному динамічному стані, відзначаючи перспективний розвиток правового регулювання, здійснюючи його модифікацію та виконуючи процеси відстеження й видалення дефектів у правовому регулюванні. Принципи права після їх фіксації у нормах права здійснюють незмінний процес правового регулювання, доки їх не буде замінено на інші принципи. Правова політика, виконуючи завдання підвищення ефективності законодавства та забезпечення необхідного правопорядку, може та повинна відстежувати дефекти у законодавчому регулюванні та одразу коректувати їх шляхом внесення відповідних змін, у тому числі й на рівні зміни або додавання нових принципів права. Тут слід додати, що правова політика в своєму механізмі має обов'язково передбачати елемент зворотного зв'язку із юридичною наукою, зв'язок із консолідованою думкою юридичної спільноти з метою врахування юридичної практики.

На нашу думку, принципи права більшою мірою стосуються процесу правового регулювання, в той час як принципи правової політики більш окреслюють сферу цілей правового регулювання, його зв'язку із соціальними інтересами, винаходження формул балансу між цими інтересами, перспективним розвитком правового регулювання, його модифікацією та процесом усунення недоліків у правовому регулюванні, що в подальшому перекладається у сферу правового регулювання за допомогою різних юридичних засобів, в тому числі й через принципи права, як найефективніші засоби правового регулювання.

Враховуючи особливу природу та призначення принципів господарсько-правової політики, ми можемо зазначити як їх особливу ознаку, порівняно із принципами господарського права, ще більший ступень зв'язку із економікою та державною політикою, оскільки вони покликані окреслювати направленість правового регулювання та пріоритети законодавчого розвитку у сфері господарювання, вирішуючи ключові проблеми та першочергові завдання нашої держави у сфері економіки, маючи на меті підвищення економічного розвитку країни.

Наприклад, одними із першочергових завдань сучасної господарсько-правової політики є розвиток антиконкурентного законодавства, дерегуляція малого бізнесу, формування інноваційного ринку та конкурентоспроможних суб'єктів інноваційної діяльності. І саме ці завдання повинні буди закріплені на рівні принципів господарсько-правової політики, що надасть змогу ефективно їх вирішувати.

Таким чином, правова політика повинна направляти законодавця на вирішення найактуальніших питань сучасного розвитку та визначати структуру й забезпеченість правовими засобами тих або інших сегментів господарських правовідносин, які з точки зору господарсько-правової політики є найбільш актуальними та вимагають підвищеної ефективності. Що стосується безпосередньо принципів права, то самостійно вони не здатні розв'язувати такі завдання. Водночас слід зазначити, що принципи правової політики, отримуючи закріплення на рівні права, трансформуються у принципи права, набуваючи ознаку нормативності. Саме принципи правової політики через окреслення направленості та змісту норм права визначають динаміку нормотворчого процесу.

У трансформації положень економічної політики держави в засоби її господарсько-правової політики вбачається ефективність модернізації господарського законодавства і самих відносин господарювання, а отже, і ефективність функціонування національної економіки¹³. Все це підкреслює важливість та актуальність теми господарсько-правової політики та її принципів.

Отже, можемо зробити такі висновки. За допомогою господарсько-правової політики, яка обов'язково повинна відповідати вимогам сучасного стану суспільства та економіки, держава має визначати зміст та напрям своєї діяльності, розробляти алгоритм дій для послідовного здійснення впливу на правовідносини у сфері господарювання, встановлюючи певний правовий господарський правопорядок.

Положення конституційного економічного порядку, економічної, соціальної, екологічної політики держави та наукової господарсько-правової доктрини повинні визначати зміст господарсько-правової політики та її принципів.

Правова політика в своєму механізмі має обов'язково передбачати елемент зворотного зв'язку із юридичною наукою, зв'язок із консолідованою думкою юридичної спільноти з метою врахування юридичної практики.

Визначення принципів господарсько-правової політики та поступова їх реалізація зможе допомогти забезпечити системність та послідовність у функціонуванні державного, особливо макроекономічного регулювання, надати узгодженості й системного характеру правотворчій та правозастосовній діяльності в цій сфері.

Принципи господарсько-правової політики є складовою правової політики та основним завданням і цілями, основними вихідними положеннями, керівними напрямками та вимогами, засобами спрямування розвитку господарсько-правового регулювання, акцентуації держави на ключових публічних та приватних інтересах у сфері господарювання та його правового забезпечення. Це – базові ідеї та положення, що визначають провідні напрями державної політики у сфері господарювання. Принципи господарсько-правової політики забезпечують зв'язок між змістом правового регулювання та змістом суспільно-економічного розвитку.

Принципи господарсько-правової політики повинні визначати зміст принципів господарського права, направляючи законодавця на вирішення найактуальніших питань сучасного розвитку.

¹ Стефанчук Р. Шляхи реформування цивільного законодавства: погляд на захід та схід. *Право України*. 2009. № 8. С. 53–61.

² Задихайло Д.В. Економічна та господарсько-правова політика держави: співвідношення та законодавче забезпечення. *Вісник Академії правових наук України* : зб. наук. пр. Харків. 2012. № 1. С. 127–137.

³ Про засади внутрішньої і зовнішньої політики: Закон України від 01.07.2010 р. № 2411-V. Дата оновлення: 08.07.2018. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2411-17> (дата звернення: 06.02.2019).

⁴ Господарський кодекс України: Закон України від 16.01.2003 р. № 436-IV. Дата оновлення: 07.02.2019. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15> (дата звернення: 13.02.2019).

⁵ Там само.

⁶ Велика українська юридична енциклопедія: у 20 т. / Нац. акад. прав. наук України, Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого. Харків: Право, 2016. Т. 15: Господарське право / редкол.: В.А. Устименко (голова) [та ін.]. 784 с.

⁷ Задихайло Д.В. Вказана праця. С. 127–137.

⁸ Задихайло Д.В. Правові засади формування та реалізації економічної політики держави: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Харків, 2013. 38 с.

⁹ Задихайло Д.В. Державна економічна політика та завдання правового регулювання. *Вісник Національного університету "Юридична академія України імені Ярослава Мудрого"*. Сер. : *Економічна теорія та право*. 2014. № 1. С. 138–147.

¹⁰ Задихайло Д.В. Державний механізм макроекономічного впливу як цілісний об'єкт законодавчого забезпечення. *Економічна теорія та право*. 2017. № 4. С. 130–142.

¹¹ *Задихайло Д.В.* Економічна та господарсько-правова політика держави: співвідношення та законодавче забезпечення. *Вісник Академії правових наук України* : зб. наук. пр. Харків. 2012. № 1. С. 127–137.

¹² *Лантев В.В.* Хозяйственное право: учебник. Москва: Юридическая литература, 1983. 527 с.

¹³ *Задихайло Д.В.* Економічна політика держави в системі правового і законодавчого забезпечення. *Вісник Національної академії правових наук*. 2013. № 3 (74). С. 214–221.

Резюме

Лавренюк Т.А. Принципи господарсько-правової політики та їх співвідношення із принципами господарського права.

Статтю присвячено проблемам формування ефективної господарсько-правової політики держави з метою підвищення рівня реалізації завдань економічної політики держави. Автором поглиблено досліджено феномен господарсько-правової політики та її принципів, розглянуто співвідношення принципів господарсько-правової політики та принципів господарського права. У результаті дослідження зроблено висновки про концептуальні положення, які повинні бути закладені на рівні принципів господарсько-правової політики та реалізовані у площині правотворчості та правозастосування через принципи господарського права.

Ключові слова: принципи права, принципи господарського права, галузеві принципи, основи господарського правопорядку, принципи господарсько-правової політики, господарсько-правова політика, економічна політика, правова політика.

Резюме

Лавренюк Т.А. Принципы хозяйственно-правовой политики и их соотношение с принципами хозяйственного права.

Статья посвящена проблемам формирования эффективной хозяйственно-правовой политики государства с целью повышения уровня реализации задач экономической политики государства. Автором углубленно исследован феномен хозяйственно-правовой политики и ее принципов, рассмотрено соотношение принципов хозяйственно-правовой политики с принципами хозяйственного права. В результате исследования сделаны выводы о концептуальных положениях, которые должны быть заложены на уровне принципов хозяйственно-правовой политики и реализованы в плоскости правотворчества и правореализации через принципы хозяйственного права.

Ключевые слова: принципы права, принципы хозяйственного права, отраслевые принципы, основы хозяйственного правопорядка, принципы хозяйственно-правовой политики, хозяйственно-правовая политика, экономическая политика, правовая политика.

Summary

Lavrenyuk T. The principles of economic and legal policy and their relationship with the principles of commercial law.

The article is devoted to the problems of forming an effective economic and legal policy of the state in order to increase the level of implementation of the tasks of the state economic policy. The author has thoroughly studied the phenomenon of economic and legal policy and its principles, considered the relationship between the principles of economic and legal policy with the principles of commercial law. As a result of the study, conclusions were made about conceptual provisions that should be laid down at the level of principles of economic and legal policy and implemented in the plane of law-making and law-realization through the principles of economic law.

Key words: principles of law, principles of commercial law, principles of branch of law, basics of business law, principles of economic and legal policy, economic and legal policy, economic policy, legal policy.

УДК 346.2(477):331.107.5

А.О. МАЗАЛОВА

Айше Османівна Мазалова, аспірант Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

ORCID: 0000-0002-7202-2722

КОНЦЕПЦІЯ ПУБЛІЧНО-ПРИВАТНОГО ПАРТНЕРСТВА І ПРАКТИКА ЇЇ ЗАКОНОДАВЧОГО ВТІЛЕННЯ

Слід визнати, що перед господарсько-правовим законодавством стоїть не просте завдання об'єднання в єдиному правовому механізмі різноманітних правових засобів, що одночасно сприяють досягненню як публічних, так і приватних інтересів. Таким механізмом, зокрема, може слугувати публічно-приватне партнерство, проте не в тому вигляді, яким воно видається у змісті чинного Закону України «Про державно-приватне партнерство»¹, адже у такому випадку воно виявляється малоефективним, про що свідчить надзвичайно обмежена практика його застосування.

Аналіз останніх публікацій свідчить про те, що проблемі публічно-приватного партнерства приділяється значна увага, зокрема такими науковцями, як Д.В. Задихайло², О.М. Вінник³, І.В. Запатріна⁴ та інші.

Разом із тим цих напрацювань уявляється недостатньо для переходу до якісно більш ефективного етапу застосування механізмів публічно-приватного партнерства в сфері господарювання.

Метою статті є з'ясування сутності публічно-приватного партнерства та формування оптимальних правових форм його реалізації в умовах сучасної ринкової економіки; розроблення підходів до структурування нормативно-правового забезпечення публічно-приватного партнерства і, зокрема, кваліфікаційних критеріїв для виокремлення загальної та спеціальної частини в його законодавчому забезпеченні.

Правовий механізм публічно-приватного партнерства є надзвичайно затребуваним практикою спільної участі в реалізації потужних і значимих інвестиційних проєктів як в сфері господарювання, так і у соціальній сфері. Цей механізм успішно застосовується в країнах ЄС та інших розвинутих країнах. Запровадження правової форми ППП в Україні відбулося шляхом прийняття Закону України «Про публічно-приватне партнерство» у 2010 році. Разом із тим, очевидно, що потенціал, закладений у саму конструкцію взаємовигідної співпраці органів публічної влади та приватного сектору економіки, використано мізерно. Виникає питання щодо причини такого стану речей. Їх може бути доволі багато, але, безперечно, що недосконалість правового забезпечення даних відносин має принципове значення. Водночас очевидно, що будь-яка правова форма, особливо в таких складних і суперечливих відносинах, що виникають між приватними та публічними суб'єктами, має базуватись на абсолютно обґрунтованій та інструментально забезпеченій концептуальній основі. Як уявляється, розробка чинного Закону України «Про державно-приватне партнерство» не мала такого обґрунтування, про що свідчать доволі суттєві зміни та доповнення, що були внесені до зазначеного документа у 2015 році.

Чинний Закон України «Про державно-приватне партнерство» є спробою створення універсальної моделі реалізації відносин ППП, в тому числі щодо укладання договору, процедури ініціювання проєкту, проведення конкурсу тощо. Разом із тим слід констатувати, що правові аспекти реалізації відносин ППП принципово залежать від суб'єктного складу відносин, сфери застосування, виду інвестиційного проєкту, реалізація якого і є об'єктом ППП тощо. Відтак, кожний окремих випадок буде суттєво відрізнятися залежно від зазначених чинників, а тому в практичному сенсі слід говорити про цілу низку окремих моделей ППП та відповідно окремих законодавчо врегульованих правових формах їх реалізації.

Водночас у сфері практичної господарської діяльності ППП не стало постійним та значущим елементом господарського життя. Очевидно, що чинна правова модель ППП містить в собі певні дисфункції, що мають бути подоланими в процесі удосконалення законодавства.

А відтак, на нашу думку, вбачається необхідним реформувати відносини ППП на рівні законодавчої політики. Необхідною умовою договору є фіксація сформульованого публічного інтересу, але він вимагає юридичної кваліфікації, з визначенням критеріїв на законодавчому рівні. Однак такі критерії не можуть бути сформовані для ППП як такого, що спонукає до необхідності їх диференціації відповідно до природи об'єкта. Таким чином, як уявляється, необхідно структурувати законодавче забезпечення ППП на рівень уніфікованого правового матеріалу, а також на рівень спеціалізованого законодавства про ППП. Тому, цілком очевидно, що окрім базового закону, що регулює загальні положення ППП, наприклад Закону України «Про засади публічно-приватного партнерства в сфері господарювання», необхідна й ціла низка підпорядкованих йому галузевих законів, які б регулювали кожен окремих вид договору, укладений у сфері ППП.

Отже, необхідним є визначення критеріїв зазначеної спеціалізації. На нашу думку, такими можуть бути:

1. Вид об'єкта ППП:

- 1) нерухомість (будівництво та/або обслуговування);
- 2) цілісний майновий комплекс;
- 3) виробництво необхідних публічно значимих товарів та послуг (наприклад оборонного значення);
- 4) створення інноваційного продукту та/або запровадження інноваційного виробництва.

Відповідно, від обраного об'єкта відносин ППП буде залежати: тип ППП; процедура; види державної допомоги, що застосовуються; види прямого інвестування з боку держави; та, звісно, договірно-правова форма ППП, що й становить предмет наступного критерію.

2. Договірні-правова форма:

- 1) спільна діяльність;
- 2) управління майном;
- 3) концесія тощо.

Вітчизняний законодавець проігнорував положення про ґрунтовні вимоги до договору ППП, обмежившись загальними фразами про укладення таких договорів відповідно до вимог, встановлених законами України (загальним – про ППП та спеціальними – про концесії, державні закупівлі та ін.). Тобто, Закон України «Про державно-приватне партнерство» прямо передбачає, що усі питання, пов'язані із процедурою укладення та здійснення договору визначається законом, що регулює відповідну форму здійснення публічно-приватного партнерства⁵.

Однак значна кількість договорів не регульована на рівні спеціального закону, зокрема договори про спільну діяльність та управління майном знаходять своє відображення лише у Цивільному кодексі України⁶, і лише в обсязі декількох статей. Що стосується договору концесії, то він дійсно регулюється спеціальним Законом України «Про концесії»⁷. Однак цей закон не працює повною мірою з тієї ж причин, що і Закон України «Про державно-приватне партнерство» – неможливості встановлення універсального механізму, що вмщував би усе різноманіття об'єктів, які надаються у концесію. Адже дійсно, спектр об'єктів, збудованих

у рамках концесійних угод, надзвичайно широкий: від грандіозного проекту століття «Свротунель» вартістю 15 млрд доларів США до контрактів муніципальних органів влади у сфері дозвілля і відпочинку вартістю в декілька тисяч доларів⁸. Об'єкти ці дуже різноманітні, і закон не в змозі впоратись навіть з класичним договором концесії. А ППП є більш складною конструкцією, і це призводить до того, що угоди, які по суті є ППП, форми такого співробітництва не набувають.

В якості прикладу наведемо реконструкцію ЦМК міжнародного аеропорту «Харків» у рамках підготовки до проведення чемпіонату «Євро-2012», що була здійснена у форматі ППП. У 2008 р. конкурс на оренду ЦМК виграла компанія «Нью Системс АМ» (ДСН). Загальна сума інвестицій приватного партнера становила 107,2 млн доларів, бюджетних – 191,3 млн доларів⁹. Однак дана співпраця була укладена у формі договору оренди, хоча відповідає усім ознакам ППП.

Прогалини Закону про ППП щодо угоди ППП певним чином компенсуються підзаконними актами, що регулюють деякі види відносин ППП, проте визначення істотних умов угоди ППП на підзаконному рівні суперечить Закону про ДПП, абзац 6 частини першої ст. 5 якого передбачає, що істотні умови договорів, які укладаються в рамках здійснення державно-приватного партнерства, мають відповідати вимогам, встановленим законами України.

Це впливає і зі змісту ч. 2 ст. 19 Конституції України¹⁰, відповідно до якої органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень і у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України.

Звичайно, держава може бути суб'єктом приватноправових відносин, і якщо вона таким є, то і відтворює свободу договору, але компетенція такого органу повинна прямо передбачати підстави вступу в ці відносини, правові форми та спосіб реалізації. Окрім цього, відносини ППП мають на меті публічний інтерес, а відтак набувають публічно-правовий характер. А тому не можна казати про якесь абстрактне регулювання і про таку міру диспозитивності, які склалися наразі.

Таким чином, уявляється, що на рівні закону необхідно встановити вичерпний перелік усіх можливих договорів, які можуть укладатись у рамках ППП та типові договори, адаптовані до такого співробітництва.

Безспірно, реалізація угоди ППП має свою особливість, оскільки вона є самостійною договірною конструкцією і є значно ширшою, ніж будь-який, з вищенаведених договорів (концесія, управління майном і т.п.) з точки зору:

- суб'єктний склад та особливості правосуб'єктності учасників;
- умов укладення, що зумовлюють публічний інтерес;
- необхідності застосування державної допомоги;
- контролю ефективності використання такої допомоги та реалізації проекту;
- відповідальності за зловживання засобами державної допомоги.

Такі договори будуть відрізнятися залежно від того, буде ця співпраця спільною інвестиційною діяльністю чи діяльністю суб'єкта господарювання, що викликатиме заінтересованість з боку публічного партнера. Тобто, реалізація ППП у різних сферах його застосування вимагає від держави різних конфігурацій застосування своїх як майнових, так і організаційно-господарських повноважень. А відтак, можна виділити ще один критерій спеціалізації, що зумовлює тип ППП та визначає:

1) коли співробітництво набуває характеру спільної інвестиційної діяльності, де центральною ланкою є реалізація майнових прав. Прикладом може бути укладання договору простого товариства, де партнери несуть спільні витрати, ризики та відповідальність, а також беруть спільну участь у веденні справ та розподілі прибутків у межах партнерства. Метою такої діяльності є реалізація суспільно важливого інвестиційного проекту. Проте така співпраця повинна супроводжуватись наданням державної допомоги, що має стати необхідною складовою ППП;

2) коли співробітництво здійснюється з метою отримання соціально-економічного ефекту, де на першому плані з'являється уявлення про співробітництво як джерела зростання суспільного добробуту, що реалізується на засадах іншої мотивації. Тут матиме місце так званий договір публічно-правового сприяння, де державна допомога виступає вже головним інструментом публічного партнера, що є його виключною прерогативою, а відтак у публічного партнера виникають організаційно-господарські зобов'язання.

Можна ускладнити зміст відносин за рахунок участі іноземного інвестора з тим, щоб проілюструвати потенціал ППП. Прикладом такої співпраці може бути договір комерційної концесії (франчайзингу) – унікальне правове явище, яке забезпечує поєднання єдиної комерційної політики великої компанії з ініціативою і підприємливістю власників роздрібних підприємств. Основним способом поширення комерційної концесії (франчайзингу) на українському ринку є придбання вітчизняними компаніями франшиз іноземних фірм¹¹. У даному випадку може мати місце договір ППП з особливим суб'єктним складом, що передбачатиме тресторонню угоду – публічний партнер та приватний в особі вітчизняного та іноземного суб'єкта господарювання. Де обов'язковою умовою для передачі франшизи іноземною фірмою-франчайзером, буде зобов'язання національного публічного партнера перед приватними партнерами надати вітчизняній компанії державну допомогу, що забезпечить останній ефективність діяльності та репутацію надійного фрайнчазі. Такий варіант можливий, коли, наприклад, в ролі публічного партнера виступає орган місцевого самоврядування, що заінтересований у суттєвому покращенні ситуації в сфері охорони здоров'я. Незважаючи на те, що для України франчайзинг у сфері медицини є новим напрямом розвитку бізнесу, на франчайзинговій основі працюють такі компанії, як «Клініка Заблоцького», Клініка реабілітації «Боль в спине», офтальмологічна клініка

«Новий зір», Лабораторія «Інвітро», Медичний центр доктора Бубновського, Медична компанія «Ближкі люди» та деякі інші. Тому у випадку, коли є перспектива передачі ефективних, у даному випадку, медичних або фармацевтичних технологій вітчизняному приватному партнеру-франчайзі для розгортання медичної діяльності в межах територіальної громади, публічний партнер – орган місцевого самоврядування не може бути індиферентним до питання можливості суттєвого поліпшення справ в соціальній сфері.

Отже, можемо зробити висновок, що публічно-приватне партнерство має значний потенціал у реалізації важливих суспільно-економічних проєктів, проте якщо йдеться про зміст чинного Закону України «Про державно-приватне партнерство», то в існуючому вигляді така співпраця є малоефективною. А відтак, законодавство у сфері ППП потребує значного вдосконалення.

Визначено, що окрім базового закону, що регулює загальні положення ППП, необхідна і ціла низка підпорядкованих йому галузевих законів, які би деталізували зміст договору в цілому, чітко визначали предмет та інші істотні умови кожного окремого виду договору, укладеного в сфері ППП. Звичайно, такий підхід вимагає визначення критеріїв спеціалізації законодавства, якими, на нашу думку, є об'єкт та договірно-правова форма ППП.

Окрім того, з огляду на публічно-правовий характер відносин ППП, виявляється необхідним на рівні закону закріпити вичерпний перелік усіх договорів, які можуть укладатись у рамках ППП, та встановити типові договори, адаптовані до такого співробітництва.

До того ж, визначено, що публічно-приватне партнерство в одному випадку може набувати характеру спільної інвестиційної діяльності, де центральною ланкою є реалізація майнових прав, в іншому – співробітництва, що здійснюється з метою отримання соціально-економічного ефекту.

¹ Про державно-приватне партнерство : Закон України від 01.07.2010 р. № 2404-VI. Дата оновлення: 24.05.2016. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2404-17>

² *Задихайло Д.В.* Правові засади формування та реалізації економічної політики держави: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Харків, 2013. 38 с.

³ *Вінник О.М.* Корпоративна форма державно-приватного партнерства: проблеми правового забезпечення на тлі зарубіжного досвіду: монографія. Суми: МакДен, 2012. 204 с.

⁴ *Запатріна І.В.* Публічно-приватне партнерство в Україні: перспективи застосування для реалізації інфраструктурних проєктів і надання публічних послуг. *Економіка і прогнозування*. 2010. Вип. 4. С. 62–86.

⁵ *Вінник О.М.* Договірні відносини державно-приватного партнерства: проблеми правового регулювання. *Вісник Вищої ради юстиції*. 2013. № 2 (14). С. 90–107.

⁶ Цивільний кодекс України: Закон України від 16.01.2003 р. № 435-IV. Дата оновлення: 31.03.2019. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15>

⁷ Про концесії: Закон України від 16.07.1999 р. № 997-XIV. Дата оновлення: 25.03.2018. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/997-14>

⁸ Підготовка та реалізація проєктів публічно-приватного партнерства: практичний посібник для органів місцевої влади та бізнесу. Київ: ФОП Москаленко О.М., 2011. 140 с.

⁹ *Левковець О.М.* Державно-приватне партнерство як інструмент економічних реформ (теоретичний аспект). *Вісник Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»*. Серія «Економічна теорія та право». 2012. № 4 (11). С. 18–32

¹⁰ Конституція України: Закон України від 28.08.1996 р. № 254к/96-ВР. Дата оновлення: 21.02.2019. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>

¹¹ *Гладка О.В.* Комерційна концесія як форма інноваційного інвестування: дис. ... канд. юрид. наук. Харків. 188 с.

Резюме

Мазалова А.О. Концепція публічно-приватного партнерства і практика її законодавчого втілення.

Статтю присвячено з'ясуванню сутності публічно-приватного партнерства та формування оптимальних правових форм його реалізації в умовах сучасної ринкової економіки. Визначено необхідність реформування відносин публічно-приватного партнерства як нагального завдання національної законодавчої політики. Розроблені підходи до структурування нормативно-правового забезпечення публічно-приватного партнерства і, зокрема, кваліфікаційні критерії для виокремлення загальної та спеціальної частини в його законодавчому забезпеченні.

Ключові слова: публічно-приватне партнерство; договори публічно-приватного партнерства; кваліфікаційні ознаки публічно-приватного партнерства.

Резюме

Мазалова А.О. Концепция публично-частного партнерства и практика ее законодательного воплощения.

Статья посвящена выяснению сущности публично-частного партнерства и формирования оптимальных правовых форм его реализации в условиях современной рыночной экономики. Определена необходимость реформирования отношений публично-частного партнерства как неотложной задачи национальной законодательной политики. Разработаны подходы к структурированию нормативно-правового обеспечения публично-частного партнерства и, в частности, квалификационные критерии для выделения общей и специальной части в его законодательном обеспечении.

Ключевые слова: публично-частное партнерство; договоры публично-частного партнерства; квалификационные признаки публично-частного партнерства.

Summary

Mazalova A. The concept of public-private partnership and the practice of its implementation.

The article is devoted to the clarification of the essence of public-private partnership and the formation of optimal legal forms of its implementation in a modern market economy. The necessity of reforming public-private partnership relations in terms of the urgent task of the national legislative policy is determined. The approaches to structuring the legal and regulatory framework for public-private partnership and, in particular, the qualification criteria for the selection of the general and special part in its legislative provision are developed.

Key words: public-private partnership; public-private partnership contracts; qualifications of public-private partnership.

УДК 347.952

М.О. ТКАЧЕНКО

Марія Олегівна Ткаченко, аспірант Київського національного університету імені Тараса Шевченка

**РОЛЬ ТА ІНТЕРЕСИ ВИКОНАВЦІВ ТА ІНШИХ ОСІБ ПРИ УКЛАДЕННІ
ТА ЗАТВЕРДЖЕННІ МИРОВОЇ УГОДИ, ЯКА МАЄ МІСЦЕ
У ВИКОНАВЧОМУ ПРОВАДЖЕННІ, СУДОМ**

Вплив виконавців та інших заінтересованих осіб на зміст мирової угоди під час виконавчого провадження і можливість її затвердження судом не досліджувалися вченими. Але ці питання дуже важливі для забезпечення інтересів всіх осіб, які мають власні інтереси у виконавчому провадженні. Навіть у науковому дослідженні вчених про взаємодію виконавців із судами¹ не аналізувалось питання щодо умов і правил затвердження мирової угоди судом, коли, наприклад, у виконавця є претензії до однієї із сторін виконавчого провадження. Оскільки таке питання не має нормативного вирішення, тому потребує аналізу вченими.

У зв'язку з цим слід звернути увагу, що й сучасна регламентація мирової угоди у виконавчому провадженні неоднозначна і непослідовна, оскільки у Законі України «Про виконавче провадження»² відображені лише права окремих учасників виконавчого провадження, а не системно врегульовані інтереси всіх суб'єктів виконавчого провадження, які можуть, крім того, ще трансформуватися у більш складні, залежно від стадії виконавчого провадження. Наприклад, виконавчі витрати спочатку оплачуються стягувачем, а потім з боржника стягуються кошти і покриваються виконавчі витрати шляхом повернення стягувачу авансового внеску. Фактично, тут йдеться про те, що держава перекладає на стягувача власні обов'язки із забезпечення коштами вчинення виконавчих дій державними виконавцями, встановлюючи обов'язок з оплати авансового і додаткового авансового внеску стягувачем. Така ситуація має місце, не зважаючи на те, що держава отримує дохід з кожного виконавчого провадження у вигляді виконавчого збору.

Виходячи з того, що мирові угоди у виконавчому провадженні можуть укладатися на різних його стадіях, заінтересованість самих виконавців та інших осіб в укладанні такої угоди або заперечення можливості затвердження її судом може нести в собі як особистісний, так і відомчий характер.

Так, згідно з п. 5 ч. 1 ст. 3 Закону України «Про виконавче провадження» підлягають примусовому виконанню постанови державних виконавців про стягнення виконавчого збору, постанови державних виконавців чи приватних виконавців про стягнення витрат виконавчого провадження, про накладення штрафу, постанови приватних виконавців про стягнення основної винагороди.

Вважаємо, що сучасне сприйняття мирової угоди у виконавчому провадженні і цивільному судочинстві не враховує реальних труднощів, які можуть мати місце при наявності проти боржника зведеного виконавчого провадження. А проти відповідача може бути подано декілька позовних заяв, які розглядатимуться паралельно, у різних справах, та дії боржника-відповідача можуть бути орієнтовані на те, щоб передати активи тим стягувачам-позивачам, з якими є попередні домовленості.

Отже, можливим може стати укладання мирової угоди між сторонами, коли по відношенню до одного боржника існує зведене провадження і додатково підлягатимуть стягненню «борги», що виникли у виконавчому провадженні. Зокрема, крім перерахованих п. 5 ч. 1 ст. 3 Закону України «Про виконавче провадження» стягнень в багатьох статтях даного Закону регламентуються й інші особи, які вправі претендувати на винагороду, оскільки брали участь у виконавчому провадженні, а саме:

– за ч. 4 ст. 20 Закону – експерт, спеціаліст і суб'єкт оціночної діяльності – суб'єкт господарювання мають право на винагороду за надані ними послуги, і в цьому випадку винагорода та інші витрати належать до витрат виконавчого провадження;

– за ч. 2 ст. 21 Закону – перекладач має право на винагороду за виконану роботу, що належить до витрат виконавчого провадження;

– за ч. 4 ст. 36 Закону – витрати, пов'язані з розшуком боржника, майна боржника та його зберіганням, дитини за виконавчими документами про відібрання дитини, стягуються з боржника;

– ч. 5 ст. 49 Закону – витрати у зв'язку з валютнообмінними фінансовими операціями та інші витрати, пов'язані з перерахуванням коштів, покладаються на боржника;

– ч. 5 ст. 50 Закону – витрати на виготовлення технічної документації на майно, у зв'язку з чим його неможливо підготувати до реалізації,

– ч. 7 ст. 66 Закону – витрати на зберігання майна, до чого необхідно додати й витрати на перевезення такого майна тощо.

Як бачимо, зазначені норми законодавства не системно регламентують відповідні витрати. Доволі часто витрати цілком справедливо покладаються на боржника, але при цьому не враховується, що для вчинення відповідних дій виконавцями саме стягувач має фінансувати виконавче провадження. Таке фінансування отримало назву в Законі України «Про виконавче провадження» як авансування витрат виконавчого провадження.

Тому вважаємо за доцільне виділити два види авансування, яке здійснюється у такий спосіб :

– первісне авансування, коли документ про підтвердження сплати авансового внеску стягувачем подається виконавцеві разом із виконавчим документом;

– додаткове авансування витрат виконавчого провадження здійснюється, коли мало місце залучення до проведення виконавчих дій суб'єктів господарювання на платній основі, виготовлення технічної документації на майно, здійснювалися витрати валютнообмінними фінансовими операціями та інші витрати, пов'язані з перерахуванням коштів, тобто, коли вони перевищували суму сплаченого авансового внеску (ст. 43 Закону).

На нашу думку, навіть у разі звернення до виконавця з виконавчим документом та відкриття виконавчого провадження стягувач може погодитися на мирову угоду, оскільки він може бути змушений до цього:

– додатковим авансуванням витрат виконавчого провадження (ст. 43 Закону України «Про виконавче провадження»);

– додатковою винагородою приватному виконавцю;

– додатковими витратами на проведення виконавчих дій, крім визначених Міністерством юстиції України.

Але ці ж питання породжуватимуть особистий інтерес приватного виконавця в затвердженні або незатвердженні судом мирової угоди сторін. Зокрема, у разі недоотримання очікуваної вигоди приватним виконавцем з конкретного стягувача укладені мирові угоди потенційно можуть не потрапити на розгляд суду, коли приватному виконавцю буде вигідніше продовжити примусове виконання рішення. Вважаємо, що в таких випадках приватні виконавці мусять вести журнал вхідної кореспонденції, щоб належно фіксувати в ньому усі офіційні звернення.

Крім того, на нашу думку, процедура подачі мирової угоди на затвердження суду через виконавця (ст. 434 ЦПК) не є виправданою, оскільки згідно зі ст. 124 Конституції та ст. 4 ЦПК кожній особі гарантоване право на безпосереднє звернення до суду. Водночас виконавці, як державні, так і приватні, а також інші заінтересовані особи, вправі надавати свої доводи і міркування щодо затвердження умов мирової угоди або відмови в її затвердженні. Вважаємо можливим і необхідним, щоб суди при затвердженні мирової угоди брали до уваги й інтереси інших осіб і відображали їх в ухвалі, наприклад, треті особи, які брали участь у розгляді справи судом³.

Державні виконавці, крім відомчої заінтересованості, так само як і приватні, мають особисту заінтересованість у примусовому виконанні рішення суду, оскільки за це вони отримують винагороду відповідно до Порядку виплати винагород державним виконавцям та їх розміри і розмір основної винагороди приватного виконавця, затвердженому постановою Кабінету Міністрів України від 8 вересня 2016 р. № 643⁴.

Крім того, при затвердженні мирової угоди і закінченні виконавчого провадження на підставі п. 2 ч. 1 ст. 39 Закону України «Про виконавче провадження» потребується вирішувати й питання про стягнення виконавчого збору. Так, у ч. 1 ст. 40 Закону України «Про виконавче провадження» спеціально обумовлено випадки, коли виконавче провадження не може бути закінченим, а саме: у разі нестягнення виконавчого збору або витрат виконавчого провадження, нестягнення основної винагороди приватним виконавцем.

З одного боку, таке положення Закону є цілком виправданим, оскільки за боржником залишилися борги, а, з іншого, не існує такого поняття, як довічні борги. Саме на вирішення цієї колізії має бути спрямована діяльність як виконавців, так і суду.

Тому вважаємо, що при прийнятті мирової угоди від сторін виконавець має провести розрахунок відповідної заборгованості однієї чи (та) обох сторін і запропонувати їм погасити її до затвердження мирової угоди судом. Якщо ж цього не відбудеться і сторони в мировій угоді не встановлять: хто і коли мусить погасити заборгованість, а також не зафіксують інші важливі питання щодо виконавчого провадження, то виконавець вправі заперечувати про затвердження судом мирової угоди. Це заперечення може бути обумовлене тим, що така мирова угода не призведе до закінчення виконавчого провадження на підставі п. 2 ч. 1 ст. 39 Закону України «Про виконавче провадження», оскільки у ч. 1 ст. 40 Закону України «Про виконавче провадження» не передбачено можливості закінчення виконавчого провадження до стягнення виконавчого збору або витрат виконавчого провадження, стягнення основної винагороди приватним виконавцем.

Виконавець може і своєю постановою стягнути витрати виконавчого провадження, накладений штраф, а приватний виконавець – стягнути основну винагороду. Але при наявності декількох стягувачів, які пред'явили до боржника законні претензії, провадження має розцінюватися як зведене, і один із стягувачів не повинен задовольняти своїх вимог раніше, ніж і всі інші. У такому разі має застосовуватися правило, встановлене у ст. 45 Закону України «Про виконавче провадження», зокрема, у першу чергу повертається аван-

совий внесок стягувача на організацію та проведення виконавчих дій, а у другу – компенсуються витрати виконавчого провадження, не покриті авансовим внеском стягувача, і лише у третю задовольняються вимоги стягувача разом зі стягненням виконавчого збору, а потім штрафи, накладені виконавцем відповідно до вимог цього Закону.

Так, чинна редакція ст. 45 Закону України «Про виконавче провадження» у п. 3 та 4 частини першої містить дубляж одного і того самого положення «виконавчий збір або основна винагорода приватного виконавця», тому він має бути усунений шляхом внесення змін до даної норми. Однак принцип, закладений у цій нормі, цілком зрозумілий і об'єктивний, що перед задоволенням вимог стягувача мають бути відшкодовані витрати виконавчого провадження, не покриті авансовим внеском стягувача.

Варто розглянути й інший випадок, який можна асоціювати з мировою угодою сторін, оскільки стягувач погоджується залишити за собою майно боржника, а саме: у ст. 61 Закону України «Про виконавче провадження» регламентований випадок, коли стягувач виявив бажання залишити за собою нереалізоване майно боржника. У ч. 8 даної норми Закону встановлено обов'язок стягувача протягом 10 робочих днів з дня надходження від виконавця відповідного повідомлення внести на відповідний рахунок органу державної виконавчої служби або рахунок приватного виконавця різницю між вартістю нереалізованого майна та сумою коштів, що підлягають стягненню на його користь, якщо вартість нереалізованого майна перевищує суму боргу, яка підлягає стягненню за виконавчим документом. За рахунок перерахованих стягувачем коштів оплачуються витрати виконавчого провадження, задовольняються вимоги інших стягувачів та стягуються виконавчий збір і штрафи, а залишок коштів повертається боржнику.

Тобто, в цій нормі встановлено відшкодування не тільки вимоги стягувача, а й інших кредиторів, а також виконавчого збору, штрафів і лише після цього можливе повернення залишків коштів боржнику. Вважаємо, що це питання потребує докладного аналізу, тому затвердження мирової угоди, яка укладається у виконавчому провадженні, потребує належного врегулювання в законодавстві.

¹ Сергієнко Н.А. Реформа виконавчого провадження: взаємодія виконавців із судами. *Реформа виконавчого провадження: сьогодні і перспективи: матеріали міжнародної наук.-практ. конференції* (м. Київ, 30 березня 2018 р.) / ред. кол. Шкляр С.В., С.Я. Фурса, О.С. Снідевич. Київ: Вид-во «Юстон», 2018. 174 с.

² Про виконавче провадження: Закон України. URL: // <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1404-19>

³ Бобровник О.В. Треті особи в цивільному процесі: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / О.В. Бобровник; Київ. нац. ун-т ім. Т. Шевченка. Київ, 2009. 21 с.

⁴ Порядок виплати винагород державним виконавцям та їх розміри і розмір основної винагороди приватного виконавця, затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 8 вересня 2016 р. № 643. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/643-2016-%D0%BF#n12>

Резюме

Ткаченко М.О. Роль та інтереси виконавців та інших осіб при укладанні і затвердженні мирової угоди, яка має місце у виконавчому провадженні, судом.

У статті проаналізовано діяльність виконавців та їх роль і інтереси при затвердженні мирової угоди, яка має місце під час виконавчого провадження, судом. Запропоновано ряд механізмів: дії виконавця, коли має місце зведене виконавче провадження та коли боржник і стягувач бажають затвердити мирову угоду, але на них покладено витрати виконавчого провадження, які вони повинні сплатити до затвердження її умов. Запропоновано усі ці процедури регламентувати на законодавчому рівні, а також внести зміни у ст. 45 Закону України «Про виконавче провадження».

Ключові слова: виконавець, інтерес, боржник, стягувач, витрати виконавчого провадження, мирова угода, суд.

Резюме

Ткаченко М.О. Роль и интересы исполнителей и других лиц при заключении и утверждении мирового соглашения, которое имеет место в исполнительном производстве, судом.

В статье проанализирована деятельность исполнителей, их роль и интересы при утверждении мирового соглашения, которое имеет место во время исполнительного производства, судом. Предложен ряд механизмов: действия исполнителя, когда имеет место сводное исполнительное производство и когда должник и взыскатель желают утвердить мировое соглашение, но на них возложены расходы исполнительного производства, которые они должны уплатить до утверждения его условий. Предложено все эти процедуры регламентировать на законодательном уровне, а также внести изменения в ст. 45 Закона Украины «Об исполнительном производстве».

Ключевые слова: исполнитель, интерес, должник, взыскатель, расходы исполнительного производства, мировое соглашение, суд.

Summary

Tkachenko M. The role and interests of the executors and other persons in the conclusion and approval of a settlement agreement that takes place in the enforcement proceedings by a court.

The article analyzes the activities of the performers and their role and interests in the approval of the international agreement, which takes place during the enforcement proceedings, by the court. A number of mechanisms are proposed: the actions of the executor, when the consolidated enforcement proceedings take place, and when the debtor and the claimant wish to approve the settlement agreement, but they are charged with the costs of enforcement, which they are required to pay before the approval of its terms. Proposed all

these procedures, regulate at the legislative level, as well as make changes in Art. 45 of the Law of Ukraine of Ukraine "On executive production".

Key words: executor, interest, debtor, collector, costs of executive proceedings, peace agreement, court.

УДК 346.21

Т.М. ШЕМЕТА

Тетяна Миколаївна Шемета, аспірант Донецького національного університету імені Василя Стуса

ПЕРЕВАЖНЕ ПРАВО УЧАСНИКА ТОВАРИСТВА НА ПРИДБАННЯ ЧАСТКИ ІНШОГО УЧАСНИКА

Правове регулювання корпоративних відносин постійно ускладнюється та динамічно розвивається, зокрема, фрагментарні норми Закону України «Про господарські товариства» від 19 вересня 1991 р. поступово замінюються детальними положеннями спеціальних законів України («Про акціонерні товариства», «Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань», «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю»), покликаними діяти у контексті загальних норм Господарського кодексу України. Одночасно залишаються невирішеними питання невизначеності процедури виключення учасника з товариства, відсутності механізму вчинення правочинів із заінтересованістю, недосконалість закріплення прав учасників товариств тощо.

Серед науковців, які приділяли значну увагу проблематиці корпоративних прав та корпоративних часток, можна назвати таких, як О.М. Вінник, В.В. Долинська, Л.М. Дорошенко, В.Г. Жорнокуй, О.Р. Кібенко, В.М. Кравчук, Д.В. Ломакін, І.В. Лукач, В.В. Луць, С.Д. Могілевський, А.В. Смітюх, І.С. Спасибо-Фатєєва, Р.С. Фатхутдинов, І.С. Шиткіна, В.С. Щербина та інші. Але проблемні питання, пов'язані з реалізацією переважного права учасника товариства і його зловживаннями, обговорювалися лише поряд із загальними питаннями діяльності ТОВ та ТДВ та досі залишаються невирішеними. У сучасних умовах реформування корпоративного права вказані питання потребують доопрацювання, що вказує на актуальність теми дослідження, **метою** якого є аналіз норм чинного законодавства та судової практики щодо переважного права учасника товариства на придбання частки іншого учасника та надання пропозицій щодо вдосконалення законодавства у цій сфері.

У юридичній літературі виокремлюють два види переважних прав на придбання корпоративних часток: 1) переважне право на придбання корпоративних часток, які відчужуються іншими учасниками, наявне в усіх видах корпоративних підприємств щодо усіх видів корпоративних часток за наступними винятками: не мають переважного права акціонери ПАТ і повні учасники командитних товариств (п. 3 ч. 2 ст. 137, ч. 3 ст. 153, ч. 3 ст. 166 Цивільного кодексу України, п. «в» ч. 1 ст. 79 Закону України «Про господарські товариства», ст. 7 Закону України «Про акціонерні товариства», ст. 20 Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» (далі – Закон про ТОВ та ТДВ)), при цьому акціонери ПрАТ мають переважне право, лише якщо воно передбачене статутом товариства, кількість акціонерів якого станом на дату прийняття такого рішення не перевищує 100 осіб; 2) переважне право на придбання корпоративних часток, які формуються (емітуються) корпоративним підприємством, передбачене тільки в АТ, ТОВ і ТДВ (ст. 27 Закону України «Про акціонерні товариства», ст. 18 Закону про ТОВ та ТДВ). Різниця між цими двома видами переважних прав полягає і тому, що перше переважне право стосується корпоративних часток, які були колись сформовані корпоративним підприємством і вже перебувають у власності особи, яка придбала їх при формуванні або на вторинному ринку, а тепер виявила бажання здійснити відчуження. Натомість друге переважне право – це право щодо нових корпоративних часток, які ще не існують, а лише будуть формуватися (розміщуватися у ході додаткової емісії) і виникнуть як об'єкт прав у майбутньому¹. У цій статті ми розглядатимемо перший вид переважних прав учасників товариств.

Переважне право учасника товариства на придбання частки (частини частки) іншого учасника товариства, що продається третій особі, до набрання чинності Законом про ТОВ та ТДВ² регулювалося положеннями ст. 147 Цивільного кодексу України³, в ч. 2 якої зазначалося, що учасники товариства користуються переважним правом купівлі частки (її частини) учасника пропорційно до розмірів своїх часток, якщо статутом товариства чи домовленістю між учасниками не встановлений інший порядок здійснення цього права. Купівля здійснюється за ціною та на інших умовах, на яких частка (її частина) пропонувалася для продажу третім особам. Якщо учасники товариства не скористаються своїм переважним правом протягом місяця з дня повідомлення про намір учасника продати частку (її частину) або протягом іншого строку, встановленого статутом товариства чи домовленістю між його учасниками, частка (її частина) учасника може бути відчужена третій особі.

Аналогічні положення містилися у ст. 53 Закону України «Про господарські товариства»⁴, в яких зазначалося, що учасник товариства з обмеженою відповідальністю має право продати чи іншим чином відступити свою частку (її частину) у статутному капіталі одному або кільком учасникам цього товариства. Відчуження учасником товариства з обмеженою відповідальністю своєї частки (її частини) третім особам допускається, якщо інше не встановлено статутом товариства. Учасники товариства користуються переважним правом купівлі частки (її частини) учасника пропорційно до розмірів своїх часток, якщо статутом товариства чи домовленістю між учасниками не встановлений інший порядок здійснення цього права. Купівля здійснюється за ціною та на інших умовах, на яких частка (її частина) пропонувалася для продажу третім особам. Якщо учасники товариства не скористаються своїм переважним правом протягом місяця з дня повідомлення про намір учасника продати частку (її частину) або протягом іншого строку, встановленого статутом товариства чи домовленістю між його учасниками, частка (її частина) учасника може бути відчужена третій особі.

Положеннями ст. 20 Закону про ТОВ та ТДВ також передбачається переважне право учасника товариства на придбання частки (частини частки) іншого учасника товариства, що продається третій особі. Але в науковій літературі висловлюється точка зору, згідно з якою це право повинно мати певні межі. Так, А.В. Смітюх зазначає, що видається доцільним введення у товариствах з обмеженою, додатковою відповідальністю, а також у всіх інших корпоративних підприємствах, у яких корпоративні частки не оформлені цінними паперами, пропорційності переважного права придбання корпоративних часток, що відчужуються. Тобто учасник, який бажатиме придбати корпоративні частки, що відчужуються, набуватиме не всі частки, а лише їх частину – пропорційно до кількості його часток⁵.

Також, як і в нормативних актах, які вже втратили чинність у частині, що стосується товариств з обмеженою відповідальністю та товариств з додатковою відповідальністю, у Законі про ТОВ та ТДВ зазначається, що у випадку, якщо кілька учасників товариства скористаються своїм переважним правом, вони придбавають частку (частину частки) пропорційно до розміру належних їм часток у статутному капіталі товариства.

Позитивним явищем є те, що в новому Законі деталізовано механізм реалізації права на переважне придбання учасниками товариства частки, яку має право продати інший учасник товариства.

Можна виокремити наступні етапи реалізації цього права:

1) висування пропозиції продавцем частки іншим учасникам щодо можливості її придбання, а саме: учасник товариства, який має намір продати свою частку (частину частки) третій особі, зобов'язаний письмово повідомити про це інших учасників товариства та поінформувати про ціну й розмір частки, що відчужується, інші умови такого продажу. Якщо жоден із учасників товариства протягом 30 днів з дати отримання повідомлення про намір учасника продати частку (частину частки) не повідомив письмово учасника, який продає частку (частину частки), про намір скористатися своїм переважним правом, вважається, що такий учасник товариства надав свою згоду на 31 день з дати отримання повідомлення, і така частка (частина частки) може бути відчужена третій особі на умовах, які були повідомлені учасникам товариства. Порівняно з раніше діючими нормативними актами в Законі про ТОВ та ТДВ уточнено форму пропозиції, характер обов'язкової інформації, яка повинна міститися в вищезазначеному письмовому документі, конкретизовано момент, з якого продаж частки третій особі вважається схваленою учасниками товариства;

2) формалізація згоди учасника на придбання частки іншого учасника. У ч. 3 ст. 20 Закону про ТОВ та ТДВ встановлюється: якщо учасник товариства, який має намір продати свою частку (частину частки) третій особі, отримав від іншого учасника письмову заяву про намір скористатися своїм переважним правом, такі учасники зобов'язані протягом одного місяця укласти договір купівлі-продажу запропонованої до продажу частки (частини частки). Причому за аналогією з положеннями ст. 220 Цивільного кодексу України щодо правових наслідків недодержання вимоги закону про нотаріальне посвідчення договору новий Закон про ТОВ та ТДВ також передбачає право покупця у разі ухилення продавця від укладення договору купівлі-продажу звернутися до суду із позовом про визнання договору купівлі-продажу частки (її частини) укладеним на запропонованих продавцем умовах. Якщо ж від укладення договору купівлі-продажу ухиляється покупець, продавець має право реалізувати свою частку третій особі на раніше повідомлених учасникам товариства умовах. В юридичній літературі вже зроблено спроби розвинути ці новели законодавства, зокрема пропонується впровадження модельного договору купівлі-продажу корпоративних часток, що міститиме умови, достатні для належного і повного врегулювання відносин купівлі-продажу корпоративних часток, який затверджуватиметься Кабінетом Міністрів України і укладатиметься шляхом надання державному реєстратору спільної заяви покупця та продавця за встановленою формою⁶. Концепція модельного договору, який має затвердити КМУ, запропонована за аналогією з модельним статутом КМУ та має аналогічну мету – однакове спрощене регулювання типових відносин, а саме купівлю-продаж корпоративних часток.

Тим більше, що на практиці нерідко виникають спори щодо недійсності договорів купівлі-продажу частки. Наприклад, продавець частки у статутному капіталі ТОВ, обґрунтовуючи свою вимогу про визнання недійсним договором купівлі-продажу, зазначає, що всупереч умовам спірного договору покупець кошти за придбанням ним частку ні до укладення договору, ні після його укладення не сплатив. Підписуючи такий договір, продавець керувався довірою до покупця, який пообіцяв внести ці кошти пізніше, коли вони у нього з'являться. З метою включення відповідача до складу учасників та надання йому прав учасника сторони дійсно домовилися внести до договору пункт про сплату вартості частки, проте такий пункт не відповідав

дійсності. На підставі наведеного позивач стверджував про те, що оспорюваний договір купівлі-продажу частки не спрямований на реальне настання правових наслідків, що обумовлені ним. Колегія суддів КГС ВС зазначила, що фіктивний правочин характеризується тим, що сторони вчиняють такий правочин лише для вигляду, знаючи заздалегідь, що він не буде виконаний. При вчиненні фіктивного правочину сторони мають інші цілі, ніж ті, що передбачені правочином. Причому такі цілі можуть бути протизаконними, або фіктивний правочин може взагалі не мати правової мети. Визнання фіктивного правочину недійсним потребує встановлення господарським судом умислу його сторін. Сам по собі факт невиконання сторонами умов правочину не робить його фіктивним. Для визнання правочину фіктивним ознака вчинення його лише для вигляду має бути властива діям обох сторін правочину. Якщо одна сторона діяла лише для вигляду, а інша намагалася досягти правового результату, такий правочин не можна визнати фіктивним. З огляду на вчинення сторонами дій щодо виконання договору купівлі-продажу частки в статутному капіталі ТОВ, зокрема набуття права власності покупцем на частку в статутному капіталі, здійснення державної реєстрації змін відомостей у ЄДРЮСФОПГФ, оспорюваний правочин не може бути кваліфікований як фіктивний. Окрім того, КГС ВС наголосив на тому, що нездійснення розрахунків між сторонами оспорюваного договору не тягне за собою правових наслідків у вигляді визнання правочину недійсним. У такому разі заінтересована сторона має право вимагати розірвання договору або застосування інших передбачених законом наслідків, а не визнання правочину недійсним⁷;

3) застосування наслідків порушення переважного права учасника товариства на придбання частки (частини частки) іншого учасника товариства. Частиною 5 ст. 20 Закону про ТОВ та ТДВ встановлюється, що учасник товариства має право вимагати в судовому порядку переведення на себе прав і обов'язків покупця частки (частини частки), якщо переважне право такого учасника товариства є порушеним. Позовна давність за такими вимогами становить один рік. Аналіз практики свідчить про те, що в разі порушення переважного права учасника на купівлю частки іншого учасника у статутному капіталі товариства застосовується спеціальне правило ч. 4 ст. 362 ЦК України, а не загальні правила ст. 215 ЦК України про недійсність правочинів, зміст яких суперечить актам цивільного законодавства, а саме співвласник може пред'явити до суду позов про переведення на нього прав та обов'язків покупця. Одночасно позивач зобов'язаний внести на депозитний рахунок суду грошову суму, яку за договором повинен сплатити покупець. Продаж учасником частки (її частини) з порушенням переважного права купівлі інших учасників не зумовлює недійсності такого правочину⁸.

У Законі про ТОВ та ТДВ новелою є також встановлення можливості регулювання корпоративних відносин, в тому числі щодо переважного права учасників, за допомогою інших інструментів корпоративного управління, які є зручними в подоланні корпоративних дедлоків. Альтернативне регулювання положень щодо переважного права учасника товариства на придбання частки (частини частки) іншого учасника товариства, може здійснюватися на рівні статуту або корпоративного договору, що дає можливість врегулювати питання, які виникають всередині товариства, на власний розсуд бізнес-партнерів.

Так, статутом товариства може встановлюватися інший порядок реалізації переважного права учасників товариства, розподілу відчужуваної частки (частини частки) між іншими учасниками товариства, відмови від реалізації переважного права учасників товариства. Статутом може встановлюватися, що учасники товариства не мають переважного права. Статутом також може бути передбачений обов'язок учасника товариства, який має намір продати частку (частину частки) третій особі, провести спершу переговори щодо її продажу з іншими учасниками товариства. Відповідні положення можуть бути внесені до статуту, змінені або виключені з нього одностайним рішенням загальних зборів учасників, у яких взяли участь всі учасники товариства.

Нововведенням Закону про ТОВ та ТДВ є також положення щодо можливості незастосування переважного права учасника товариства у разі, якщо це передбачено корпоративним договором, стороною якого є такий учасник. У юридичній літературі висловлюються побоювання, що це може стати приводом для зловживань, оскільки застосуванням цієї можливості, передбаченої положеннями ч. 8 ст. 20 Закону про ТОВ, переважне право на придбання частки (частини частки) може бути нівельованим⁹.

Негативним моментом є також те, в положеннях закону знайшла втілення судова практика, яка робить переважне право переважним не в повному значенні цього слова. Виходячи з п. 4.10 постанови Пленуму ВГСУ «Про деякі питання вирішення спорів, що виникають з корпоративних спорів» від 25 лютого 2016 р., оскільки у законодавстві йдеться про переважне право на купівлю частки (її частини), переважне право не поширюється на відносини спадкування, правонаступництва, дарування, іншого безоплатного відчуження частки у статутному капіталі ТОВ або ТДВ, а також обмін цієї частки (її частини) на інше індивідуально визначене майно¹⁰. Ця хибна тенденція зберігається і в новому законі, оскільки виходячи з буквального тлумачення ч. 1 ст. 20 Закону про ТОВ та ТДВ можна з використання слова «продається» (частка, її частина) зробити висновок, що переважне право стосується тільки випадків, коли учасником частка передається за договором купівлі-продажу. Якщо ж учасник бажає передати іншій особі свою частку в обхід переважного права, достатньо для цього укласти будь-який інший договір, крім договору купівлі-продажу (наприклад, дарування або міни). Тобто, зазначений вище порядок переходу частки від учасника товариства до інших учасників не встановлює дієвого механізму, який заважав би учаснику, що продає частку на користь третьої особи, обійти переважне право. Як і раніше, переважне право є переважним, якщо сторони добросовісні і не мають наміру приховати договір купівлі-продажу під безоплатним відчуженням частки.

Доцільним видається закріплення можливості захисту переважного права для ТОВ та ТДВ подачею позову про переведення на відповідного учасника прав та обов'язків покупця корпоративної частки та встановлення єдиного строку позовної давності в один рік у загальній нормі корпоративного права у ГК України. Це виключить необхідність застосування норм корпоративного або цивільного права за аналогією, подібно до того, як Пленум Вищого господарського суду України у п. 4.9. вищезазначеної постанови «Про деякі питання практики вирішення спорів, що виникають з корпоративних правовідносин» обґрунтував можливість подання позову про переведення прав за договором купівлі-продажу частки у статутному капіталі ТОВ або ТДВ з посиланнями на ст. 362 ЦК України, за якою співвласник речі може пред'явити до суду позов про переведення на нього прав та обов'язків покупця, оскільки чинне на той час корпоративне законодавство не передбачало прямо такої можливості.

На підставі аналізу норм чинного законодавства можна виокремити позитивні зміни в законодавстві, що усунули прогалини, які перешкождали ефективній реалізації переважного права учасника на придбання частки іншого учасника ТОВ та ТДВ, та дійти наступних висновків і пропозицій: 1) у новому законодавстві деталізовано механізм реалізації права на переважне придбання учасниками товариства частки, яку має право продати інший учасник товариства, зокрема, в процесі реалізації зазначеного суб'єктивного права можна виділити наступні етапи: а) висування пропозиції продавцем частки іншим учасникам щодо можливості її придбання, б) формалізація згоди учасника на придбання частки іншого учасника; в) застосування наслідків порушення переважного права учасника товариства на придбання частки (частини частки) іншого учасника товариства; 2) доцільним уявляється виключення ч. 8 ст. 20 Закону про ТОВ, положення якої нівелюють переважне право інших учасників на придбання частки (частини частки) товариства; 3) пропонується внести доповнення у ст. 20 Закону про ТОВ та ТДВ та доповнити її ч. 9 наступного змісту: «9. Правила цієї статті застосовуються також при відчуженні частки (її частини) за договором міни».

На підставі вищезазначеного можна резюмувати, що новели нового Закону про ТОВ та ТДВ, з одного боку, усувають протиріччя та прогалини, які були характерні для законодавства до прийняття цього нормативного акта, однак, з другого боку, деякі зміни законодавства викликають не менше запитань. У зв'язку з цим вищезазначені нововведення вимагають наукового аналізу з урахуванням доктринальних розробок і новітньої правозастосовної практики.

¹ Смітюх А.В. Корпоративні права та корпоративні паї (частки): теоретико-правові аспекти: монографія. Одеса: Фенікс, 2018. 662 с. С. 498–499, 516.

² Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю: Закон України від 6 лютого 2018 р. № 2275-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2018. № 13. Ст. 69. (Із змінами).

³ Цивільний кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. № 435-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. №№ 40–44. Ст. 356. (Із змінами).

⁴ Про господарські товариства: Закон України від 19 вересня 1991 р. № 1576-XII. *Відомості Верховної Ради України*. 1991. № 49. Ст. 682. (Із змінами).

⁵ Смітюх А.В. Вказана праця.

⁶ Смітюх А.В. Корпоративні права та корпоративні паї (частки): теоретико-правові засади: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.04. Інститут ЕПД НАН України. К., 2019. 36 с. С. 5.

⁷ Огляд за результатами вивчення судової практики розгляду господарськими судами справ щодо корпоративних спорів, корпоративних прав та цінних паперів (за період з 01.01.2018 по 30.11.2018). *Офіційний веб-портал Судова влада України*. С. 58–59. URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/Oglyad_korpor_spori.pdf?fbclid=IwAR3omLeXE4Zez8iglZdlXsE_HaYziFokQxfb2On6iwJ-dYpWRwWa1qrqsOY

⁸ Там само.

⁹ *Гарагонич А.В.* 10 пасток Закону про ТОВ. *Юридичний інтернет-ресурс ЛІГА.Блогу*. URL: https://blog.liga.net/user/ogara_gonych/article/30270?fbclid=IwAR1B-MI8hc7UIEU0wAqxLRwXhAHvb7mP8CEuQq1ck_7EtOzbwaBe5j6aWns

¹⁰ Про деякі питання практики вирішення спорів, що виникають з корпоративних правовідносин: постанова Пленуму Вищого господарського суду України від 25 лютого 2016 р. № 4. *Вісник господарського судочинства*. 2016. № 1.

Резюме

Шемета Т.М. Переважне право учасника товариства на придбання частки іншого учасника.

У статті виокремлено етапи реалізації переважного права учасника товариства на придбання частки (частини частки) іншого учасника товариства, що продається третій особі, аналізуються переваги та недоліки нового Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» щодо механізму реалізації зазначеного права, висвітлюється можливість зловживань ним, яка обумовлена станом законодавства, та висуваються пропозиції щодо усунення недоліків законодавства в цій сфері.

Ключові слова: товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю, учасник, переважне право, частка, статутний капітал, повідомлення, третя особа.

Резюме

Шемета Т.Н. Преимущественное право участника общества на приобретение доли другого участника.

В статье выделены этапы реализации преимущественного права участника общества на приобретение доли (части доли) другого участника общества, которая продается третьему лицу, анализируются преимущества и недостатки нового Закона

Украины «Об обществах с ограниченной и дополнительной ответственностью» относительно механизма реализации указанного права, освещается возможность злоупотреблений им, которая обусловлена состоянием законодательства, и выдвигаются предложения по устранению недостатков законодательства в этой сфере.

Ключевые слова: общества с ограниченной и дополнительной ответственностью, участник, преимущественное право, доля, уставный капитал, извещение, третье лицо.

Summary

Shemeta T.M. The preferential right of a participant to acquire a share of another participant.

The article allocates the stages of realization of the preferential right of a member of the company to acquire a share (part of a share) of another participant of a company that is sold to a third person, analyzes the advantages and disadvantages of the new Law of Ukraine "On Limited Liability Companies" regarding the mechanism of the implementation of this right, the possibility of its abuse is highlighted which is due to the status of legislation, and the proposals to eliminate the shortcomings of the legislation in this area have been put forward.

Key words: limited liability company, participant, preferential right, share, authorized capital, notice, third party.

УДК 347.77

Ю.Л. БОШИЦЬКИЙ

*Юрій Ладиславович Бошицький, професор,
заслужений юрист України, ректор Київського університету права НАН України*

ЩОДО ПРІОРИТЕТІВ СПІВРОБІТНИЦТВА УКРАЇНИ З ЄС В КОНТЕКСТІ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВ ЛЮДИНИ У СФЕРІ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

Україна розвивається у напрямі європейської інтеграції, і невід'ємною складовою цього процесу є надання належного рівня правової охорони та захисту прав на результати інтелектуальної діяльності. Співпраця з міжнародною спільнотою нашої країни потребує створення такого рівня правової охорони інтелектуальної власності, який би відповідав світовим та європейським стандартам. У міру істотного зростання значення інтелектуальної діяльності, особливо її результатів, для соціально-економічного розвитку будь-якого суспільства, попит на неї також швидко зростає. Саме тому інтелектуальна власність часто стає об'єктом неправомірних дій, зловживання, недозволеного використання.

1. Охорона та захист інтелектуальної власності – зовнішньополітичний пріоритет та стратегічна ціль нашої держави. Нині високий технічний рівень виробництва можливий за умови інтеграції наукової, технологічної та промислової політики країни. При цьому ланки розвитку техніки і виробництва мають здійснюватися за єдиною технологічною схемою – від зародження ідеї до її втілення у продукцію і реалізації на ринку. Відповідно, повинні змінитися і акценти – визначальне, пріоритетне місце мають посідати не виробництво, а саме наука, культура і техніка.

Відповідно до Закону України «Про засади внутрішньої і зовнішньої політики» від 1 липня 2010 р., а саме ст. 11 ч. 1, встановлено, що Україна як європейська держава здійснює відкриту зовнішню політику і прагне рівноправного взаємовигідного співробітництва з усіма заінтересованими партнерами, виходячи насамперед з необхідності гарантування безпеки, суверенітету та захисту територіальної цілісності країни.

Умови вступу до ЄС були визначені на засіданні Європейської Ради у Копенгагені, що проходило 21–22 червня 1993 р.: «Асоційовані держави Центральної та Східної Європи, які висловили таке прагнення, можуть стати членами Європейського Союзу. Вступ відбудеться, як тільки асоційована держава зможе взяти на себе обов'язки членства, задовольнивши необхідні політичні та економічні вимоги». Ці вимоги отримали назву Копенгагенських критеріїв: *перший* – «стабільність інститутів, що є гарантими демократії, верховенства права, прав людини і поваги та захисту прав меншин» (політичний критерій); *другий* – «існування діючої ринкової економіки, а також спроможність впоратися з конкурентним тиском та ринковими силами в межах Європейського Союзу» (економічний критерій); *третій* – «здатність взяти на себе обов'язки членства, включно з дотриманням цілей політичного, економічного та валютного союзу» (критерій членства); *четвертий* – «спроможність Європейського Союзу абсорбувати нових членів, одночасно підтримуючи динаміку європейської інтеграції, є важливим фактором спільного інтересу як Союзу, так і держав-кандидатів». Іноді цей критерій називають «незалежним», оскільки його суть – забезпечення того, щоб вступ нових країн не послабив європейську інтеграцію.

Кожен із цих чотирьох критеріїв містить низку субкритеріїв. Так політичний критерій має наступні складові: по-перше, це забезпечення свободи парламентських та президентських виборів і виборів до місцевих органів влади; по-друге, це створення та розширення діяльності демократичних інституцій, неурядових організацій, незалежних засобів масової інформації; по-третє, це прийняття законодавства, що надійно захищає права меншин, створення відповідних установ; по-четверте, це посилення боротьби з організованою злочинністю та корупцією; по-п'яте, це вирішення питань правового забезпечення та посилення спроможності боротьби з відмиванням коштів; по-шосте, це створення надійно діючих інститутів у сфері юстиції та внутрішніх справ, гарантії незалежності судової влади, покращення функціонування судів; по-сьоме, це захист особистих прав і свобод людини.

Із набуттям чинності 1 грудня 2009 р. Договору про внесення змін до Договору про Європейський Союз та Договору про заснування Європейського Співтовариства з'явилася нова правова категорія під назвою «спільні цінності». Їх зміст розкривається безпосередньо у ст. 2 Лісабонського договору, яка визначає, що «Союз засновується на цінностях поваги до людської гідності, свободи, демократії, рівності, верховенства права і поваги до прав людини, включно з правами осіб, що належать до меншин. Ці цінності є спільними для усіх держав-членів у суспільстві, де домінують плюралізм, недискримінація, терпимість, справедливість, солідарність і рівність між жінками і чоловіками»¹. Іншими словами, в основі спільних цінностей – захист прав людини, який відображає як моральні засади сучасної європейської, так і всієї світової цивілізації. Тому, вочевидь, порушення «спільних цінностей» будь-якою державою-членом може погрожувати засадам всього ЄС та, як наслідок, ставити під сумнів членство держави-порушника в ЄС.

Що стосується впливу «спільних цінностей» на правову систему України у світлі адаптації законодавства останньої до законодавства ЄС, то варто наголосити, що поняття «спільні цінності» міститься в Угоді про асоціацію, в частині «Преамбула, загальні цілі та принципи» окреслюється підґрунтя, яке існує сьогодні для укладення Угоди про асоціацію між Україною та ЄС, зокрема, визнання з боку ЄС європейського вибору та європейських прагнень України як європейської країни, що поділяє з ЄС спільну історію та спільні цінності, а також визначені цілі Угоди, серед яких – створення асоціації, поступове зближення між Україною та ЄС на основі спільних цінностей, поглиблення економічних і торговельних відносин, зокрема шляхом створення ЗВТ, посилення співробітництва у сфері юстиції, свободи і безпеки.

Закріплюються основні принципи, які лежатимуть в основі асоціації, передусім забезпечення прав людини та основоположних свобод, повага до принципу верховенства права, дотримання принципів суверенітету і територіальної цілісності, непорушності кордонів і незалежності. Подальші відносини між Україною та ЄС теж базуватимуться на принципах вільної ринкової економіки, верховенства права, ефективному урядуванні тощо. Також до цієї групи «спільних цінностей» належить боротьба проти тероризму та розповсюдження зброї масового знищення; визнання міжнародного права та сприяння мирному вирішенню спорів.

Економічну інтеграцію буде реалізовано на основі Угоди про зону вільної торгівлі між Україною та ЄС, яка є невід'ємною частиною угоди про асоціацію.

Аналізуючи положення Угоди про асоціацію, стає очевидним, що, не зважаючи на загальну економічну спрямованість угоди, все ж можна зазначити, що питання у сфері прав людини містяться в деяких даного документа, а саме у ст. 2 та ст. ст. 14–19 Розділу III, де підтверджується співпраця сторін у зміцненні стабільності й безпеки в Європі, додержанні принципів демократії, поваги та сприяння правам людини, і зокрема правам національних меншин.

Так, Угода про асоціацію заклала не тільки правові підвалини відносин між Україною та ЄС, а й згідно з цим документом було створено відповідний інституційний механізм співпраці, в роботі якого Україна бере участь у статусі держави-партнера Європейського Союзу. Важливо, що гармонізація українського законодавства з правом Євросоюзу шляхом приєднання до міжнародних стандартів може поширюватися також на сектори, співпраця в яких не передбачається положеннями Угоди про асоціацію. Це стосується насамперед сфери трудових та соціальних відносин, міжнародного приватного права тощо. Зокрема, держави-члени Євросоюзу регулюють своє співробітництво у сфері трудових та соціальних відносин не тільки на основі створення норм права ЄС, а й за допомогою міжнародних конвенцій, що їх приймають у рамках Міжнародної організації праці².

У разі згоди держав-членів Союзу Україна потенційно може приєднатися до деяких із конвенцій у галузі міжнародного приватного права (якщо ними передбачено таку можливість для третіх країн), тим самим гармонізувавши власне законодавство з європейськими нормами. Серед них, зокрема, Конвенція про юрисдикцію та забезпечення виконання судових рішень у цивільних і комерційних справах 1968 р., Конвенція про взаємне визнання компаній та юридичних осіб 1968 р., Конвенція про усунення подвійного оподаткування прибутків компаній 1990 р., Конвенція про патент ЄС 1989 р., Конвенція про законодавство з питань пов'язаних із виконанням договірних зобов'язань³.

По суті, гармонізація, здійснювана шляхом приєднання до міжнародних документів, які закріплюють правові стандарти в окремих галузях, є швидше допоміжним способом забезпечення приблизної еквівалентності законів України та права Євросоюзу. Вона, як правило, не є самодостатньою і потребує виконання додаткових правових заходів у формі ухвалення національних актів задля імплементації положень міжнародних угод, котрі укладає або до яких приєднується Україна.

Більшого поширення у відносинах між Україною та Євросоюзом набув інший спосіб гармонізації – прийняття національних правових актів, положення яких мають відповідати нормам права ЄС. Правові засади для здійснення такої гармонізації визначені і в Угоді про асоціацію, і в українському законодавстві. Угодою про асоціацію передбачено так званий еволюційний підхід до процесу зближення законодавства, суть якого полягає в поступовому приведенні українського законодавства у відповідність до змісту та цілей, закріплених у нормах права Євросоюзу. Такий підхід виправданий, якщо національна система права є достатньо розвинутою, тобто коли внутрішнє законодавство охоплює переважну більшість сфер, що входять до *acquis* ЄС.

Проте щодо сфер, регулювання відносин у яких не охоплене положеннями національного законодавства або вони безнадійно застаріли і потребують швидкого оновлення, може бути застосовано так званий революційний підхід до гармонізації українського законодавства з правом ЄС, що передбачає «транспози-

цію» норм права Євросоюзу до правопорядку України. Під час підготовки до вступу до ЄС таку схему було використано в Угорщині, країнах Балтії, Болгарії та частково – в Польщі. Транспозицію передбачено й у ст. ст. 56, 96, 153 Угоди про асоціацію. Цей спосіб гармонізації законодавства України і права ЄС має застосовуватися у галузях стандартизації, транскордонного надання послуг, державних закупівель.

Під час гармонізації законодавства України з правом ЄС обов'язково потрібно усвідомлювати те, що акти інститутів організації діють у відповідному правовому середовищі, адже вони є частиною правової системи Євросоюзу. А гармонізація практично призводить до перенесення положень певних актів ЄС до правової системи іншої країни, яка функціонує за своїми, відмінними від усталених у межах Євросоюзу, закономірностями. Так, українські правники не завжди можуть урахувати всі юридичні тонкощі відповідного документа ЄС, зокрема чітке розуміння використаної в ньому юридичної технології, причин його ухвалення та особливостей реалізації. Усе це може призвести до перекручування змісту національних норм, запроваджених на основі процесу гармонізації⁴.

Ще однією серйозною проблемою об'єктивного характеру, на яку наражаються Україна та всі інші країни – не члени Євросоюзу в процесі гармонізації національного законодавства з правом європейських інтеграційних організацій, є необхідність урахувати подальший розвиток права ЄС у галузі фундаментальних прав людини. Україна має розробити власні підходи до вирішення проблеми гармонізації законодавства з правом ЄС, адже реалізація цього механізму надає можливості для дії норм права Євросоюзу в рамках вітчизняного правопорядку. Це стосується насамперед передбачених Угодою про асоціацію випадків транспозиції директив ЄС у внутрішнє законодавство України та безпосереднього застосування певних положень права Євросоюзу на національному рівні. Слід, однак, урахувати, що процес гармонізації законодавства нашої держави з правом європейських інтеграційних організацій має свої особливості, зумовлені рівнем відносин між партнерами. Те, що Угода про асоціацію не передбачає підготовки до приєднання України до Європейського Союзу, визначає межі співробітництва сторін у правовій галузі, й зокрема у сфері гармонізації законодавства. Разом із тим, як засвідчує практика здійснення гармонізації на рівні ЄС, а також у відносинах спільноти з іншими країнами (особливо з тими, котрі мають з об'єднанням угоди про асоціацію), майже неможливим виявляється чітке визначення меж цього процесу. Тому Україна має достатньо широкі можливості для форсування чи, навпаки, призупинення процесу гармонізації своїх правових норм із правом Євросоюзу. Це стосується безпосередньо цілей, засобів та організаційно-правового механізму гармонізації.

Реалізуючи зовнішньополітичний курс на членство у Європейському Союзі, Україна постала перед гострою необхідністю адаптації національного законодавства до правових стандартів ЄС. У теорії права Європейського Союзу процес адаптації розуміють як процес приведення національного законодавства у відповідність до норм і принципів права ЄС⁵. Разом із тим, можна зазначити, що в Україні досить активно проводилася законодавча імплементація. Після підписання Угоди про асоціацію між Європейськими Співтовариствами та Україною, необхідно перелічити наступні документи, серед яких: Стратегія України щодо інтеграції до ЄС⁶, Концепція адаптації законодавства України до законодавства ЄС⁷, Концепція Загальнодержавної програми адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу⁸, низка інших нормативно-правових актів, спрямованих на організацію інституційного механізму співробітництва України з ЄС та вдосконалення процесу нормотворчості.

На сьогодні особливий інтерес для України у зовнішньополітичному плані являє собою визнання ЄС у Лісабонському договорі, зокрема у ст. 217, важливості «укладати з однією чи більше третіми країнами або міжнародними організаціями угоди про створення асоціації...»⁹. Тобто, Лісабонським договором окреслено правові перспективи співпраці ЄС – Україна, які полягають у підписанні угоди про асоціацію, тим самим передбачивши взаємні права та обов'язки та можливість «спільних дій», а отже, початковий етап переходу, власне, до подальшої повної організаційно-інституційної та політичної інтеграції України до Європейського Союзу.

Аналізуючи всі документи, можна зазначити, що вони є практичними інструментами співпраці, насамперед спрямованими на імплементацію основних положень базових договорів між Україною та Євросоюзом. Насамкінець слід зауважити, що із завершенням нинішнього етапу розширення ЄС західні кордони України стануть східними кордонами Євросоюзу. Це якісно нова політична ситуація, яка значною мірою буде визначати як характер контактів з ЄС, так і перспективи подальшого розвитку України. Цілком зрозуміло, що в інтересах ЄС – забезпечити мир та стабільність навколо своїх кордонів, мати своїми сусідами стабільні, демократичні й економічно розвинуті держави з дружньою зовнішньою політикою, яку можна прогнозувати. Тому слід чекати збільшення політичного тиску ЄС на Україну, передусім у напрямі зміцнення демократичних інститутів, забезпечення фундаментальних прав людини.

2. Творча діяльність – як одна з найважливіших сторін життя людини. Однією із найважливіших сторін життя людини є творча діяльність. Вона дає можливість особистості реалізувати свої здібності, розкрити та донести до людей свій талант. В умовах ринкових відносин результати творчої діяльності здатні стати товаром, що приносить дохід його творцю. Разом із тим розвиток будь-якої сфери творчості має особливе значення для всього суспільства. Накопичені досягнення людського розуму являють собою культурний спадок нації, визначають науково-технічний потенціал суспільства, обумовлюють його прогресивний розвиток. Саме тому у збереженні творчих результатів та захисті інтересів їх творців заінтересовані не тільки вони самі, а й суспільство у цілому. Це вирішується як через встановлення спеціального правового режиму творчих результатів, що надає їх творцю виключну можливість розпоряджатися ними, так і через проти-

дію безконтрольному тиражуванню і поширенню інтелектуального продукту тими, хто прагне заробити на цьому, і високим рівнем обов'язкової освіти в цій сфері.

Так, роками в Україні у сфері вищої юридичної освіти цикл дисциплін «Право інтелектуальної власності» був однією з професійно орієнтованих навчальних дисциплін освітньо-професійної програми за спеціальністю «Правознавство». Її мета – надання допомоги студентам у опануванні найбільш складних питань спецкурсу і набуття ними навичок самостійної роботи з науковими джерелами та законодавством, що регулює відносини у сфері інтелектуальної власності. У процесі вивчення даної дисципліни студенти одержують знання про систему права інтелектуальної власності, види об'єктів інтелектуальної власності, зміст особистих немайнових та майнових прав інтелектуальної власності, особливості набуття, реалізації та захисту прав інтелектуальної власності тощо.

Дисципліна «Право інтелектуальної власності» сприяє формуванню у студентів глибоких теоретичних і практичних знань для використання їх у своїй подальшій науковій та професійній діяльності. Правовий механізм захисту прав творця має за мету стимулювати подальші творчі пошуки, гарантувати право на справедливе винагородження праці творця, створити фінансові передумови реалізації нових ідей. Водночас не виключається можливість придбання у правовласника за його згодою права на використання інтелектуального продукту, що є, зокрема, гарантією повернення інвестицій користувача, який бере на себе економічний ризик виробництва будь-якого товару на ринку інтелектуальної власності – чи то опублікування авторського твору, чи створення кінофільму, чи впровадження винаходу.

Норми, що охороняють творчий результат, постійно змінюються і ускладнюються під впливом науково-технічного прогресу, який безперервно породжує нові форми відтворення та розповсюдження інтелектуального продукту. Значну роль у процесі нормотворення охорони інтелектуальної власності завжди відігравали міжнародні конвенції, які заклали засади розвитку національних правових систем у сфері охорони інтелектуальної власності.

Залишається відкритою тема підготовки спеціалістів, організація та зміст навчання у сфері інтелектуальної власності. Викладання права інтелектуальної власності вимагає поєднання теоретичних концепцій з практичними знаннями. Більшість таких курсів зосереджуються на юридичних факультетах, є вибірковими і часто досить короткими. Університети переважно пропонують тільки загальні програми інтелектуальної власності, зосереджуючись передусім на характері та обсязі прав, що можуть бути захищені як права інтелектуальної власності, а також впливові й ролі інтелектуальної власності на глобалізацію економіки, заснованої на знаннях. Тим не менш, деякі країни пропонують суто спеціалізовані та всеосяжні курси права інтелектуальної власності.

Законодавство України у сфері інтелектуальної власності нині нараховує понад 10 спеціальних законодавчих актів. Значна їх частина передбачила охорону зовсім нових результатів творчої діяльності, яких дотепер не існувало у вітчизняному законодавстві. Чимало підзаконних актів регламентувало оформлення та реалізацію інтелектуальних прав. Правові норми, які регулюють суспільні відносини у сфері створення та використання результатів творчої діяльності, утворюють окрему підгалузь цивільного права – право інтелектуальної власності, яка включає в себе декілька інститутів: авторське право та суміжні права, патентне право, інститут правових засобів індивідуалізації учасників цивільного обороту, їх товарів та послуг. Правову охорону отримали також й інші об'єкти інтелектуальної власності.

Результати творчої діяльності прийнято поділяти на дві великі групи залежно від того, до якої сфери творчості вони належать. По-перше, це результати художньої творчості – літературні, музичні, хореографічні твори, а також образотворчого мистецтва, аудіовізуальні твори, наукові та інші подібні твори. По-друге, це результати технічної творчості – технічні пристрої, машини, механізми, інструменти, транспортні засоби, обладнання, споруди, нові речовини, рішення у сфері конструювання, нові способи та технології виробництва, досягнення селекції тощо. Таким чином, доцільно викладати дисципліну «Право інтелектуальної власності» саме з розподілом на відповідні блоки.

Інститут авторського права та суміжних прав охороняє результати художньої творчості – твори науки, літератури та мистецтва (об'єкти авторського права), а також об'єкти, які створюються з метою їх розповсюдження – виконання творів, фонограми та відеограми, програми теле- та радіомовлення (об'єкти суміжних прав).

Патентне право регулює відносини щодо створення, використання та оформлення прав на результати науково-технічної творчості людини. До них відносять корисні моделі, промислові зразки, раціоналізаторські пропозиції, селекційні досягнення в рослинництві та тваринництві (нові сорти рослин та породи тварин), топографії інтегральних мікросхем. Вони охороняються після спеціального оформлення прав і отримання охоронного документа – патенту або свідоцтва.

Виокремлення двох названих інститутів базується на особливостях правової охорони об'єктів авторського права та промислової власності, які пов'язані зі специфікою творчого процесу створення даних об'єктів та умовами їх використання.

У структурі права інтелектуальної власності виділяють також інститут правових засобів індивідуалізації учасників цивільного обороту, їх товарів та послуг. Його норми охороняють такі об'єкти, як комерційне (фірмове) найменування, торговельну марку, географічне зазначення. Ці об'єкти поєднує спільна мета – індивідуалізувати суб'єктів підприємницької діяльності, позначити різницю між ними, дати змогу відрізнити товари та послуги одного суб'єкта від однорідних товарів та послуг іншого, а також рекламувати як самого

суб'єкта, так і якість та властивості його продукції (послуг). Крім названих об'єктів у ЦК уперше закріплено право інтелектуальної власності на наукове відкриття та комерційну таємницю. Хоча правовий режим таких нетрадиційних об'єктів інтелектуальної власності суттєво відрізняється від режиму традиційних об'єктів авторського та патентного права, вони створюються інтелектуальною працею людини, мають науково-технічну та економічну цінність, що й зумовлює необхідність їх охорони на рівні самостійних об'єктів інтелектуальної власності.

Також до джерел права інтелектуальної власності слід відносити багатосторонні та двосторонні міжнародні угоди, які укладаються у процесі співробітництва між державами у цій сфері. Їх прийняття обумовлено тим, що національне законодавство не застосовується у випадках, коли правовласник реалізовує свої інтелектуальні права або захищає їх від порушень на території іншої країни. У такому разі ця особа може розраховувати на застосування або норм міжнародної конвенції, або, за принципом національного режиму, положень законодавства країни, де потрібен захист.

3. Проблеми підготовки та підвищення кваліфікації спеціалістів у сфері інтелектуальної власності. В інтересах сприяння кадровому забезпеченню вищих навчальних закладів науково-педагогічними працівниками, які викладають навчальні дисципліни з питань інтелектуальної власності, та підвищення якості підготовки фахівців з інтелектуальної власності ініційовано створення системи підвищення кваліфікації науково-педагогічних працівників у сфері інтелектуальної власності, а також розроблено Положення про підвищення кваліфікації науково-педагогічних працівників у сфері інтелектуальної власності, що визначає порядок організації та проведення такої діяльності.

Україна продовжує стикатися з низкою проблем у сфері інтелектуальної власності. Ще досить високий рівень піратства та обігу контрафактної продукції, що становить загрозу для економіки держави та підвищений ризик для здоров'я населення; невирішеність питання порушення прав інтелектуальної власності в мережі Інтернет; незавершеність робіт із впровадження системи електронного подання заявок та їх електронного діловодства, щодо відмови від паперових офіційних видань (державних реєстрів, бюлетенів, описів до патентів тощо) і переходу до електронних видань, з легалізації програмного забезпечення в органах влади; існування проблем у сфері колективного управління правами інтелектуальної власності; недостатньо високий рівень культури та обізнаності населення в сфері інтелектуальної власності.

Склалася ситуація, яка характеризується недостатнім рівнем комерціалізації об'єктів інтелектуальної власності, внаслідок чого гальмується розвиток високотехнологічних і економічно важливих для України та її майбутнього галузей народного господарства. Мають місце невирішені питання в сфері авторського права і суміжних прав. Залишається поширеним явищем неправомірне використання цих прав, що призводить до погіршення міжнародного іміджу України, зниження її інвестиційної привабливості. Такими проблемами є: по-перше, управління колективними товариствами, які відповідають за збір і розподіл авторської винагороди в США та інших правовласників; по-друге, використання контрафактного програмного забезпечення українськими державними органами; по-третє, он-лайн порушення авторських і суміжних прав. Держава має опікуватися також питанням створення необхідних умов для збереження й зміцнення свого інтелектуального потенціалу, а також для пошуку шляхів його якісного розвитку, в тому числі й підготовки висококласних фахівців у сфері інтелектуальної власності.

Для підвищення рівня освіти у сфері інтелектуальної власності слід уточнити зміст освітньо-кваліфікаційних характеристик випускників вищих навчальних закладів з позиції формування в державі творчих особистостей, здатних до створення об'єктів інтелектуальної власності. А також підтримати професійний рівень працівників державної системи правової охорони інтелектуальної власності, навчати суддів, співробітників правоохоронних та контролюючих органів.

У Верховну Раду України внесено велику кількість роз'єднаних, не пов'язаних єдиною стратегією законопроектів, що стосуються змін режиму охорони інтелектуальної власності. Тому першочергову увагу необхідно приділити розробці національної стратегії в галузі інтелектуальної власності, яка чітко визначала б необхідні правові та політичні норми та дала б змогу об'єднати всі законодавчі ініціативи в єдине середовище. Введення надійних режимів охорони прав інтелектуальної власності та їх правозастосування сприяло б ефективному розвитку економічного потенціалу країни та її інвестиційної привабливості.

На наше глибоке переконання, з метою популяризації сфери інтелектуальної власності та підготовки професійних кадрів у цій царині суспільних відносин слід повернути офіційне викладання предмета інтелектуальної власності в університетський навчальний процес. Це допоможе українській молоді правильно ставитися до прав інтелектуальної власності, роз'яснювати суспільству важливість захисту прав на об'єкти інтелектуальної власності. Інтелектуальна власність тісно взаємопов'язана з інноваційним та економічним розвитком.

Однак питання щодо викладання предмета інтелектуальної власності сьогодні потребують нового підходу. На це слід звернути більш ретельну увагу Кабінету Міністрів України, Міністерству освіти і науки України та Міністерству економічного розвитку і торгівлі України.

Необхідно більш глибоко та деталізовано вивчати дисципліну «Право інтелектуальної власності». Доцільно викладати наступні блоки: Загальні положення про право інтелектуальної власності. Авторське право й суміжні права. Патентне право. Правові засоби індивідуалізації учасників цивільного обороту, товарів та послуг. Інші об'єкти інтелектуальної власності. Договори у сфері інтелектуальної власності. Студент-правник має знати: термінологію права інтелектуальної власності; поняття та зміст прав інтелектуальної

власності; об'єкти права інтелектуальної власності, особливості прав на кожен з них; порядок набуття та реалізації прав інтелектуальної власності; договірні конструкції у сфері інтелектуальної власності; способи захисту прав інтелектуальної власності. Крім того, він повинен орієнтуватися в чинному законодавстві України у сфері інтелектуальної власності, а також у міжнародному законодавстві; виявляти об'єкти інтелектуальної власності в повсякденному житті; набувати навичок та знань щодо використання норм, які регулюють відносини, пов'язані з інтелектуальною власністю; застосовувати набуті знання й уміння на практиці тощо.

Економічне відродження нашої країни, орієнтація на розвиток ринкових відносин, ефективне адміністрування інтелектуальною власністю та освіта у цій галузі, боротьба зі зловживаннями на ринку патентних послуг недобросовісними суб'єктами господарювання є джерелом додаткового доходу в ході виконання проєктів, дає можливість забезпечити якість і конкурентоспроможність продукції, розширити ринкові можливості, а також запобігти проблемам у результаті суперечок у разі порушення прав інтелектуальної власності через відсутність стратегії їх вирішення.

Враховуючи викладене вище, вважаємо, що викладання права інтелектуальної власності вимагає поєднання теоретичних концепцій з практичними знаннями, диференціації дисципліни на певні системоутворюючі блоки, врахування національного та міжнародного законодавства, а також запозичення вдалого досвіду зарубіжних країн.

4. Орієнтовні напрями досліджень з проблематики інтелектуальної власності у соціально-економічному та правовому контекстах. Важливим є забезпечення викладання відповідних дисциплін навчального плану підготовки зі спеціальності «Інтелектуальна власність», а також інших дисциплін соціально-економічного та юридичного циклів.

По-перше, вбачається доцільним такий напрям досліджень, як психологія і культура інтелектуальної власності та інноваційної діяльності (у межах економічної психології). Більш глибоко потрібно надавати такі знання, як: психосоціальна архітектоніка інтелектуальної власності та інноваційної діяльності. Актуальними є індивідуальність і соціальність мислення, умови формування та зміст культури інтелектуальної власності. Необхідно розглядати суспільство як підґрунтя створення інновацій. А інтелектуальну власність та інновації – як умови для соціального прогресу.

Окремої уваги заслуговує соціологія інтелектуальної власності, суспільна думка та її динаміка щодо проблем інтелектуальної власності. Психологічні механізми у процесах формування інновацій потребують системного дослідження на макро- і мікрорівні економічних відносин. Це стосується також і визначення елементів інноваційного процесу, моделювання процесів створення інновацій, інновації як флуктуаційного впливу меншості на соціально-економічну систему. Мережеві закономірності розвитку інноваційної діяльності та інтелектуальної власності, а також креативність і винахідництво, як засіб забезпечення конкурентоспроможності. Тому що фактори креативності є надзвичайно важливими у процесі створення інновацій.

По-друге, це напрям досліджень інноваційної біфуркації соціально-економічних відносин в умовах інформаційного суспільства. Місце інновацій у механізмах постіндустріального соціально-економічного розвитку є конче важливим. Економіка знань – економіка продукування інновацій, техніко-економічні цикли розвитку суспільства, технологічні уклади та механізм їх зміни сприятимуть форсованому переходу до п'ятого (мікроелектроніка, інформатика, біотехнологія, генна інженерія, нові види енергії та матеріалів, освоєння космосу, супутниковий зв'язок) та шостого (наноматеріали, наноелектроніка, нанобіотехнології) технологічних укладів.

По-третє, це дослідження управлінням інтелектуальною власністю та інноваційною діяльністю. До нього слід віднести інноваційну діяльність та інтелектуальну власність як складові елементи структури господарської діяльності сучасного підприємства, інваріантність інноваційного розвитку та його моделі, відображення та облік інтелектуальної власності у структурі активів підприємства, експертизу комерційного потенціалу об'єктів інтелектуальної власності на різних стадіях їх життєвого циклу, кореляційно-регресійний аналіз залежності рівня комерційного потенціалу об'єкта інтелектуальної власності від часу початку його використання, специфіку вартісної оцінки об'єктів інтелектуальної власності в порівнянні з матеріальними об'єктами, та її можливі методики. Методичні підходи до визначення вартісної оцінки об'єктів інтелектуальної власності: витратний (інвестиційний) підхід, що ґрунтується на визначенні фактичних затрат на створення, придбання та використання об'єкта інтелектуальної власності; порівняльний підхід – визначення вартості об'єктів інтелектуальної власності шляхом коригування цін аналогів, що згладжує їх відмінності від об'єкта оцінювання; прибутковий підхід – визначення вартості об'єкта інтелектуальної власності залежно від майбутніх доходів, пов'язаних із його використанням. Формування та оцінка гудвілу – репутації, іміджу підприємства. Аналіз і управління ризиками в оцінці вартості об'єктів інтелектуальної власності допомагають з'ясувати чинники дохідності об'єктів інтелектуальної власності, аналізуватимуть готовність ринку до прийняття нової розробки та рівень попиту, перспективність напрямку, переваги розробки порівняно з існуючими аналогами, рівень правової охорони.

Четвертий напрям стосується механізмів комерціалізації об'єктів інтелектуальної власності. Це й аналіз системи управління (автоматизованого управління) інноваціями та портфелем інтелектуальної власності на рівні підприємств, регіонів, національної економіки в цілому. Також краудсорсінг і його різновиди – як механізм створення, експертизи та поширення інновацій. Регулювання ринку інтелектуальної власності. Економічні та організаційні аспекти формування та розвитку франчайзингових відносин а також принципи, завдання та напрями застосування франдрайзингу.

П'ятий напрям досліджень стосується розвитку інституту інтелектуальної власності. Його сутність – це інституціоналізація архітектури соціально-економічних відносин. Соціально-економічний зміст інституту інтелектуальної власності. Сучасний зміст, структура та актуальні напрями розвитку інституту інтелектуальної власності у правовій системі України потребують розширення та звуження зони девіантної поведінки відносно інституту інтелектуальної власності. Оптимізації потребують також і публічне адміністрування відносин інтелектуальної власності на основах державно-приватного партнерства.

Шостий напрям досліджень стосується інтелектуальної власності в інформаційному суспільстві (Інтернет). Даний напрям включає інформаційно-комунікаційні технології як основу інформаційного суспільства, організаційну архітектуру Інтернету. Особливості формування вартості товарів в умовах мережевої економіки. Кіберпростір як новий вимір реальності і специфіка правового регулювання відносин власності в кіберпросторі Інтернет.

З огляду на те, що інституційне середовище функціонування інтелектуальної власності в індустріальну епоху стало непридатним для інформаційного суспільства, а поширення інтелектуальних продуктів через мережу Інтернет не піддається контролю й регламентації, усе більшого значення набуває система безоплатного розповсюдження програмного забезпечення з подальшим платним обслуговуванням та надаванням різного роду інформаційних послуг. Охорона прав на об'єкти інтелектуальної власності в Інтернеті традиційними способами неможлива, тому виникає об'єктивна необхідність у створенні нового інституційного середовища у цій сфері. Зазначимо і формування феномена «інформаційної» моралі, в якій доступ до інформації отримує етичне значення. Відтак кожна особистість виявляє заінтересованість не лише у власних знаннях, а й у доступі до цих знань всіх членів суспільства, а охорона прав на об'єкти інтелектуальної власності необхідна, її можна здійснювати традиційними засобами, шляхом внесення необхідних змін у національне та міжнародне законодавство.

Враховуючи викладене вище, оптимізувавши національне законодавство та освіту в сфері інтелектуальної власності, Україна зможе розвиватися у напрямі європейської інтеграції, забезпечити належний рівень правової охорони та захисту прав на результати інтелектуальної діяльності, активно співпрацювати з міжнародною спільнотою, розвиваючи власну економіку, яка відповідала б світовим стандартам.

¹ Конституційні акти Європейського Союзу (в редакції Лісабонського договору) / пер. Геннадія Друзенка та Світлани Друзенко, за заг. ред. Геннадія Друзенка. Київ: «К.І.С.», 2010. 536 с. С. 35.

² *Tatam A.* Право Європейського Союзу: підручник для студентів вищих навчальних закладів / пер. з англ. Київ, 1998. С. 92.

³ *Louis J-V.* The Community Legal Order. Brussels, 1995. P. 117.

⁴ *Herrnfeld H-H.* Europeans by Law. Gutersloh, 1996. P. 104–105.

⁵ *Головко О.І.* Механізми адаптації законодавства європейських держав до правових стандартів Європейського Союзу. *Взаємодія міжнародного права з внутрішнім правом України* / за ред. В.Н. Денисова. Київ: Юстиніан, 2006. 672 с. С. 566.

⁶ Стратегія України щодо інтеграції до ЄС. URL: <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=615%2F98>

⁷ Про Концепцію адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу: постанова КМУ № 1496 від 16.08.1999 р. *Офіційний Вісник України*. 1998. № 24. С. 870.

⁸ Про Концепцію Загальнодержавної програми адаптації національного законодавства України до законодавства Європейського Союзу: Закон України від 22 листопада 2002 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 3. С. 12.

⁹ Лісабонські консолідовані договори про Європейський Союз і функціонування Європейського Союзу. *Право Європейського Союзу: підручник* / за ред. В.І. Муравйова. Київ: Юрінком Інтер, 2011. 704 с.

Резюме

Бошицький Ю.Л. Щодо пріоритетів співробітництва України з ЄС в контексті забезпечення прав людини у сфері інтелектуальної власності.

Стаття присвячена аналізу ряду питань співробітництва України з ЄС в контексті забезпечення прав людини в сфері інтелектуальної власності. Автор аналізує питання охорони та захисту інтелектуальної власності як зовнішньополітичного пріоритету та стратегічної цілі України на шляху до євроінтеграції. Творча діяльність розглядається як одна із найважливіших сторін життя людини. Аналізуються проблеми освіти в даній галузі та напрями підготовки й підвищення кваліфікації спеціалістів у сфері інтелектуальної власності. Пропонуються пріоритетні напрями досліджень з проблематики інтелектуальної власності у соціально-економічному та правовому контекстах.

Ключові слова: інтелектуальна власність, охорона і захист інтелектуальної власності, права людини в сфері інтелектуальної власності, євроінтеграція, творча діяльність, підвищення кваліфікації у сфері інтелектуальної власності, освіта в сфері ІВ.

Резюме

Бошицький Ю.Л. Относительно приоритетов сотрудничества Украины с ЕС в контексте обеспечения прав человека в сфере интеллектуальной собственности.

Статья посвящена анализу ряда вопросов сотрудничества Украины с ЕС в контексте обеспечения прав человека в сфере интеллектуальной собственности. Автор анализирует вопросы охраны и защиты интеллектуальной собственности как внешнеполитического приоритета и стратегической цели Украины на пути к евроинтеграции. Творческая деятельность рассматривается как одна из важнейших сторон жизни человека. Анализируются проблемы образования в данной области и направления подготовки и повышения квалификации специалистов в сфере интеллектуальной собственности. Предлагаются приоритетные

направления исследований по проблематике интеллектуальной собственности в социально-экономическом и правовом контекстах.

Ключевые слова: интеллектуальная собственность, охрана и защита интеллектуальной собственности, права человека в сфере интеллектуальной собственности, евроинтеграция, творческая деятельность, повышение квалификации в сфере интеллектуальной собственности, образование в сфере ИС.

Summary

Boshitsky Yu. On the priorities of cooperation between Ukraine and the EU in the context of ensuring human rights in the field of intellectual property.

The article covers the analysis of a number of issues of cooperation between Ukraine and the EU in the context of ensuring human rights in the field of intellectual property. The author analyzes the issues of protecting intellectual property as a foreign policy priority and the strategic goal of Ukraine on the path to European integration. Creative work is considered as one of the most important aspects of human life. The problems of education in this field and in areas of training and improvement of professional skills of specialists in the field of intellectual property are analyzed. There are proposed priority areas of research on intellectual property issues in social, economic, and legal contexts.

Key words: intellectual property, protection of intellectual property, human rights in the field of intellectual property, European integration, creative work, improvement of professional skills in the field of intellectual property, education in the field of IP.

УДК 354.11/86

С.П. МОСОВ

Сергій Петрович Мосов, доктор військових наук, професор, заслужений діяч науки і технік України, лауреат Державної премії України в галузі науки і техніки

МІСЦЕ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ В ІННОВАЦІЙНОМУ РОЗВИТКУ ЗАРУБІЖНИХ КРАЇН І УКРАЇНИ

У сучасних умовах відбувається активний перехід розвинених в економічному сенсі країн світу до так званої «цифрової» економіки, ефективність якої визначається розвитком і використанням передусім теоретичного знання. Розуміється, що рушійним фактором такої економіки є нестримна експансія комп'ютерних технологій. На перше місце вийшли галузі, безпосередньо засновані на використанні досягнень фундаментальної науки, інформації та знань. Про це свідчить насамперед колосальний розвиток і пріоритет в економіці розвинутих країн світу низки таких галузей, як нанотехнології, біотехнології, програмне забезпечення роботів, генетика, біохімія тощо¹.

Одним із звичайних важелів регулювання бізнесу, особливо в США, Японії та країнах ЄС вважається інтелектуальна власність (далі – ІВ). Вона впливає на відношення фірм до розгляду питання про інвестиції в інноваційні проекти або диверсифікацію продукції, вирішення питання злиття фірм або їхнього поглинання, створення промислових об'єднань і спільних підприємств, а також проведення ліцензійної політики.

Об'єкти ІВ стають для корпорацій мірою їхньої життєздатності та ефективності функціонування в майбутньому. Підтвердженням цьому є загальний обсяг корпоративних активів у США, який у 1980-х рр. склався десь на 62 % із матеріальних активів, але до початку третього тисячоліття ця цифра під впливом жорсткої ринкової боротьби скоротилася до 30 %. На початку 1990-х рр. у Європі обсяг нематеріальних активів становив уже більше однієї третини від загального обсягу всіх активів².

У Японії об'єкти ІВ становлять понад 45 % від загального обсягу корпоративних знань, накопичених протягом звітного періоду (охоплюють як кодифіковані знання, наприклад зафіксовані у документах, так і неявно виражені знання – зокрема ті, про які свідчить рівень кваліфікації персоналу). Вражаючими є результати проведених британських досліджень, у яких визначається, що в загальній вартості компанії в середньому 40 % становлять об'єкти ІВ³.

Схеми інвестування науково-дослідних робіт (далі – НДР) з боку бізнесу в рамках Організації країн з економічного співробітництва та розвитку показують наявність значної кореляції між рівнями витрат на НДР і активності патентування. У перспективі приватне фінансування науково-дослідних і дослідно-конструкторських робіт у більшості економічно розвинених країнах може перевищити обсяги бюджетних асигнувань у цю сферу⁴.

Як показує досвід, у провідних в економічному сенсі країнах світу інтелектуальна власність пронизує майже всі галузі господарства, перетворюючись на справжній інтелектуальний капітал. У таких країнах значна частина приросту валового внутрішнього продукту припадає на частку винаходів, ноу-хау, інновацій, що використовуються в найсучасніших технологіях.

Менеджмент у сфері ІВ стає основним елементом управління корпоративним бізнесом. Компанії створюють альянси одна з одною для підвищення цінності своїх об'єктів ІВ і набуття взаємовигідних конкурентних переваг. У підсумку такі альянси дають змогу компаніям збільшити вплив у конкретних галузях, що дає їм змогу, у свою чергу, нав'язувати власні стандарти конкурентам у відповідній сфері.

Інтелектуальна власність, за світовим досвідом, виконує роль стратегічного ресурсу в системі формування національного багатства і має суттєво впливати на рівень її конкурентоспроможності.

Підтримка державою винахідницької інноваційної діяльності вважається вагомим важелем економічного стимулювання процесу створення та введення об'єктів ІВ у господарський обіг. Досвід таких відомих країн, як Австрія, Великобританія, Нідерланди, США, Німеччина, Франція, Швеція, Швейцарія та Японія свідчить про урядову допомогу та стимулювання винахідницької інноваційної діяльності. Основними формами стимулювання малих і середніх підприємств, а також окремих інноваторів, є: пряме фінансування, яке досягає 50 % від витрат на створення нової продукції і технологій (Франція, США); надання позик, у тому числі без виплати відсотків (Швеція); дотації (практично всі країни); створення фондів впровадження інновацій з урахуванням можливого ризику (Велика Британія, Німеччина, Швейцарія, Нідерланди); безповоротні позики на впровадження нововведень, що досягають 50 % від витрат (Німеччина); відстрочка сплати мита чи звільнення від неї, якщо винахід стосується економії енергії (Австрія) тощо⁵. Ці заходи вважаються суттєвим досягненням урядів зазначених країн щодо управління інноваціями.

У сучасному світі провідні в економічному сенсі країни найважливішою складовою державної політики вважають створення умов для розвитку інтелектуального потенціалу нації. Так, наприклад, у США і Японії працюють ретельно продумані програми розвитку творчості громадян, починаючи з дошкільного віку.

Таким чином, економіка, що раніше базувалася лише на бетоні та залізі, під впливом змін у формуванні ринкових відносин на міжнародній арені поступово замінюється на економіку, засновану на ідеях і знаннях, у рамках якої інтелектуальна власність стає однією із переважних цінностей. Закономірним можна вважати появу нових стимулів для створення національного багатства в сучасному суспільстві, якими стають цінності, засновані на знаннях.

У сучасній економіці України інтелектуальний потенціал недооцінюється, і тому незатребуваність накопиченого інтелектуального багатства стала однією з причин розпаду багатьох наукових і виробничих колективів, масового відтоку талановитих фахівців за кордон, технологічної деградації виробництва протягом усього періоду становлення країни після розпаду СРСР. Економічний розвиток України всупереч наявному ще досить могутньому інтелектуальному потенціалу все більше набуває вираженого сировинного, трудомісткого та енергоємного характеру, а сама країна вже стала стабільним донором найрозвинутіших країн з інтелектуальних ресурсів.

За показником патентної продуктивності, який визначається як відношення кількості національних патентів у резидентів країни до зайнятих у сфері наукових досліджень і розробок, Україна посідає одне з провідних місць. Але ж це досягнення, на жаль, не можна автоматично, як показує реальність, віднести до конкурентних переваг вітчизняної інноваційної системи. До того ж, наша країна ще не увійшла до складу держав, що мають патенти «тріадної групи», тобто патенти, одночасно зареєстровані у США, Японії та ЄС.

За результатами експериментальних розрахунків індикаторів Європейського інноваційного табло (далі – ЄІТ) для України станом на 2007 р. були отримані такі результати (по відношенню до ЄС): наша країна знаходилася у групі «країн, що здоганяють»; витрати на інноваційну діяльність відставали – 0,7; витрати некомерційного сектору на дослідження та розробки відставали – 0,6; витрати комерційного сектору на дослідження та розробки значно відставали – 0,17⁶.

Прогнозні оцінки, зроблені фахівцями Центру досліджень науково-технічного потенціалу та історії науки ім. Г.М. Доброва НАН України у 2010 р. для нашої держави до 2020 р., показали, що за умов проведення цілеспрямованої інноваційної політики, приведення у відповідність до неї підприємницької діяльності, здійснення реальних кроків у напрямі реалізації необхідних структурних змін в економіці, технологічної модернізації виробництва, показники ЄІТ для України можуть бути покращені (по відношенню до існуючого стану): наша країна стає лідером у групі «помірні новатори»; витрати на інноваційну діяльність збільшуються – 1,95; витрати некомерційного сектору на дослідження та розробки збільшуються – 1,63; витрати комерційного сектору на дослідження та розробки збільшуються – 1,53. За період 2014–2019 рр. економічна ситуація в країні значно погіршилася і зроблений раніше прогноз вимагає значного об'єктивного корегування.

Актуальним залишається питання врахування майнових прав інтелектуальної власності у вартості промислових підприємств України, у зв'язку з чим вона практично занижена на 50–80 %. Таким чином, внаслідок можливої приватизації власники підприємств отримували й отримують відповідну додаткову вартість за рахунок об'єктів права ІВ на невраховану інтелектуальну складову, що була створена колективом вчених та інженерів, праця яких у процесі приватизації була знецінена, а держава, у свою чергу, втрачає потенційні фінансові надходження до бюджету. Частка нематеріальних активів у собівартості української продукції не перевищує 0,5–2 %, що майже у 10–15 разів менше порівняно з провідними в економічному відношенні країнами світу².

Існуючий нині стан у сфері ІВ є найкращим підтвердженням існування односторонності наукових досліджень (функції регулювання, охорони та захисту), відсутності фундаментальних і прикладних досліджень, реалізація яких допомогла б змінити ситуацію як у сфері ІВ, так і в питаннях державного управління функціонуванням цієї сфери та зробити можливим вирішення проблеми залучення інтелектуального ресурсу до

якісних трансформаційних змін інноваційного характеру в економіці та забезпечення належного впливу інтелектуальної власності на зростання ВВП в Україні. На це впливає, як зазначалось раніше, недовідання фінансування такого виду наукових досліджень як з боку держави, так і з боку комерційних структур.

В Україні склалася ситуація, що характеризується, з одного боку, високими показниками щодо об'єктів ІВ, на які видані охоронні документи, а з іншого боку, гальмується розвиток високотехнологічних і економічно важливих для України та її майбутнього галузей. Причин існування такої ситуації в сфері ІВ декілька: розпорошення та дублювання управлінських функцій, зокрема організаційних, між кількома центральними органами виконавчої влади; забезпечення реалізації політики в сфері охорони ІВ в Україні характеризувалося відсутністю належної координації та недостатньою ефективністю в діяльності структур, які мають опікуватися питаннями розвитку національного інституту інтелектуальної власності; повільно розгорталася діяльність підрозділів з питань трансферу технологій, інноваційної діяльності та інтелектуальної власності в органах виконавчої влади, бюджетних установах, організаціях і на підприємствах, діяльність яких пов'язана з використанням об'єктів ІВ; не розроблено систему дієвих економічних стимулів (податкових, кредитних, страхових) щодо створення та комерціалізації об'єктів права ІВ з метою формування ринку цих об'єктів; не запроваджені механізми державної підтримки патентування вітчизняних об'єктів ІВ в іноземних державах, створених за бюджетні кошти; відсутня методика визначення розміру шкоди, завданої порушенням прав на об'єкти права ІВ; відсутнє нормативно-правове регулювання питань, пов'язаних з необхідністю здійснення оцінки інтелектуальної власності; формування ринку ІВ відбувалося повільно, відсутні ефективні механізми обліку та запровадження у виробництво результатів інтелектуальної діяльності; мала місце неконтрольована передача наукових і конструкторських розробок за кордон, витік з України вітчизняних заявок на перспективні винаходи (невирішеність питань інтелектуальної безпеки)⁷.

Цілеспрямовані наукові дослідження щодо питань державного управління сферою ІВ і його удосконалення фактично не здійснюються. Відсутня провідна установа, яка б здійснювала системні дослідження в інтересах створення дієвих механізмів державного управління функціонуванням цієї важливої для України сфери.

Таким чином, слід звернути увагу на низьку ефективність існуючих і відсутність теоретичних розробок щодо дієвих механізмів державного управління сферою ІВ України для поліпшення економічних засад її існування та подальшого розвитку, а також на спрямування дій держави на зміцнення, в основному, економічної бази для функціонування й розвитку державної системи правової охорони ІВ.

Нині загальне ставлення до України в світі здійснюється на рівні країн із перехідною економікою. З урахуванням стратегії «країн суб'єктів відкритості» стосовно України формуються підходи до її інтелектуального потенціалу. Їх сьогодні, як мінімум, два, які не вважаються конструктивними для майбутнього нашої країни. Перший підхід формується з боку розвинених в економічному сенсі країн. Його суть полягає в зменшенні кількості та якості інтелектуальних ресурсів України за рахунок переманювання кваліфікованої їх частини за її межі. Способи реалізації цього підходу будь-які – від встановлення квот на запрошення фахівців наукоємних спеціальностей, пропозиції навчатися за кордоном для найпідготовленіших студентів до різноманітних підходів щодо переманювання висококваліфікованих фахівців. Цьому також сприяє «відкриття» кордонів українцям до країн ЄС.

Важливо, що існуюча в Україні система підготовки фахівців із вищою освітою за рахунок бюджетних коштів практично не піддається критиці західними політиками. За роки економічних реформ не було пропозицій і грантів з боку міжнародних фінансових організацій, які були б стурбовані реформуванням системи професійної освіти в Україні на ринкових принципах, за винятком фонду Сороса, який цілеспрямовано функціонував для виявлення наукових напрямів і шкіл в Україні та отримання за безцінь матеріалів з новітніх технологій.

Інший підхід – це зниження рівня інтелектуального потенціалу загалом, стан якого не давав би змоги нарощувати професійний потенціал. Такою сьогодні можна вважати внутрішню ситуацію в Україні. Вона проявляється в тому, що значна частина населення працездатного віку не має можливості вкладати фінансові засоби для підтримки власного здоров'я, розвитку та навчання дітей у вищих навчальних закладах, оскільки за статистичними даними близько 80 % населення мають низький прожитковий рівень.

В інтересах інноваційного розвитку економіки України доцільно впровадити низку актуальних заходів, реалізація яких буде спрямована на удосконалення інфраструктури та механізмів функціонування сфери ІВ.

Вважається за потрібне розробити документ «Політика держави в сфері інтелектуальної власності» і програму його реалізації з визначенням щорічних конкретних цільових результатів, а також розробити документ щодо основ політики держави стосовно інтелектуальної безпеки в Україні та основ управління процесами її забезпечення.

Необхідно внести зміни до Типового положення про міністерство України. Пункт 3 викласти зі змінами в новій редакції: «Основним завданням міністерства є формування та реалізація державної політики у визначеній Президентом України сфері з урахуванням взаємозв'язку з іншими сферами». Пункт 4 викласти із змінами в новій редакції: «Міністерство відповідно до покладених на нього завдань: визначає пріоритетні напрями розвитку відповідної сфери; забезпечує нормативно-правове регулювання у визначеній сфері; узагальнює практику застосування законодавства з питань, що належать до його компетенції, розробляє пропозиції щодо вдосконалення законодавчих актів, актів Президента України, Кабінету Міністрів України та в установленому порядку вносить їх на розгляд Президенту України та Кабінету Міністрів України; інфор-

мує та надає роз'яснення щодо здійснення державної політики у відповідній сфері; визначає шляхи найбільш ефективного використання наукових і технічних досягнень, вирішення питань трансферу технологій, інноваційної діяльності та інших творчих досягнень у сфері інтелектуальної власності; здійснює інші повноваження, визначені законами України та покладені на нього Президентом України».

Необхідно внести зміни до Типового положення про центральний орган виконавчої влади України (далі – ЦОВВ), діяльність якого спрямовується та координується Кабінетом Міністрів України через відповідного члена Кабінету Міністрів України за напрямом діяльності в сфері ІВ. Пропонується: п. 3 викласти зі змінами в новій редакції: «Основними завданнями центрального органу виконавчої влади є реалізація державної політики у визначеній Президентом України сфері з урахуванням взаємозв'язку з іншими сферами, а також внесення пропозицій щодо її формування»; п. 4 викласти зі змінами в новій редакції: «Центральний орган виконавчої влади відповідно до покладених на нього завдань: надає адміністративні послуги; здійснює державний нагляд (контроль); здійснює управління об'єктами державної власності; узагальнює практику застосування законодавства з питань, що належать до його компетенції, розробляє пропозиції щодо вдосконалення законодавчих актів, актів Президента України, Кабінету Міністрів України, нормативно-правових актів міністерств та в установленому порядку подає їх члену Кабінету Міністрів України, який спрямовує та координує діяльність центрального органу виконавчої влади (далі – міністр); визначає шляхи найбільш ефективного використання наукових і технічних досягнень, вирішення питань трансферу технологій, інноваційної діяльності та інших творчих досягнень у сфері інтелектуальної власності; здійснює інші повноваження, визначені законами України та покладені на нього Президентом України».

Важливим є завдання забезпечення з боку держави координування процесів реалізації в Україні життєвого циклу об'єкта ІВ – від ідеї його створення до інноваційного продукту (технології) з подальшою утилізацією чи екологічно безпечним знищенням матеріального носія, в якому реалізований цей об'єкт ІВ.

Залишається невирішеними завдання розробки системи економічних стимулів (податкових, кредитних, страхових) з метою активізації створення та комерціалізації об'єктів права ІВ для функціонування та розвитку ринку цих об'єктів в Україні, а також нормативно-правового регулювання питань, пов'язаних із необхідністю здійснення оцінки інтелектуальної власності.

Є нагальна потреба в удосконаленні чинного законодавства стосовно вирішення питань утилізації (знищення) матеріальних носіїв, у яких реалізовані об'єкти ІВ, і управління процесом такої утилізації (знищення), що дасть змогу ще на етапі розробки продукції, у якій реалізовані об'єкти ІВ, вимагати при виконанні наукових, науково-технічних і науково-прикладних робіт пропозицій щодо способів і засобів утилізації (знищення) як самого матеріального носія після його використання, так і відходів, що виникають під час виробництва такої продукції, в інтересах покращення екологічної обстановки в Україні та зменшення забруднення територій.

Залишається невизначеним процедурне забезпечення формування рішень підрозділами з питань трансферу технологій, інноваційної діяльності та інтелектуальної власності міністерств і ЦОВВ за переліком завдань, які вони мають вирішувати, а також їх ресурсного забезпечення. Потрібно також надати окремий юридичний статус зазначеним структурним підрозділам.

Одним із завдань економічного розвитку України на сучасному етапі слід вважати систематизацію процедурного забезпечення ефективного управління з боку держави використанням наукового потенціалу українського суспільства та сприяння комерціалізації об'єктів права ІВ.

Доцільно провести фундаментальні та прикладні дослідження, реалізація яких допомогла б змінити ситуацію як у сфері ІВ, так і в питаннях державного управління функціонуванням цієї сфери та зробити можливим вирішення проблеми залучення інтелектуального ресурсу до якісних трансформаційних змін інноваційного характеру в економіці і забезпечення належного впливу інтелектуальної власності на зростання ВВП в Україні.

Уточненню підлягає зміст компетентностей випускників вищих навчальних закладів з позиції формування творчих особистостей, здатних до створення інновацій.

Підбиваючи підсумки, слід звернути увагу на те, що в Україні ще залишається достатній інтелектуальний потенціал, який треба примножувати. Тому можна з оптимізмом сподіватися на його застосування в інтересах інноваційного розвитку економіки нашої країни. Разом із тим умови для успішного переведення інтелектуального капіталу в інтелектуальні можливості стають з кожним роком менш сприятливими внаслідок динаміки швидкого розвитку існуючих та винаходження новітніх технологій і зростання жорсткості загальної конкуренції в світі.

¹ Форд М. Роботы наступают: Развитие технологий и будущее без работы / пер. с англ. Москва: Альпина нон фикши, 2016. 430 с.

² Мосов С. Инновационный путь развития экономики Украины: барьеры и инструменты. URL: <https://golos.ua/i/353393> (дата звернення: 21.04.2019).

³ Чесбро Г. Открытые инновации / пер. с англ. Москва: Поколение, 2007. 336 с.

⁴ Мосов С.П. Про стан справ щодо промислової власності на підприємствах України. URL: http://www.uipv.org/ua/mosov_180313 (дата звернення: 21.04.2019).

⁵ Інноваційний розвиток промисловості України / О.І. Волков, М.П. Денисенко, А.П. Гречан; за ред. проф. О.І. Волкова, проф. М.П. Денисенка. Київ: КНТ, 2006. 648 с.

⁶ Науковий та інноваційний потенціал України у міжнародних статистичних порівняннях: кол. монографія / І.Ю. Єгоров, І.А. Жукович, Ю.О. Рижкова. Київ: ДП «Інформ.-аналіт. агентство», 2010. 156 с.

⁷ Паладій М.В. Сфера інтелектуальної власності в Україні: проблемні питання державного управління в умовах інтеграції в міжнародні співтовариства: монографія. Київ, 2011. 240 с.

Резюме

Мосов С.П. Місце інтелектуальної власності в інноваційному розвитку зарубіжних країн і України.

У статті досліджено особливості інтелектуальної власності як важливого та потужного інструменту розвитку інноваційної економіки на підставі зарубіжного та українського досвіду. Висвітлено стратегію щодо інтелектуального потенціалу з боку іноземних країн, а також внутрішню ситуацію стосовно формування інтелектуального потенціалу. Визначено проблемні питання організаційного та правового характеру, існування яких перешкоджає покращенню ситуації в сфері інтелектуальної власності в Україні та інноваційному розвитку економіки. В інтересах інноваційного розвитку економіки України запропоновано впровадити низку актуальних заходів організаційного та правового характеру, реалізація яких буде спрямована на удосконалення сфери інтелектуальної власності та механізмів її функціонування.

Ключові слова: інтелектуальна власність, інноваційна економіка, інтелектуальний потенціал.

Резюме

Мосов С.П. Место интеллектуальной собственности в инновационном развитии зарубежных стран и Украины.

В статье исследованы особенности интеллектуальной собственности как важного и мощного инструмента развития инновационной экономики на основе использования зарубежного и украинского опыта. Высветлено стратегію относительно интеллектуального потенциала со стороны иностранных государств, а также внутреннюю ситуацию относительно формирования интеллектуального потенциала. Определены проблемные вопросы организационного и правового характера, существование которых препятствует улучшению ситуации в сфере интеллектуальной собственности в Украине и инновационному развитию экономики. В интересах инновационного развития экономики Украины предложено реализовать ряд актуальных мероприятий организационного и правового характера, направленных на усовершенствование сферы интеллектуальной собственности и механизмов ее функционирования.

Ключевые слова: интеллектуальная собственность, инновационная экономика, интеллектуальный потенциал.

Summary

Mosov S. The place of intellectual property in the innovative development of foreign countries and Ukraine.

The paper investigated the features of intellectual property as an important and powerful tool for the development of innovative economy on the basis of foreign and Ukrainian experience. The strategy relative to intellectual potential of the foreign countries, as well as the domestic situation as for the formation of intellectual potential has been elucidated. Problem issues of organizational and legal nature, impeding the improvement of situation in the field of intellectual property in Ukraine and innovative development of the economy, have been identified. Implementation of the wide range of urgent measures of organizational and legal nature, aimed at improving the intellectual property and the mechanisms of its functioning has been proposed for the benefit of innovation development of the economy of Ukraine.

Key words: intellectual property, innovative economy, intellectual potential.

УДК 347.77

Ю.Ю. ВІШАР

Юлія Юрїєна Вішар, аспірант Київського університету права Національної академії наук України
ORCID: 0000-0002-7887-5072

ПРО ЗАКОНОДАВЧУ ІНТЕРОПЕРАБЕЛЬНІСТЬ У ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВІЙ ОХОРОНІ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ НА ЛІКАРСЬКІ ЗАСОБИ

Традиційно висвітлюючи надважливість української медичної галузі, необхідно зазначити багатогранність проблематики законотворчості у інтелектуальній власності на лікарські засоби, що є стрижнем та принциповою, новаторською, системною основою державотворчої, правотворчої, правозастосовної та правотлумачної діяльності країни, її соціально-економічним, політичним, інноваційним вектором. Зрозуміло, що для досягнення поставлених державою цілей необхідне розв'язання завдання щодо стимулювання створення конкурентоспроможних об'єктів інтелектуальної власності, забезпечення їх правової охорони, розподілу прав на їх використання, із розробкою і вдосконаленням законодавчої і нормативно-правової бази. Звичайно, з одного боку, завдання повинні бути розв'язані з урахуванням вимог ринкової економіки та комерціалізації об'єктів інтелектуальної власності як об'єктів цивільного обороту. З другого ж боку, на наш погляд, основою правового регулювання інтелектуальної власності повинен стати пріоритет прав особистості і насамперед –

творця результату інтелектуальної діяльності, для якого ніщо не може бути більше власністю, ніж результат інтелектуальної діяльності. При цьому держава повинна гарантувати не тільки охорону інтелектуальної власності, а й придбання, здійснення і захист прав творця результату інтелектуальної діяльності, його використання з волі і в інтересах його творця.

Відомо, що вже існуюча система правового контролю й захисту інтелектуального продукту у фармацевтиці в Україні, складена із Конституції України (документ № 254к/96-ВР, 28 червня 1996 р.)¹, кодексів (зокрема, Цивільного кодексу України (документ № 435-IV, 16 січня 2003 р.)², законів (зокрема, Закону України (№ 123/96-ВР, 04 квітня 1996 р.) «Про лікарські засоби»³, Закону України «Основи законодавства України про охорону здоров'я» (№ 2801-ХП, 19 листопада 1992 р.)⁴, підзаконних нормативних актів, прийнятих центральними органами виконавчої державної влади (зокрема, Міністерством охорони здоров'я України), імплементації міжнародно-правових актів, – має низку недоліків, що спричиняє спірні питання при впровадженні та використанні об'єктів інтелектуальної власності на лікарські засоби і потребує ретельного вивчення і науково-практичних досліджень⁵.

Втім, необхідність проведення цивілістичних досліджень спричинено не тільки відсутністю комплексного дослідження, а й низкою інших причин: соціальними – забезпеченням гарантії прав творця на нематеріальний, духовний об'єкт у сфері інтелектуальної власності, як об'єкт цивільного обороту, врахуванням принципів моралі й етики при створенні та впровадженні об'єкта інтелектуальної власності; теоретичними – потребою комплексного аналізу сутності та змісту інтелектуальної власності, розробки правової основи об'єднання інститутів інтелектуальної власності, розробки єдиного методологічного підходу у правовому регулюванні відносин у сфері інтелектуальної власності; практичними – підвищенням ефективності правового регулювання відносин у цій сфері з точки зору вимог ринкових умов.

Показово, що відсутність фундаментальних досліджень в рамках науки цивільного права про придбання, реалізацію та захист прав на результати інтелектуальної діяльності, про вдосконалення й розвиток інститутів інтелектуальної власності, за винятком окремих наукових робіт, свідчить про те, що процес осмислення феномена інтелектуальної власності в українській правовій науці триває.

Так, дослідження аспектів цивільно-правової охорони інтелектуальної власності такими вченими, як О.В. Басай, О.М. Мельник, П.Ф. Немеш, О.О. Підпригора, Г.О. Ульянова, Р.Б. Шишка, обумовлені тим, що вирішення питань щодо впровадження сучасних правових і організаційних механізмів захисту прав інтелектуальної власності необхідне при реалізації стратегічних пріоритетів України, доводять, що питанням забезпечення належної охорони прав інтелектуальної власності приділяється недостатньо уваги. Підтвердженням цього є змістовна стаття Ю.Л. Бошицького «Інтелектуальна власність в сучасній Україні – актуальні питання модернізації та правового регулювання»⁶ – із структурованим підходом до викладення потреб правотворення в Україні, викликаних необхідністю адаптації національного законодавства до законодавства Європейського Союзу і кардинальним – щодо представлення ролі й значення інтелектуальної власності в соціально-економічному розвитку України.

Вбачається, що, таким чином, у дослідженнях загальнотеоретичного плану вчені намагаються виявити особливості окремих інститутів, категорій, елементів інтелектуальної власності та вирішити питання про місце й статус права інтелектуальної власності в системі українського права на підставі його виділення зі складу цивільного права в самостійну галузь, що, на наше глибоке переконання, має бути завершеним розробкою відповідного Кодексу із подальшим його впровадженням і адаптацією до діючих національних нормативно-правових актів.

Разом із тим, на протигагу досягненням медичної реформи в Україні, перелік проблем у сфері інтелектуальної власності на лікарські засоби, проаналізованих у науково-практичних дослідженнях інтелектуальної власності у фармацевтиці, зокрема, у роботах вітчизняних вчених І.А. Кириченко, Г.О. Андрощука, Н.О. Артамонової, Н.М. Жданової, спрямованих на представлення особливостей біологічно активних сполук (далі – БАС), фармацевтичних композицій, найбільш виражену господарську незалежність патентів БАС, наявність патентного тролінгу й «вічнозелених патентів» у фармацевтиці, правоздатність генериків; на зв'язок захисту інтелектуальної власності та рівня економічної безпеки підприємств у фармацевтичній галузі у дослідженнях вчених Г.О. Андрощука і В.І. Мунтіяна; у роботах науковців В.В. Чумака і В.А. Юдіна – на перспективу економічного розвитку фармацевтичного ринку; на гармонізацію прав інтелектуальної власності у медичній сфері і прав людини, ліцензування на ринку лікарських засобів у дослідницьких роботах О.Ю. Кашинцевої; на дотримання прав інтелектуальної власності у фармацевтиці в рамках імплементації у дослідженні І.В. Тіманюк, З.М. Мнушко, В.М. Тіманюк; вказує на розрізненість за напрямками, фрагментарність за змістом, відсутність єдності розглянутих питань, комплексності вирішення проблем досліджуваної теми інтелектуальної власності на лікарські засоби як такої.

Ускладненість репрезентацією дослідниками причинно-наслідкових відношень, що являють собою окремих випадків відношень, обставин, які вказують на сукупність конкретних умов, у яких здійснюються, відбуваються будь-які явища, процеси, події, факти, пов'язані з чимось, що сприяють на щось, супроводжують щось або викликають появу чогось, – фактично підкреслює, на наш погляд, відсутність законодавчої інтероперабельності. Дане поняття, у нашому розумінні, передбачає тісну взаємодію положень нормативно-правових актів щодо визначення чітких цивільно-правових параметрів прав та обов'язків об'єктів, суб'єктів й учасників інтелектуально-фармацевтичного ринку. Саме йдеться про замкнуту «ланцюгову» відповідальність при виокремленні інтелектуальної власності на лікарські засоби в локальний законодавчий простір із

наданням опосередкованого контролю заявнику (винахіднику) над виробництвом, реалізацією, споживанням, використанням власного винаходу. Тотальний опосередкований контроль, зважаючи на стратегічну значущість інтелектуальної власності на лікарські засоби для держави, за даною законотворчою концепцією, повинен бути наданий державі: над відповідним законодавчим впровадженням, із набуттям ексклюзивного права на замовлення винаходу і дотриманням даних правових норм заявником (винахідником) й учасниками інтелектуально-фармацевтичного ринку, задіяних у виробництві, реалізації, споживанні, використанні винаходу.

Первопричина вражаючого скупчення проблем інтелектуальної власності на лікарські засоби, на наше переконання, може бути замаскована і у семантичній розбіжності понять «лікарські засоби», де лексема: «лікарські» – не тільки лікування, а й профілактика та діагностика, «засоби» – розмите й означає «прийом, спеціальна дія, знаряддя», а незадіяний, до речі, термін «препарат» – більш точний і означає «приготований», – тому стає зрозумілою щодо базової недосконалості основного визначення предмета досліджень, яка призводить до різночитання із законотворчими варіаціями, як наслідок, – правового колапсу і законодавчої безпорадності.

Також необхідно зазначити про відмінності понять «фармація» та «фармацевтика», що історично склалися, де перше – аптечна справа, комплекс науково-практичних дисциплін, друге – виробничо-технологічна частина фармації, де невиразність меж між власне фармацевтикою, фармацією, хімією лікарських речовин і практичною діяльністю із використанням лікарських засобів⁷ свідомо продукує штучно сформовану проблематику, а неналежний неадаптований переклад українською державною мовою спеціалізованих догм права міжнародно-правових актів або відсутність перекладу, наприклад, у відкритому інформаційному доступі, текст Directive 98/44/EC of the European Parliament and of the council on the legal protection of biotechnological inventions (Document № 31998L0044, 06.07.1998)⁸ та Directive 2001/83/EC of the European Parliament and of the council of 6 November 2001 on the Community code relating to medicinal products for human use (OJ L 311, 28.11.2001, p. 67) (Document № 2001L0083-EN-16.11.2012-011.001-1)⁹, тільки мовою оригіналу – створює законотворчий лабіринт положень імплементованих національних законодавчих та підзаконних актів.

Беручи до уваги неоднозначність поняття «імплементация», де термін «імплементация» (від англ. implement) означає «здійснення, забезпечення виконання», буквально – «забезпечення практичного результату й фактичного виконання конкретними засобами», справедливо зазначити наявність двох основних підходів до імплементации норм міжнародного права: перший – для країн англосаксонської системи права, пов'язаний із загальною засадою судової практики XVIII ст., встановленої Вільямом Блекстоном («Право народів є частиною права держави»)¹⁰, як доктрина, що не має вирішального значення в регулюванні внутрішньодержавних відносин, бо не має загальнообов'язкової юридичної сили, тому, практично, імплементация норм міжнародного права зведена до їхнього застосування національними судами; другий – шляхом прямої рецепції (одним із способів трансформації), де норма міжнародного права без змін впроваджується у національне законодавство, і, як зазначено у ст. 9 Конституції України від 28 червня 1996 р.¹¹, щодо чинних міжнародних договорів, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою, є частиною національного законодавства України.

У цілому регуляторні акти, що діють у Європейському співтоваристві, є винятком, адже держави-члени відмовилися від будь-якої процедури імплементации, визнаючи пряму дію актів, що офіційно публікуються Європейським співтовариством відповідно ст. 189 Римського Договору про заснування Європейської спільноти від 25 березня 1957 р., документ № 994_017, чинний (поточна редакція 01.01.2005 р.),¹² із змінами, внесеними «Ніщцьким договором про внесення змін та доповнень до Договору про Європейський Союз, Договорів про заснування Європейських Співтовариств та деяких пов'язаних з ними актів (2001/C80/01)», документ № 994_261, чинний (поточна редакція 26.02.2001 р.)¹³. Відхилення від загального права є настільки незвичним, що держави дуже часто намагаються повернутися до практики опублікування договорів відповідно до національного законодавства. Однак Європейський суд у Люксембурзі не підтримав такої практики, засудивши будь-які затримки щодо прийняття документів про перенесення європейських директив у національне право¹⁴. Про те, що похідні міжнародно-правові норми прямої дії запроваджуються у внутрішньодержавний правопорядок без застосування будь-яких внутрішніх заходів, зазначено в рішенні від 1968 р. Європейського суду¹⁵.

Угода «Про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності» (Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights-TRIPS(ТРИПС)) № 981_018 від 15 квітня 1994 р. (поточна редакція 06.12.2005 р., підстава № 981_054)¹⁶ – основний міжнародний кодекс практики захисту інтелектуальної власності, який посилається на Угоду «Про заснування Світової Організації Торгівлі» (СОТ) № 981-052, 01 січня 1995 р. (ратифікація 10.05.2008 р., членство України з 16.05.2008)¹⁷, узгоджений у 1994 р. в рамках Всесвітнього торгового раунду в Уругваї, регулює, як має виглядати патентне право і як з ним мати справу в міжнародній торгівлі. Положення ТРИПС чітко враховували ситуацію та результати діяльності найменш розвинених країн: їм надана максимальна гнучкість у впровадженні національних законів та нормативних актів, із перехідним періодом до десяти років (ще довше, якщо це потрібно) (ст. 66) і пропонується технічне та фінансове співробітництво (ст. 67). ТРИПС також враховує такі обставини, що, як надзвичайні ситуації, коли законний захист патентного власника підпорядковується інтересам суспільства в країні. Для чіткого визначеної мети і після розгляду окремих випадків можуть бути видані примусові ліцензії (ст. 31) на постачання лікарських засобів у власній країні протягом розумного періоду часу, тобто, за певних обставин дозволяє державним органам застосовувати предмет патенту без дозволу правласника.

Зокрема, протоколом від 06 грудня 2005 р., документ № 981_054 (поточна редакція 03.02.2016 р., підстава № 981-VIII)¹⁸, який ще не ратифікували всі країни-члени СОТ, вводиться до ТРІПС нова ст. 31-біс, що схиляється до лібералізації несанкціонованого застосування патентів, дозволяє країнам-членам СОТ за певних умов експортувати лікарські препарати, випущені згідно з примусовою ліцензією, до країн-членів, фармацевтичній галузі яких бракує виробничих потужностей для випуску вищезазначеної продукції. При цьому країна-член може довести відсутність виробничих потужностей у фармсекторі, або їх недостатню кількість для виробництва відповідної продукції. Натомість, ця процедура більше не застосовується, якщо з часом буде встановлено достатню кількість відповідних виробничих потужностей.

Така правова позиція ТРІПС в Україні була підтримана і затверджена Законом України «Про прийняття Протоколу про внесення змін до Угоди ТРІПС» за № 981-VIII від 03 лютого 2016 р.¹⁹, незважаючи на неоднозначні оцінки експертів щодо поширеного несанкціонованого застосування патентів, яке може призвести до істотних зловживань із порушеннями прав інтелектуальної власності. На подолання відмінностей у міжнародній та національній нормативно-правовій базі націлений і Законопроект «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення правової охорони винаходів і корисних моделей» № 7538 від 01 лютого.2018 р.²⁰, підготовлений Кабінетом Міністрів України (далі – КМУ), схвалений експертними висновками НАН України, НДІ інтелектуальної власності НАПрН, МОЗ України, ВООЗ, ПРООН, громадських та благодійних організацій України, не прийнятий 04 вересня 2018 р. Верховною Радою, який знаходиться на доопрацюванні, готував радикальні зміни, зокрема, ст. 6 Закону України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» № 3769-XII, 23 грудня 1993 р. (поточна редакція 05.12.2012 р., підстава 5460-VI, документ № 3687-XII)²¹, яка визначає об'єктами винаходу (корисної моделі), яким надається правова охорона, продукти, процеси, а також «нове застосування відомого продукту чи процесу». ТРІПС не містить такого важеля, як «нове застосування» для набуття патентоспроможності, наявність якого в українському законодавстві провокує ризик «вічнозеленого патентування» лікарських засобів, і хоча ТРІПС (ст. 27.3 (а))²² передбачається виключення діагностичних, терапевтичних та хірургічних методів лікування людини зі сфери патентування, то у чинному законодавстві України дане положення не міститься. Прогиставлено і строк дії патентів, які, згідно з п. 4 ст. 6 Закону України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» № 3769-XII від 23 грудня 1993 р. (поточна редакція 05.12.2012 р., підстава 5460-VI, документ № 3687-XII)²³, на винахід становить 20 років, причому строк захисту патенту України на винахід, саме лікарський засіб, подовжується на строк п'ять років додатково, що є довшим, ніж встановлено ТРІПС і законодавством ЄС.

Зважаючи на вищевикладене, необхідно вказати на правову причетність України до «Договору про патентну кооперацію (Patent Cooperation Treaty – РСТ) від 19 червня 1970 року», документ № 895_001 (набрання чинності для України міжнародного договору від 25.12.1991 р., поточна редакція 03.10.2001 р.)²⁴, який надає і переваги: тривалий термін на ухвалення рішення про перелік країн для патентування (від 20 від 31 місяця) й скорочення витрат (при переході на національну фазу в чотирьох і більше країнах); при цьому РСТ забезпечує єдину процедуру подання патентних заявок для захисту винаходів в кожній із договірних держав, де патентна заявка подана за процедурою РСТ, називається міжнародною заявкою, або заявкою РСТ, що, у свою чергу, не передбачає видачу «міжнародного патенту», оскільки такого не існує, і видача патенту є прерогативою кожного національного або регіонального органу влади. На практиці, на жаль, український винахідник не користується даною нагодою, що підтверджує відсутність взаємодії положень національних нормативно-правових документів («законодавчої інтеперабельності» – прим. автора), що дає можливість вправно діяти таким негативним факторам, як фальсифікація лікарських препаратів, яка залишається достатньо значною за оцінкою Українського національного комітету Міжнародної торгової палати (ІСС), патентний (брендовий) тролінг (товарних знаків і торгових марок, особливо у фармацевтичній галузі, де Митний реєстр прав інтелектуальної власності є основним об'єктом), паралельний (сірий) імпорт. Доцільною нами вбачається структура замкнутого циклу, де створення об'єкта інтелектуальної власності на лікарські засоби винахідником зумовлено державним замовленням відповідним спеціалізованим центральним виконавчим відомством із відповідним фінансуванням (за відповідною експертною оцінкою і аналізом ризиків та з'ясуванням їх появи) доклінічних випробувань, виробництва і реалізації інтелектуального лікпродукту та безпосередньою участю у отриманні результатів від його реалізації або у фіксованому відсотковому розмірі, або за згодою сторін, зважаючи на стратегічну важливість даного продукту для країни. Також, як окремий випадок, розглядається варіант, коли винахідник із власних міркувань, у рамках необхідності, що ідейно склалася, дій, узгоджених із відповідним відомством, самостійно доходить вимоги часу – появи того чи іншого інтелектуального лікпродукту. Об'єкт інтелектуальної власності, пройшовши етапи створення, випробувань, виготовлення та реалізації під тотальним опосередкованим контролем держави, як сопрововласника, знаходиться під жорстким наглядом і при структурному переході у стадію споживання із відповідним веденням досліджень та розподілом відповідальності, статистики для виявлення побічних дій вже існуючого лікпродукту щодо їх виключення, а також для обґрунтованого наступного державного замовлення на необхідний для зміцнення здоров'я нації та стратегічно значимого для країни об'єкт інтелектуальної власності на лікарські засоби.

Надзвичайність, присутня у запропонованій формі, є результатом аналізу реального становища справ у медичній галузі країни, сформованого на теренах положень медичної реформи, імплементованої, невдалої запровадженої моделі хаотичного безладу та повної втрати контролю із нівелюванням відповідальності учасників фармацевтичного ринку, як такої, взагалі. Запропоновані істотні зміни у національних законодав-

чих новелах, а саме: введення «безліцензійного» режиму для виняткових випадків; встановлення додаткових вимог до патентоспроможності винаходів, пов'язаних з лікарськими засобами, з метою запобігання видачі «вічнозелених патентів» (тобто нових патентів на винаходи, які не є інноваційними та містять лише незначні модифікації з незначним покращанням ефективності порівняно з існуючими патентами); вжиття заходів, у кожному конкретному випадку для забезпечення доступності інноваційних дороговартісних лікарських препаратів, застосовуючи у разі необхідності гнучкі механізми ТРПС; оптимізація процедури примусового ліцензування для винаходів, які стосуються фармакотерапії; скасування вимоги щодо перевірки патентів під час державної реєстрації лікарських засобів; обмеження, у суспільних інтересах, ексклюзивності даних (захисту даних клінічного випробування, які повинні бути подані до регуляторного органу для підтвердження безпеки та ефективності нового препарату); запровадження в законодавство України регуляторного «виключення Болар», згідно з яким треті сторони (а точніше, виробники генеричних препаратів) мають право подати заяву про державну реєстрацію генеричної версії до закінчення строку дії патенту на оригінальний препарат; це дозволить генеричному виробникові розпочати промисловий випуск одразу після закінчення строку дії патенту; введення принципів міжнародного вичерпання прав інтелектуальної власності стосовно лікарських засобів, а тим самим – заохочення паралельного (сірого) імпорту ліків²⁵; будуть зведені нанівець, як і вже прийнята постанова КМУ «Про виконання Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони» № 1106, від 25 жовтня 2017 р.²⁶, так і низка Законів України, зокрема, таких як Закон України «Про внесення змін і доповнень до деяких законодавчих актів України щодо охорони інтелектуальної власності» № 76/95-ВР від 28 лютого 1995 р. (поточна редакція 16.01.2016 р., підстава 848-VIII, документ № 76/95-ВР)²⁷; Закон України «Про авторське право та суміжні права» № 3793-XII від 23 грудня 1993 р. (поточна редакція 04.11.2018 р., підстава 2581-VIII, документ № 3792-XII)²⁸; Закон України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» № 3769-XII від 23 грудня 1993 р. (поточна редакція 05.12.2012 р., підстава 5460-VI, документ № 3687-XII)²⁹; Закон України «Про охорону прав на промислові зразки» № 3770-XII від 23 грудня 1993 р. (поточна редакція 05.12.2012 р., підстава 5460-VI, документ № 3688-XII)³⁰; Закон України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» № 3771-XII від 23 грудня 1993 р., поточна редакція 21.05.2015 р., підстава 317-VIII, документ № 3689-XII)³¹; Закон України «Про внесення змін та визнання такими, що втратили чинність, деяких законодавчих актів України», у зв'язку із прийняттям Цивільного кодексу України» № 997-V від 27 квітня 2007 р. (поточна редакція 07.03.2018 р., документ № 2269-VIII)³² та підзаконних актів; а головне, буде втрачено час, надважливий критерій збереження життя і здоров'я української нації.

Важко не погодитися з тим, що не варто скидати з рахунків другого, на наш погляд, за пріоритетом життєвої необхідності створення об'єктів інтелектуальної власності на лікарські засоби, затребуваного реаліями існування соціуму, чинника – конкурентоспроможності. Безперечно, щоб утриматися на гребені отриманих соціально-економічних і політичних досягнень та не залишитися позаду вирішення проблем глобалізаційних процесів, законодавство України системно вирішує питання, зокрема, щодо охорони винаходів, шляхом вилучення з переліку умов позитивного ефекту, як такого, що не відповідає ринковим економічним відносинам, за яких корисність того чи іншого винаходу визначається потребами ринку. Також, безумовно, як точно і ёмко було визначено видатним вченим, дослідником у сфері інтелектуальної економіки П.П. Крайневим у змістовній праці «Інтелектуальна економіка: управління промисловою власністю»³³, опублікованій ще у 2004 р.: «Для існування економіки і підприємницької діяльності необхідно поєднати три складові: капітал, силу і мудрість», прикладом чого є запропонована, як можливе згрупування – класифікація винаходів за їхньою значущістю у такий спосіб: на піонерні винаходи, тобто ті, що не мають прототипу; на винаходи, які поліпшують другорядні технічні характеристики прототипу; та на винаходи, які суттєво змінюють, або поліпшують основні технічні характеристики прототипу і є конкурентоспроможними на зовнішньому ринку³⁴, що прийнятна у будь-якій сфері інтелектуальної власності; втручання держави в оборот інтелектуальних продуктів і переважання владно-організаційних засад не зможуть успішно поєднуватися з ініціативою і самостійністю учасників ринку об'єктів інтелектуальної власності через відсутність комплексних досліджень з позицій цивільно-правового галузевого структурування інститутів інтелектуальної власності із застосуванням цивільно-правового механізму регулювання, що неминуче вимагає волевиявлення особистості, недоторканності власності, в тому числі інтелектуальної власності, свободи договору на основі рівності учасників, майнової незалежності і автономії волі, не дає можливість дати певну відповідь на поставлене запитання. Принципово новий правовий феномен інтелектуальної власності в нових економічних умовах, видозмінює основи традиційних юридичних конструкцій і підходів правового регулювання, але, на наш погляд, він не повинен їх скасовувати, тому багато проблем інтелектуальної власності належать до числа дискусійних, незважаючи на досить великий потенціал накопичених знань. Все вищенаведене вказує на необхідність розробки інноваційної моделі регламентації права інтелектуальної власності на лікарські засоби в системі національного цивільного права.

Обраний законодавцем принцип побудови системи кодифікації норм про інтелектуальну власність у складі цивільного кодексу порушує концепцію багаторівневої кодифікації цивільного законодавства, на наш погляд, негативно відбивається на його розвитку, тому обговорення питання про те, яким повинен бути закон про інтелектуальну власність на лікарські засоби триває і по теперішній час. Так, деякими теоретиками пропонується виділити в праві як його нової галузі право інтелектуальної власності та оцінити як сучасного,

особливо значущого, що вимагає уваги, вельми перспективного міжгалузевого правового інституту, де право інтелектуальної власності є *sui generis*, тобто, правом особливого роду, що знаходиться поза класичним розподілом цивільних прав на речові, зобов'язальні та особистісні. А чергова постанова КМУ «Про внесення змін до постанов Кабінету Міністрів України від 27 грудня 2001 р. № 1756 і від 23 грудня 2004 р. № 1716, 12.06.2019 р.»³⁵, із підвищенням розмірів зборів за дії, пов'язані з охороною прав на об'єкти інтелектуальної власності при незрівняній капіталомісткості й капіталоємності процесу (розробка принципово нового об'єкта інтелектуальної власності на лікарські засоби вимагає приблизно 800 млн дол. США) створення, виробництва та реалізації інтелектуального лікпродукту, зрозуміло, не сприятиме правовій упорядкованості та винахідницькій мотивації, хоча у даному урядовому рішенні закладалася правова підвалина, спрямована на удосконалення державної системи правової охорони інтелектуальної власності з метою посилення її впливу на інтенсифікацію науково-технічного та економічного розвитку держави.

Вказані процеси супроводжуються швидким розвитком законодавства у сфері інтелектуальної власності, що проявляється у перманентному процесі появи нових нормативно-правових актів в Україні, але при цьому права інтелектуальної власності розглядаються як суто технічне питання у міжнародних дебатах між правовласниками і урядами щодо питань підвищення цінової доступності лікарських засобів та поліпшення умов для генеричної конкуренції, особливо у країнах з низьким рівнем доходів населення та перехідною економікою³⁶.

Тому насамперед також варто зазначити той факт, що, на наш погляд, ключовим міжнародним документом для сфери інтелектуальної власності на лікарські засоби повинна бути Директива 2001/83/ЄС Європейського Парламенту та Ради Європи «Про звіт законів Співтовариства стосовно лікарських препаратів для людини»³⁷ від 06 листопада 2001 р. (поточна редакція 20.10.2011 р., OJ L276, р. 63 (2010/84/EU)), де одразу з п. 2 по п. 7 (включно) визначено, що «Основною метою будь-яких правил, що регулюють виробництво, розповсюдження та використання лікарських засобів, має бути захист здоров'я населення. Проте ця мета повинна бути досягнута засобами, які не перешкоджають розвитку фармацевтичної промисловості або торгівлі лікарськими засобами в межах Співтовариства. Торгівля лікарськими засобами в межах Співтовариства перешкоджає відмінності між окремими національними положеннями, зокрема, між положеннями, що стосуються лікарських засобів (за винятком речовин або комбінацій речовин, які є харчовими продуктами, кормами для тварин або туалетними засобами), і такі відмінності безпосередньо впливають на функціонування внутрішнього ринку. Відповідно, такі перешкоди необхідно усунути; оскільки це спричиняє наближення відповідних положень. Для того, щоб зменшити існуючі диспропорції, слід встановити правила контролю за лікарськими засобами, а також визначити обов'язки, покладені на компетентні органи держав-членів, з метою забезпечення відповідності правовим вимогам. Поняття шкідливості та терапевтичної ефективності можна досліджувати лише по відношенню один до одного і мати лише відносну значущість залежно від прогресу наукового знання та використання, для якого призначений лікарський засіб. Деталі та документи, які повинні супроводжувати заявку на ліцензування на лікарський засіб, демонструють, що терапевтична ефективність продукту переважає потенційні ризики»³⁸, що є соціальним камертоном і економічним калібром, який дає уявлення про рівень осмислення та обсяг відповідальності у використанні інтелектуальної власності на лікарські засоби щодо інноваційної компетенції, те, що на сьогодні віддзеркалює правова реальність міжнародного та національного законодавства.

¹ Конституція України/№ 254к/96-ВР від 28.06.1996 р. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141 (редакція 30.09.2016 р.). URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254k/96-вр>

² Цивільний кодекс України № 435-IV від 16.01.2003 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 40–44. Ст. 356 (редакція 02.08.2018 р.). URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15>

³ Про лікарські засоби : Закон України № 123/96-ВР, 04.04.1996 р. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 22. Ст. 86 (редакція 04.11.2018 р. (2519-VIII)). URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/123/96-вр>

⁴ Основи законодавства України про охорону здоров'я : Закон України № 2801-ХІІ від 19.11.1992 р. *Відомості Верховної Ради України*. 1993. № 4. Ст. 19 (редакція 10.06.2018 р.). URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2801-12>

⁵ Вішар Ю.Ю. Міжнародно-правові акти у сфері правової охорони інтелектуальної власності на лікарські засоби. *Часопис Київського університету права*. 2018. № 3. С. 215–221. URL: http://www.irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?I21DBN=LINK&P21DBN=UJRN&Z21ID=&S21REF=10&S21CNR=20&S21STN=1&S21FMT=ASP_meta&C21COM=S&S21P03=FILEA=&S21STR=Chkup_2015_1_49

⁶ Бошицький Ю.Л. Інтелектуальна власність в сучасній Україні – актуальні питання модернізації та правового регулювання. *Часопис Київського університету права*. 2013. № 1. С. 213–217. URL: http://www.irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?I21DBN=LINK&P21DBN=UJRN&Z21ID=&S21REF=10&S21CNR=20&S21STN=1&S21FMT=ASP_meta&C21COM=S&S21P03=FILEA=&S21STR=Chkup_2015_1_49

⁷ Клінічна фармація: підруч. для студ. вищ. навч. закл. / І.А. Зупанець, В.П. Черних, І.Г. Купновицька, С.Б. Попов, Н.П. Безугла та ін.; за ред. В.П. Черних та ін.; Нац. фармац. ун-т. Харків: Золоті сторінки: НФаУ, 2013. 910 с.: табл., іл. Бібліогр.: С. 906–910.

⁸ Directive 98/44/EC of the European Parliament and of the council on the legal protection of biotechnological inventions/ Document № 31998L0044, 06.07.1998. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A31998L0044>

⁹ DIRECTIVE 2001/83/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 6 November 2001 on the Community code relating to medicinal products for human use (OJ L 311, 28.11.2001, p. 67)/(2001L0083-EN-16.11.2012- 011.001-1)/2-7. URL: https://ec.europa.eu/health/sites/health/files/files/eudralex/vol-1/dir_2001_83_consol_2012/dir_2001_83_cons_2012_en.pdf

- ¹⁰ Webster's Third New International Dictionary. Camb. (Mass.). 1966. 1134 p.
- ¹¹ Конституція України/№ 254к/96-ВР від 28.06.1996 р. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141 (редакція 30.09.2016 р.). URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр>
- ¹² Римський Договір про заснування Європейської спільноти від 25.03.1957 р., документ № 994_017, чинний (поточна редакція від 01.01.2005 р.). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_017
- ¹³ Ніщський договір про внесення змін та доповнень до Договору про Європейський Союз, Договорів про заснування Європейських Співтовариств та деяких пов'язаних з ними актів (2001/C80/01)/ документ № 994_261, чинний (поточна редакція 26.02.2001 р.). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_261
- ¹⁴ Мережко О.О. Співвідношення міжнародного і національного права. *Юридичний журнал*. 2009. № 2. С. 12–15.
- ¹⁵ Справа № 28/67: Firma Molkerey, Recueil des arrêts de la C.I.J. (ou de la C.J.C.E.) ou des décisions du Conseil constitutionnel (France). 1968. P. 228.
- ¹⁶ Про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності: угода від 15.04.1994 р. (редакція 06.12.2005 р.). Ст. ст. 31, 66, 67. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/981_018
- ¹⁷ Про заснування Світової Організації Торівлі(COT): угода № 981-052 від 01.01.1995 р. (ратифікація 10.05.2008 р.). Членство України з 16.05.2008 р. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_342
- ¹⁸ Протокол про внесення змін до угоди ТРІПС (06.12.2005/981_054/981-VIII/03.02.2016). Ст. 31-біс. URL : https://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/981_054/paran2
- ¹⁹ Про прийняття Протоколу про внесення змін до Угоди ТРІПС: Закон України № 981-VIII від 03.02.2016 р. URL: <https://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/981-19>
- ²⁰ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення правової охорони винаходів і корисних моделей: проект Закону № 7538 від 01.02.2018 р. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=63398
- ²¹ Про охорону прав на винаходи і корисні моделі: Закон України № 3769-XII від 23.12.1993 р. (поточна редакція 05.12.2012 р., підстава 5460-VI, документ № 3687-XII). Ст. 6. URL: <https://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/3687-12>
- ²² Угода Про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності від 15.04.1994 р. (редакція 06.12.2005. Ст. 27.3(a). URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/981_018
- ²³ Про охорону прав на винаходи і корисні моделі: Закон України № 3769-XII від 23.12.1993 р. (поточна редакція 05.12.2012 р., підстава 5460-VI, документ № 3687-XII). П. 4 ст.6. URL: <https://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/3687-12>
- ²⁴ Договір про патентну кооперацію від 19 червня 1970 року № 895_001 (набрання чинності для України міжнародного договору від 25.12.1991 р.). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/895_001
- ²⁵ Снесірьов П. Інтелектуальна власність як рушійна сила фармацевтичної галузі. *Аптека*. 2017. 30 жовтня. URL: <https://www.apтека.ua/article/432161>
- ²⁶ Про виконання Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони: постанова КМУ № 1106 від 25.10.2017 р. URL: <https://www.kmu.gov.ua/ua/npras/pro-vikonannya-ugodi-pro-asociaciju-mizh-ukrayinoyu-z-odniyeyi-storonni-ta-yevropejskim-soyuzom-yevropejskim-spivtovaristvom-z-atomnoyi-energiyi-i-yihnimi-derzhavami-chlenami-z-inshoyi-storonni>
- ²⁷ Про внесення змін і доповнень до деяких законодавчих актів України щодо охорони інтелектуальної власності: Закон України № 76/95-ВР від 28.02.1995 р. (поточна редакція 16.01.2016 р., підстава 848-VIII, документ № 76/95-ВР). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/75/95-вр>
- ²⁸ Про авторське право та суміжні права: Закон України № 3793-XII від 23.12.1993 р. (поточна редакція від 04.11.2018 р., підстава 2581-VIII, документ № 3792-XII). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=3792-12>
- ²⁹ Про охорону прав на винаходи і корисні моделі: Закон України № 3769-XII від 23.12.1993 р. (поточна редакція 05.12.2012 р., підстава 5460-VI, документ № 3687-XII). URL: <https://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/3687-12>
- ³⁰ Про охорону прав на промислові зразки: Закон України № 3770-XII від 23.12.1993 р. (поточна редакція 05.12.2012 р., підстава 5460-VI, документ № 3688-XII). URL: <https://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/3688-12>
- ³¹ Про охорону прав на знаки для товарів і послуг: Закон України № 3771-XII від 23.12.1993 р. (поточна редакція 21.05.2015 р., підстава 317-VIII, документ № 3689-XII). URL: <https://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/3689-12>
- ³² Про внесення змін та визнання такими, що втратили чинність, деяких законодавчих актів України, у зв'язку із прийняттям Цивільного кодексу України: Закон України № 997-V від 27.04.2007 р. (поточна редакція 07.03.2018 р., документ № 2269-VIII). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/997-16>
- ³³ Крайнев П.П. Інтелектуальна економіка: управління промисловою власністю: монографія. Київ: Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре». 2004. С. 126.
- ³⁴ Там само. С. 170.
- ³⁵ Про внесення змін до постанов Кабінету Міністрів України від 27 грудня 2001 р. № 1756 і від 23 грудня 2004 р.: постанова КМУ № 1716 від 12.06.2019 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/496-2019-п>
- ³⁶ Каница Ю.М. Особливості гармонізації законодавства країн СНД із законодавством Європейського союзу у сфері інтелектуальної власності. *Право України*. 2011. № 3. С. 92–100.
- ³⁷ Directive 2001/83/ec of the European Parliament and of the council of 6 November 2001 on the Community code relating to medicinal products for human use (OJ L 311, 28.11.2001, p. 67)/(2001L0083- EN-16.11.2012-011.001-1)/2–7. URL: https://ec.europa.eu/health/sites/health/files/eudralex/vol-1/dir_2001_83_consol_2012/dir_2001_83_cons_2012_en.pdf
- ³⁸ Фармацевтична опіка: навч. посіб. для студ. вищ. навч. закл. і фармац. ф-тів вищ. мед. закл. IV рівня акредитації спец. Клін. фармація та інтернів-клінічних провізорів / авт.-уклад.: О.С. Хухліна, Є.П. Ткач, О.А. Подплетня, Т.Я. Чурсіна, Є.І. Шоріков та ін. 2-ге вид., допов. та випр. Вінниця: Нова кн., 2014. 519 с. : табл. Бібліогр.: С. 518–519.

Резюме

Вішар Ю.Ю. Про законодавчу інтеперабельність у цивільно-правовій охороні інтелектуальної власності на лікарські засоби.

У статті здійснено спробу аналізу національного законодавчого застосування можливостей цивільно-правової охорони інтелектуальної власності на лікарські засоби, фабули базової надважливої соціальної галузі – медицини, із врахуванням зако-

нодавчої імплементації, інтеграційних процесів в умовах комерціалізації та вказано на необхідність законодавчої інтероперабельності у медичному правовому просторі. Визначено погляд крізь призму правових проблем інтелектуальної власності на лікарські засоби в Україні на підставі європейського досвіду.

Ключові слова: інтелектуальна власність, лікарські засоби, фабула, цивільно-правова охорона, міжнародно-правові акти, надважливність, інтероперабельність, національне законодавство, патент, інтеграція.

Резюме

Вишар Ю.Ю. О законодательной интероперабельности в гражданско-правовой охране интеллектуальной собственности на лекарственные средства.

В статье предпринята попытка анализа национального законодательного применения возможностей гражданско-правовой охраны интеллектуальной собственности на лекарственные средства, фабулы базовой сверхважной социальной сферы – медицины, с учетом законодательной имплементации, интеграционных процессов в условиях коммерциализации, указано на необходимость законодательной интероперабельности в медицинском правовом пространстве. Определен взгляд через призму правовых проблем интеллектуальной собственности на лекарственные средства в Украине на основании европейского опыта.

Ключевые слова: интеллектуальная собственность, лекарственные средства, фабула, гражданско-правовая охрана, международно-правовые акты, сверхважность, интероперабельность, национальное законодательство, патент, интеграция.

Summary

Vishar Y. On legislative interoperability in civil law protection of intellectual property rights for medicinal products.

The article attempts to analyze the national legislative application of the possibilities of civil legal protection of intellectual property for medicines, the basics of the basic ultra-vital social sphere-medicine, taking into account legislative implementation, integration processes in the conditions of commercialization, and points to the need for legislative interoperability in the medical legal space. The view of the legal problems of intellectual property of medicinal products in Ukraine based on European experience is determined.

Key words: intellectual property, medicines, the basics, civil law protection, international legal acts, ultra-vital, interoperability, national legislation, patent, integration.

УДК 347.77

І.І. КУЗЬМИЧ

Ірина Іванівна Кузьмич, аспірант Київського університету права НАН України

ORCID: 0000-0001-5606-7165

ЩОДО ПРОПРІЄТАРНОЇ МЕНТАЛЬНОСТІ В ЗАКОНОТВОРЧОСТІ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОЇ ОХОРОНИ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ НА БІОТЕХНОЛОГІЇ

Закономірно, що біотехнологія, наука про створення й практичне застосування живих і неживих систем біологічного походження у технологічних процесах з метою промислової реалізації властивостей мікроорганізмів, культур клітин і субклітинних компонентів при виробництві продукції народного господарства та надання послуг у медицині й охороні здоров'я, вважається ключовою галуззю ХХІ століття.

Задіяна наукова міждисциплінарність (хімія, фізика, біологія, математика, кібернетика, механіка, біохімія, мікробіологія, молекулярна біологія, генетика, хімічна інженерія, клітинна біологія), природна необхідність (діяльність мікроорганізмів – псування продуктів, інфекційні хвороби людей і домашньої худоби), фактичне еволюціонування (емпіричний (доісторичний), етіологічний, біотехнічний та генотехнічний етапи), основа рішення глобальних сучасних проблем (забруднення навколишнього середовища, загроза екологічної та енергетичної кризи, виснаження запасів корисних копалин, джерел енергії, нестача продовольства, епідемії тощо), науково-технічний потенціал (хімічна технологія, машинобудування, екологія – біологічний цикл надорганізмового рівня, мікробіологія, мікологія – біологічні організми, молекулярна біологія, генетика – суборганізміві структури тощо), привабливо економічний та стабілізуючий соціально-політичний каркас – біотехнологія є пульсом життєдіяльності цивілізації, форвардом інноваційного розвитку, доцільністю використання інтелекту, фаворитом продуктивної комерціалізації.

Історичне коріння періодів дослідження сутності біологічної природи від 6000 років до н.е. (засоби і способи виготовлення хліба, пива та інших продуктів) до визнання Луї Пастером мікроорганізмів – індукторами біологічних процесів у 1868 р. при дослідженні причин порушення технологічних процесів на виробництвах на прохання уряду Франції, від запропонованого ще у 1917 р. угорським інженером Карлом Ереки для опису великомасштабного вирощування свиней з використанням для корму цукрових буряків термін «біотехнологія», до визначення наукового терміна «біотехнологія» у 1984 р. Європейської федерації біотехнологів, створеної у 1978 р., вказує на продиктовану часом необхідність формування самостійної ємної змістовної науки, не зважаючи на причетність її ознак до різноманітних за напрямками галузей¹.

Показово, що, історично в українському законодавстві нормативно-правова база правового регулювання відносин у сфері інтелектуальної власності формувалася в рамках цивільного законодавства, а саме: вперше термін «інтелектуальна власність» було вжито у Законі УРСР «Про власність» № 697-ХІІ від 07 лютого 1991 р.², зміни до якого було внесено в ІІ частину ст. 13 Законом України «Про внесення змін і доповнень до деяких законодавчих актів України щодо охорони інтелектуальної власності» № 76/95-ВР від 28 лютого 1995 р. (поточна редакція від 16.01.2016 р., підстава 848-VIII, документ № 76/95-ВР)³, у зв'язку із прийняттям Законів України «Про авторське право та суміжні права» № 3793-ХІІ від 23 грудня 1993 р. (поточна редакція від 04.11.2018 р., підстава 2581-VIII, документ № 3792-ХІІ)⁴, «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» № 3769-ХІІ від 23 грудня 1993 р. (поточна редакція від 05.12.2012 р., підстава 5460-VI, документ № 3687-ХІІ)⁵, «Про охорону прав на промислові зразки» № 3770-ХІІ від 23 грудня 1993 р. (поточна редакція від 05.12.2012 р., підстава 5460-VI, документ № 3688-ХІІ)⁶, «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» № 3771-ХІІ від 23 грудня 1993 р. (поточна редакція від 21.05.2015 р., підстава 317-VIII, документ № 3689-ХІІ)⁷, згідно з якими до переліку об'єктів права власності громадян України були віднесені твори науки, літератури та мистецтва, відкриття, винаходи, корисні моделі, промислові зразки, раціоналізаторські пропозиції, знаки товарів і послуг та інші результати інтелектуальної праці.

Слід зазначити, що Закон України «Про власність» втратив чинність у зв'язку із прийняттям Закону України «Про внесення змін та визнання такими, що втратили чинність, деяких законодавчих актів України, у зв'язку із прийняттям Цивільного кодексу України» № 997-V від 27 квітня 2007 р. (поточна редакція 07.03.2018 р., документ № 2269-VIII)⁸.

Відповідно, Основним Законом України, схваленою 01 грудня 1991 р. всенародним голосуванням та ухваленою і введеною в дію Верховною Радою (далі – ВР) України 28 червня 1996 р. (№ 2217а від 01.07.2015 р. про внесення змін до Конституції України (щодо децентралізації влади), поточна редакція від 21.02.2019 р., підстава 2680-VIII, документ № 254к/96-ВР)⁹, було встановлено форми власності (ст. ст. 13, 41, 142, 143 Конституції України), закріплено рівність всіх суб'єктів права власності та обов'язки власників (ст. ст. 1, 13 Конституції України), гарантії права власності та обов'язки власників (ст. ст. 13, 41 Конституції України), де ст. 41 Основного Закону вказує на право кожного володіти, користуватися, розпоряджатися своєю власністю, результатами своєї інтелектуальної, творчої діяльності, наділяючи кожного громадянина непорушним правом приватної власності та унеможливленням бути протиправно позбавленим права власності. Дана тріадова правомочність підтверджена у чинному Цивільному кодексу України від 16 січня 2003 р. № 435-IV (поточна редакція від 28 лютого 2019 р., діє з 31 березня 2019 р.)¹⁰, в якому інтелектуальній власності присвячена Книга IV «Право інтелектуальної власності»¹¹ – єдиний розділ про інтелектуальну власність за принципом багаторівневої системи кодифікації його норм, в тому числі, Глава 42 «Право інтелектуальної власності на сорт рослин, породи тварин».

Втім, перехід України до ринкових відносин оголив соціально-економічну сутність інтелектуальної власності, яка стала предметом переплетення інтересів різних учасників – не тільки держави, державних і муніципальних унітарних підприємств, а й громадян, комерційних і некомерційних юридичних осіб, іноземних інвесторів. На зміну державно-планового режиму використання результатів інтелектуальної діяльності, в основі чого лежав пріоритет владних повноважень держави, прийшла ера договірного порядку, заснованого на нормах цивільного права, про що свідчить перелічений вище склад Законів України, адаптивно трансформований під міжнародно-правові акти.

Нині закладений дієвий правовий механізм регулювання відносин, об'єктом яких є результати наукової, науково-технічної, літературної діяльності, твори мистецтва, архітектури і т.п., із низкою відповідних національних нормативно-правових актів, (у тому числі: Закони України «Про охорону прав на зазначення походження товарів», «Про охорону прав на топографії інтегральних мікросхем», «Про захист від недобросовісної конкуренції», «Про рекламу», «Про інформаційні агентства», «Про архітектурну діяльність», «Про видавничу справу» та ін.)¹², де тільки два Закони України «Про охорону прав на сорти рослин» № 3117-ХІІ від 21 квітня 1993 р. (поточна редакція 04.10.2018 р., підстава 2530-VIII, документ № 3116-ХІІ)¹³, «Про племінну справу у тваринництві» № 3773-ХІІ від 23 грудня 1993 р. (поточна редакція від 01.01.2016 р., підстава 867-VIII, документ № 3691-ХІІ)¹⁴ та постанова Кабінету Міністрів України «Про державну систему депонування штамів мікроорганізмів» № 705 від 12 жовтня 1994 р. (поточна редакція 12.10.1994 р., документ № 705-94-п)¹⁵ прямо вказують на правову причетність до біотехнологій. Слід зазначити, що біотехнології – це не тільки сорти рослин та породи тварин за вищевказаним переліком та визначенням, біотехнології – це і антибіотики, гормони, інтерферони та інтерлейкіни, фактори зсідання крові, особливо фактор VIII і фактор IX, необхідні для терапії форми гемофілії, моноклональні антитіла, рекомбінантні вакцини і вакцини – антигени, ферменти медичного призначення. Примітно, що використання у біотехнологіях живої речовини, особливо «біологічного матеріалу» людського походження (особливо генів) та, як результату інноваційного розвитку біотехнологій – біороботів із штучним інтелектом, – і на сьогодні є предметом дискусій з етичних міркувань у державах – членах Європейського Союзу – правового сателіту України, особливо у питаннях законодавства щодо цивільно-правової охорони інтелектуальної власності на біотехнології.

Загальновідомими є й норми у сфері інтелектуальної власності, що, в основному, відповідають нормам міжнародних договорів, в тому числі, таких, як: «Конвенція про заснування Всесвітньої організації інтелектуальної власності» № 995_a88 від 14 липня 1967 р., змінена 02 жовтня 1979 р. (поточна редакція 14.07.1967 р., № 995_169)¹⁶, «Будапештський договір про міжнародне визнання лепонування мікроорганізмів»

мів із метою патентної процедури» № 995_a92 від 28 квітня 1977 р. (приєднання, підстава Закон України № 474/96-ВР від 01.11.1996 р., чинний № 995_039)¹⁷, «Міжнародна конвенція з охорони нових сортів рослин» № 995_c79 від 02 грудня 1961 р. (переглянута у м. Женева 10.11.1961 р., 23.10.1978 р., 19.03.1991 р., приєднання, підстава Закон України № 209/95-ВР від 02.06.1995 р., (поточна редакція 02.08.2006 р., підстава 60-V, документ № 995_856)¹⁸, «Ніщцька угода про Міжнародну класифікацію товарів і послуг для реєстрації знаків» № 995_b03 від 15 червня 1957 р. (переглянута в Стокгольмі 14.07.1967 р., в Женеві 13.05.1977 р., змінена 28.09.1979 р., приєднання (підстава Закон України № 1762-14, 01.06.2000 р., підстава № 1762-III, документ № 995_066)¹⁹, «Угода про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності» № 981_054 від 15.04.1994 р. (поточна редакція 06.12.2005 р., документ № 981_018)²⁰, Directive 98/44/EC of the European Parliament and of the council on the legal protection of biotechnological inventions/ Document № 31998-L0044 від 06 липня 1998 р. (OJL 213, 30.7.1998. P. 13–21 (ES, DA, DE, EL, EN, FR, IT, NL, PT, FI, SV))²¹, «Угода Про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами – членами, з іншої сторони» № 984_011 від 27.06.2014 р. (приєднання, підстава Закон України № 1678-VII від 16.09.2014 р.)²², що є правовими аргументами для гармонізації європейського законодавчого досвіду із цільовими важелями національного законотворчого регулювання.

Слід підкреслити глибоке своєчасне переосмислення ролі інтелектуальної власності, використання якої вимагає створення сучасної концепції детальної стратегії кожної, окремо взятої, країни, що відповідає її конкретним умовам із виділенням необхідних ресурсів на досягнення реальних результатів щодо практичних кроків з реалізації даної стратегії, обґрунтоване та викладене на підставі правової доктрини у змістовній статті «Сучасна концепція стратегії інтелектуальної власності: загальні питання теорії, методології та практики» вчених Ю.Л. Бошицького і Міхала Швантнера²³.

Придільна увага теоретичним розробкам механізму захисту прав інтелектуальної власності такими вченими, як О.В. Безух, В.А. Дозорцев, В.С. Дроб'язко, В.О. Жаров, А.О. Козинець, В.М. Коссак, О.В. Кохановська, О.М. Мельник, Н.М. Мироненко, О.П. Орлюк, О.А. Підопригора, О.П. Сергєєв, О.І. Харитоновна, Г.Ф. Шершеневич, Р.Б. Шишка; проблематиці адміністративно-правової охорони інтелектуальної власності – предмету досліджень О.М. Головкової, І. Г. Запорожця, Н.О. Можаровської, Л.Т. Комзюк, Г.В. Корчового та інших; питанням кримінально-правової охорони інтелектуальної власності, дослідженням П.С. Берзіна та А.С. Нерсесяна; – доводить наявність принципового етапу консолідуючої основи необхідності правового забезпечення недоторканності й непорушності захисту прав інтелектуальної власності у державі, із застосуванням заходів примусового характеру, спрямованих на відновлення цих прав²⁴.

Розробляються методики оцінки об'єктів інтелектуальної власності для того, щоб надати їм товарно-грошового характеру з метою залучення їх до світового ринку товарів, робіт і послуг. Окремі норми, що стосуються оцінки об'єктів інтелектуальної власності, містяться у Законі України «Про оцінку майна, майнових прав і професійну оціночну діяльність в Україні», з останньою редакцією від 16 січня 2016 р., який набрав чинності у 2002 р.²⁵ й визначив правові засади здійснення оцінки майна, майнових прав та державного і громадського регулювання професійної оціночної діяльності в Україні із створенням системи незалежної оцінки майна з метою захисту законних інтересів держави та інших суб'єктів правовідносин.

Належним чином розроблений профільний проект постанови КМУ «Про затвердження критеріїв оцінки ризиків від провадження господарської діяльності з культивування рослин, включених до таблиці I переліку наркотичних засобів, психотропних речовин прекурсорів», затвердженої постановою КМУ від 06 травня 2000 р. за № 770²⁶, з чинною редакцією 23 травня 2018 р., яку опубліковано 03 вересня 2018 р. на офіційному сайті Державної служби України з лікарських засобів, для приведення у відповідність постанови КМУ від 10 вересня 2008 р. за № 843 «Про затвердження критерію: за яким оцінюється ступінь ризику від провадження діяльності у сфері охорони здоров'я для безпеки життя і здоров'я населення» з чинною редакцією від 25 лютого 2016 р., та визначається періодичність здійснення планових заходів державного нагляду (контролю), залежно від ступеня ризику діяльності ліцензіата, для забезпечення плановості та прозорості заходів державного нагляду (контролю)²⁷, де при ефективному використанні інструментів імплементації вбачається чітка наявність виконання вимог Європейської спільноти.

Пошук шляхів більш інтенсивного використання результатів інтелектуальної праці триває, і рішення цих проблем зведено в ранг державної політики, особливо, якщо напрям інтелектуальної власності є стратегічним для країни, насамперед, яким і є – біотехнології. Зрозуміло, що результати інтелектуальної творчості у вигляді відкриттів, винаходів біотехнологічної сфери потребують особливого підходу від юридичної опіки. Відповідно, те, що об'єктами біотехнології є віруси, бактерії, гриби, клітини (тканини) рослин, тварин і людини, деякі біогенні та функціонально подібні до них речовини (наприклад, ферменти, простагландини, нуклеїнової кислоти та ін.), які залежно від призначення та методів, що використовуються, розрізняють такі розділи біотехнології, як: мікробна технологія, клітинна інженерія, генна (молекулярна) інженерія, геномна (хромосомна) інженерія, ембріональна інженерія, інженерна ензимологія²⁸, – підтверджує виражену законодавчу специфічність цивільно-правової охорони інтелектуальної власності на біотехнології.

На неоднорідність та унікальність біотехнологій вказують дослідницькі роботи вітчизняних і зарубіжних науковців деяких аспектів проблематики економічного та правового забезпечення розвитку біотехнологій. Зокрема, це: Дж. Бартон, К. Ведовелло, Б. Карлсон, Л. Крачок, Р. Креспі, П. Респор, О. Слободян,

Т. Швед, К. Фрімен, М. Холм, С. Якобсон, а також роботи стосовно співвідношення регулювання прав інтелектуальної власності та охорони громадського здоров'я І. Демченка, Є. Грекова, О. Кашинцевої, В. Муравйова, А. Олефіра, Д. Чибісова тощо²⁹. З'ясовано основні категорії правового регулювання сфери біотехнологій в Україні, їх статус, економічні та правові недоліки системи нормативного регулювання на національному та міжнародному рівні, із звуженим врахуванням етимології біотехнології, як оманливості у правовій векторності³⁰.

Дотримуючись очевидної законодавчої та дослідницької поступовості, дійшовши висновку про неоднозначність біомедтехнологічної природи, неможливо погодитись із думкою використання об'єктів інтелектуальної власності на біотехнології із застосуванням у різноманітному законодавчому колі Законів України³¹, стосовно системи джерел правового регулювання відносин, пов'язаних з охороною і використанням об'єктів інтелектуальної власності в Україні. Такий підхід, ймовірно, фінішує остаточним поглинанням безладної розрізненості національних нормативно-правових актів у даній сфері сутності захисту та охорони прав щодо об'єктів інтелектуальної власності на біотехнології.

Завдяки своїй здатності, що відтворює біотехнології інтелектуальним капіталом за своєю природою, в якому інтелектуальна власність і біотехнології є взаємодоповнюючими поняттями – унікальними за сутністю, унікальними у вже створеному феномені, який потребує уважного вивчення готових процесів взаємодії біологічних агентів, біоповаги, біоетики, мають незмінну життєздатність не тільки за часів існування людської раси, як у живому породженні буття, біотехнології – інтелектуальний продукт різних форм існування, де ознаки присутності біотехнологій прямо пропорційні ознакам присутності інтелекту, навіть, штучного (AI – artificial intelligence).

Зазначено, що біовинахідники прагнуть розвитку науково-технічного прогресу, але й прибутки також хвилюють піонерів ринку, де біотехнології мають потужну привабливу комерційну суть. Йозеф Шумпетер, засновник еволюційної економічної теорії, вже поставив діагноз успішного підприємництва на основі своєї новаторської роботи: кожен інноваційний підприємець спочатку є монополістом, що дає йому вирішальну конкурентну перевагу³². Ця логіка відповідає патентному праву, що дає винахіднику виключне використання свого винаходу протягом обмеженого періоду часу і надає громадськості доступ до нового технічного досягнення. Внаслідок зростання знань у галузі генної інженерії, біотехнології, мікробіології та біомедицини за останні 25 років принципи патентного права, розроблені для технічної сфери, і боротьба з «мертвою» речовиною все частіше передаються біологічному сектору. Рішення Американського Верховного Суду від 1980 р. розглядається як імпульс цього розвитку. У ньому було вперше встановлено патентоспроможність генетично модифікованої бактерії, що споживає нафту. З тих пір у світі запатентовані численні рослини, сорти рослин, організми і навіть тварини, і ця тенденція зростає.

Так, у сучасному визначенні біотехнології, де промислове використання біологічних процесів і агентів застосовується для одержання високоєфективних форм мікроорганізмів, культур клітин і тканин рослин та тварин із заданими властивостями, в наявності слова Дж. Б.С. Холдейна, який передбачав розквіт біотехнології ще у 1929 році. Він говорив: «Навіщо брати на себе труд виготовлення хімічних сполук, якщо мікроб може зробити це за нас?»³³

За допомогою біотехнологій виникла можливість: точно діагностувати, своєчасно проводити профілактику та лікування інфекційних і генетичних захворювань, створювати мікроорганізми, що продукують різні хімічні сполуки, антибіотики, полімери, амінокислоти, ферменти, створювати породи сільськогосподарських та інших тварин із поліпшеними спадковими властивостями, значно збільшувати врожайність сільськогосподарських культур шляхом створювання рослин, стійких до шкідників, грибкових та вірусних інфекцій і шкідливого впливу навколишнього середовища, перероблювати викиди, що забруднюють навколишнє середовище, тому новітню біотехнологію можна визначити як науку про генно-інженерні та клітинні методи й технології створення і використання генетично трансформованих біологічних об'єктів для інтенсифікації виробництва або одержання нових продуктів різного призначення³⁴.

На нашу думку, специфіка визначення ознак біотехнологій, унікально сформована природа, як об'єкт інтелектуальної власності, залучає нові поняття, характерні для сукупності соціально-психологічних і техно-економічних настанов та передумов правового власницького, закритого типу, симбіозу державно-приватної власності, тобто, «пропрієтарної ментальності» у законотворчості цивільно-правової охорони інтелектуальної власності. Складність у трансформації, трансінформації та трансгенності клітин – основи біотехнологій, їх гетерогенність за своєю теоретичною основою, вирішення різноманітних глобальних проблем, перетворює поняття «інтелектуальна власність на біотехнології» у виключне, наділяючи особливим правовим статусом, що потребує законодавчого уособлення та жорсткого державного контролю, враховуючи стратегічну цінність даного інтелектуального продукту для перспектив соціально-економічного розвитку країни, вимагає профільного спеціалізованого законодавства.

Проте динамічна хронологія біотехнологічних винаходів та гостра потреба у інноваціях, яка базується на інтегрованому застосуванні, із модифікаційною мінливістю, спонукають до подальших законотворчих кроків, де прозоро висвітлені правові пріоритети. Так, у підготовленому Кабінетом Міністрів України і не прийнятому Верховною Радою України 04 вересня 2018 р. проєкті Закону «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення правової охорони винаходів і корисних моделей» № 7538 від 01 лютого 2018 р.³⁵ (включено до порядку денного № 2351-VIII від 20.03.2018 р.) було запропоновано внести зміни у ст. 460 Цивільного кодексу України (Відомості Верховної Ради України. 2003. № 40–44.

Ст. 356): у частині другій слова «продукт (пристрій, речовина тощо) або процес» замінити словом «пристрій»; частину третю виключити; у Законі України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» (Відомості Верховної Ради України. 2000. № 37. Ст. 307; 2001. № 8. Ст. 37, № 16. Ст. 114; 2002. № 35. Ст. 256; 2003. № 30. Ст. 247; № 35. Ст. 271; 2009. № 36–37. Ст. 513; 2014. № 2–3. Ст. 41): визначення терміна «біологічний матеріал» вживати у значенні – матеріал, що містить генетичну інформацію та може самовідтворюватися чи бути відтвореним у біологічній системі.

Завершальним законодавчим акордом даного Проекту є відміна правової охорони на сорти рослин і породи тварин та біологічні в своїй основі процеси відтворення рослин та тварин, що не належать до небіологічних та мікробіологічних процесів, а також продукту такого процесу; процеси клонування людей; процеси змінювання через зародкову лінію генетичної ідентичності людей; використання людських ембріонів для промислових або комерційних цілей; процеси змінювання генетичної ідентичності тварин, які можуть спричинити їх страждання без будь-якої суттєвої медичної користі для людей чи тварин, а також тварин, виведених унаслідок такого процесу тощо.

Даний Законопроект, де за мету було взято «узгодження положень чинного законодавства України у сфері інтелектуальної власності з директивами та регламентами ЄС, імплементація відповідних положень Угоди про асоціацію в частині правової охорони винаходів та корисних моделей»³⁶, як зазначено у Пояснювальній записці від 16.04.2019 р. до даного Проекту, не є просто неприйнятним, – Законопроект, отримав схвальні експертні висновки НАН України, НДІ інтелектуальної власності НАПрН, МОЗ України, ВООЗ, ПРООН, громадських та благодійних організацій України, і знаходиться на доопрацюванні, що віддзеркалює, по суті, сьогоденні реалії досягнень української цивілістики із невтішними невизначеними перспективами для цивільно-правової охорони інтелектуальної власності на біотехнології.

¹ Юлевич О.І., Ковтун С.І., Гиль М.І. Біотехнологія : навч. посіб.; за ред. М.І. Гиль. Миколаїв : МДАУ, 2012. 476 с.

² Про власність: Закон УРСР № 697-ХІІ від 07.02.1991 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/697-12>

³ Про внесення змін і доповнень до деяких законодавчих актів України щодо охорони інтелектуальної власності: Закон України № 76/95-ВР від 28.02.1995 р. (поточна редакція 16.01.2016 р., підстава 848-VIII, документ № 76/95-ВР). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/75/95-вр>

⁴ Про авторське право та суміжні права: Закон України № 3793-ХІІ від 23.12.1993 р. (поточна редакція 04.11.2018 р., підстава 2581-VIII, документ № 3792-ХІІ). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=3792-12>

⁵ Про охорону прав на винаходи і корисні моделі : Закон України № 3769-ХІІ від 23.12.1993 р. (поточна редакція 05.12.2012 р., підстава 5460-VI, документ № 3687-ХІІ). URL: <https://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/3687-12>

⁶ Про охорону прав на промислові зразки : Закон України № 3770-ХІІ від 23.12.1993 р. (поточна редакція 05.12.2012 р., підстава 5460-VI, документ № 3688-ХІІ). URL: <https://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/3688-12>

⁷ Про охорону прав на знаки для товарів і послуг : Закон України № 3771-ХІІ від 23.12.1993 р., (поточна редакція 21.05.2015 р., підстава 317-VIII, документ № 3689-ХІІ). URL: <https://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/3689-12>

⁸ Про внесення змін та визнання такими, що втратили чинність, деяких законодавчих актів України, у зв'язку із прийняттям Цивільного кодексу України: Закон України № 997-V від 27.04.2007 р. (поточна редакція 07.03.2018 р., документ № 2269-VIII). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/997-16>

⁹ Конституція України від 28.06.1996 р. (№ 2217а від 01.07.2015 р. про внесення змін до Конституції України (щодо децентралізації влади), поточна редакція 21.02.2019 р., підстава 2680-VIII, документ № 254к/96-ВР). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр>

¹⁰ Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. № 435-IV (поточна редакція 28.02.2019 р., діє з 31.03.2019 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15>

¹¹ Там само.

¹² Державне підприємство Український інститут інтелектуальної власності. Відділення патентно-інформаційних послуг, консультацій та сприяння інноваційній діяльності. Нормативно-правова база. URL: <http://iii.ua/uk/normativno-pravova-baza>

¹³ Про охорону прав на сорти рослин: Закон України № 3117-ХІІ від 21.04.1993 р. (поточна редакція 04.10.2018 р., підстава 2530-VIII, документ № 3116-ХІІ). URL: <https://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/3116-12>

¹⁴ Про племінну справу у тваринництві : Закон України № 3773-ХІІ від 23.12.1993 р. (поточна редакція 01.01.2016 р., підстава 867-VIII, документ № 3691-ХІІ). URL: <https://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/3691-12>

¹⁵ Про державну систему депонування штамів мікроорганізмів: постанова КМУ № 705 від 12.10.1994 р. (поточна редакція 12.10.1994 р., документ № 705-94-п). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=705%2D94%2D%EF&p=1113302200186125>

¹⁶ Конвенція про заснування Всесвітньої організації інтелектуальної власності» № 995_a88 від 14.07.1967 р., змінено 02.10.1979 р. (поточна редакція 14.07.1967 р., № 995_169). URL: https://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_169

¹⁷ Будапештський договір про міжнародне визнання депонування мікроорганізмів з метою патентної процедури № 995_a92 від 28.04.1977р. (приєднання, підстава Закон України № 474/96-ВР від 01.11.1996 р. Чинний. № 995_039). URL: https://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_039

¹⁸ Міжнародна конвенція з охорони нових сортів рослин/№ 995_c79 від 02.12.1961 р. (переглянуто у м. Женева 10.11.1961, 23.10.1978 р., 19.03.1991 р., приєднання, Закон України № 209/95-ВР від 02.06.1995 р., (поточна редакція 02.08.2006 р., підстава 60-V, документ № 995_856). URL: https://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_856

¹⁹ Ніщяка угода про Міжнародну класифікацію товарів і послуг для реєстрації знаків № 995_b03 від 15.06.1957 р. (переглянуто в Стокгольмі 14.07.1967 р., в Женеві 13.05.1977 р., змінена 28.09.1979 р., приєднання, підстава Закон України № 1762-14 від 01.06.2000 р., (підстава № 1762-III, документ № 995_066). URL: https://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_066

²⁰ Угода про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності № 981_054 від 15.04.1994 р. (поточна редакція 06.12.2005 р., документ № 981_018). URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/981_018

²¹ Directive 98/44/EC of the European Parliament and of the council on the legal protection of biotechnological inventions/ Document № 31998L0044, 06.07.1998. (OJL 213, 30.7.1998, p. 13–21 (ES, DA, DE, EL, EN, FR, IT, NL, PT, FI, SV)). URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A31998L0044>

²² Угода Про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами – членами, з іншої сторони № 984_011 від 27.06.2014 р. (приєднання, підстава Закон України № 1678-VII від 16.09.2014 р.). URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011

²³ Бошицький Ю.Л., Швантнер М. Сучасна концепція стратегії інтелектуальної власності : загальні питання теорії, методології та практики. *Часопис Київського університету права*. 2015. № 1. С. 195–200. URL: http://www.irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?I21DBN=LINK&P21DBN=UJRN&Z21ID=&S21REF=10&S21CNR=20&S21STN=1&S21FMT=ASP_meta&C21COM=S&S21P03=FILA=&S21STR=Chkup_2015_1_49

²⁴ Павленко Т.А. Особливості захисту права інтелектуальної власності в сучасній Україні. *Наше право*. 2014. № 10. С. 147–152. URL: http://www.irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?C21COM=F&I21DBN=UJRN&P21DBN=UJRN5

²⁵ Про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність в Україні: Закон України № 2658-III / Відомості ВРУ (ВВР). 2001. № 47. Ст. 251 (редакція 16.01.2016 р.). URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2658-14>

²⁶ Про затвердження критеріїв оцінки ризиків від провадження господарської діяльності з культивування рослин, включених до таблиці I переліку наркотичних засобів, психотропних речовин прекурсорів, затвердженої Постановою КМУ № 770. 06.05.2000: проект постанови КМУ (редакція 23.05.2018 р.). URL: <https://www.apteka.ua/article/102420>

²⁷ Про затвердження критерію, за яким оцінюється ступінь ризику від провадження діяльності у сфері охорони здоров'я для безпеки життя і здоров'я населення та визначається періодичність здійснення планових заходів державного нагляду (контролю): постанова КМУ № 843 від 10.09.2008 р. (редакція 25.02.2016 р.). URL: <https://www.apteka.ua/article/103229>

²⁸ Юлевич О.І., Ковтун С.І., Гиль М.І. Вказана праця.

²⁹ Олефір А.О. До проблеми правової охорони біотехнологій. *Теорія і практика інтелектуальної власності* : наук.-практ. журн. / Н.-д. ін-т інтелектуальної власності Нац. акад. прав. наук України. Київ, 2015. № 1. С. 71–83. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Triv_2015_1_10

³⁰ Кузьмич І.І. Міжнародно-правові акти у сфері правової охорони інтелектуальної власності на біотехнології. *Часопис Київського університету права*. 2018. № 2. С. 219–226. URL: http://www.irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?I21DBN=LINK&P21DBN=UJRN&Z21ID=&S21REF=10&S21CNR=20&S21STN=1&S21FMT=ASP_meta&C21COM=S&S21P03=FILA=&S21STR=Chkup_2015_1_49

³¹ Глуценко Н.В. До питання об'єктів та суб'єктів інтелектуальної власності у сфері медицини і біотехнологій. *Науковий вісник Херсонського державного університету*. Серія «Юридичні науки». 2017. № 3. Т. 1. С. 182–185. URL: http://www.lj.kher-son.ua/2017/pravo03/part_1/41.pdf

³² Schumpeter J. Theorie der wirtschaftlichen Entwicklung. Leipzig, 1911.

³³ Chakrabarty-Urteil des US-Supreme Court. 1980. Patentierbar ist alles unter der Sonne, was von Menschenhand gemacht ist.

³⁴ Юлевич О. І., Ковтун С. І., Гиль М. І. Вказана праця.

³⁵ Проект Закону «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення правової охорони винаходів і корисних моделей» № 7538 від 01.02.2018 р. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=6339

³⁶ Пояснювальна записка до Проекту Закону Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення правової охорони винаходів і корисних моделей/№ 7538. 01.02.2018р. від 16.04.2019р. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=6339

Резюме

Кузьмич І.І. Щодо пропрітарної ментальності в законотворчості цивільно-правової охорони інтелектуальної власності на біотехнології.

У рамках статті розглянуто інтегрований законодавчий підхід до питань витоків та створення інтелектуальної сутності біотехнологій для системи заходів і способів цивільно-правової охорони, встановлених та законодавчо закріплених державою. Привернуто увагу до необхідності вдоскоплення біопатентування, враховуючи унікальність біомедтехінтелектуального продукту. Визначено використання імплементаційної обов'язковості вітчизняного законодавства у Проекті Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення правової охорони винаходів і корисних моделей».

Ключові слова: інтелектуальна власність, біомедтехнології, цивільно-правова охорона, міжнародно-правові акти, унікальність, пропрітарна ментальність, імплементація.

Резюме

Кузьмич И.И. Об проприетарной ментальности в законотворчестве гражданско-правовой охраны интеллектуальной собственности на биотехнологии.

В рамках статьи рассмотрены интегрированный законодательный подход к вопросам истоков и создание интеллектуальной сути биотехнологий для системы мер и способов гражданско-правовой охраны, установленных и законодательно закреплённых государством. Привлечено внимание к необходимости обособленности биопатентирования, учитывая уникальность биомедтехинтеллектуального продукта. Определено использование имплементационной обязательности отечественного законодательства в Проекте Закона Украины «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Украины по совершенствованию правовой охраны изобретений и полезных моделей».

Ключевые слова: интеллектуальная собственность, биомедтехнологии, гражданско-правовая охрана, международно-правовые акты, уникальность, проприетарная ментальность, имплементация.

Summary

Kuzmich I. On proprietary mentality in the lawmaking of civil law protection of intellectual property in biotechnology.

The article deals with the integrated legislative approach to the issues of leakage and the creation of the intellectual essence of biotechnology for the system of measures and methods of civil legal protection established and legally established by the state. Attention is drawn to the need for improvement of biopatenting, taking into account the uniqueness of biomedtechintellectual product.

tion is drawn to the need for the isolation of bio-patenting, taking into account the uniqueness of the biomedicine-intellectual product. The use of implementing mandatory national legislation in the Draft Law of Ukraine "On Amendments to Certain Legislative Acts of Ukraine on Improving the Legal Protection of Inventions and Utility Models" was determined.

Key words: intellectual property, biomedical technologies, civil law protection, international legal acts, uniqueness, proprietary mentality, implementation.

УДК 347.78

К.С. ПОТУРАЙ

*Катерина Сергіївна Потурай, аспірант Інституту
ту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України*

ВИКОРИСТАННЯ ОБ'ЄКТІВ ПРАВА ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ НА УМОВАХ ЛІЦЕНЗІЙ CREATIVE COMMONS У СКЛАДІ ТВОРІВ КІНЕМАТОГРАФІЇ

На сьогоднішній день питання використання об'єктів права інтелектуальної власності на умовах вільних публічних ліцензій недостатньо досліджено, при цьому воно достатньо актуальне в умовах розвитку інформаційного суспільства і значного використання об'єктів авторського права в мережі інтернет.

Варто почати з того, що одним із найбільш економічно привабливих і поширених на практиці способів реалізації майнових прав на об'єкти інтелектуальної власності є передача цих прав на підставі ліцензійного договору¹.

Відповідно до ч. 1 ст. 1109 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) ліцензійний договір – угода, за якою одна сторона (ліцензіар) надає другій стороні (ліцензіату) дозвіл на використання об'єкта права інтелектуальної власності (ліцензію) на умовах, визначених за взаємною згодою сторін. Сторонами даного договору виступають: ліцензіар – правовласник і ліцензіат – особа, яка набуває право на використання об'єкта інтелектуальної власності, якими можуть виступати як фізичні та і юридичні особи.

Частини 3 ст. 1109 ЦК України визначає істотні умови ліцензійного договору:

- 1) предмет договору, який визначається видом ліцензії;
- 2) права, що надаються за договором, та способи використання об'єкта інтелектуальної власності (вважається, що права на використання об'єкта права інтелектуальної власності та способи його використання, які не визначені у ліцензійному договорі, вважаються такими, що не надані ліцензіату);
- 3) територія, на якій ліцензіат має право використовувати об'єкт інтелектуальної власності (у разі відсутності в ліцензійному договорі умови про територію, на яку поширюються надані права на використання об'єкта права інтелектуальної власності, дія ліцензії поширюється на територію України);
- 4) строк, на який надаються права за договором;
- 5) розмір, порядок і строки виплати винагороди за використання об'єкта права інтелектуальної власності;
- 6) інші умови, які сторони вважають за доцільне включити в договір.

У контексті розгляду ліцензій все більшої актуальності набувають Creative Commons, що, в свою чергу, викликало необхідність аналізу даного виду ліцензій в умовах законодавства України.

Creative Commons (далі – СС) являє собою вільні публічні ліцензії.

Чинне законодавство України не містить поняття «вільної публічної ліцензії», однак Міністерство економічного розвитку і торгівлі України у своїх Рекомендаціях щодо застосування вільних публічних ліцензій на використання об'єктів авторського права і суміжних прав вказує, що вільна публічна ліцензія – загальнодоступний договір приєднання, що надає особі, яка приєдналася до такого договору, безоплатний дозвіл на використання об'єкта авторського права та (або) суміжних прав певними способами на умовах, визначених ліцензією².

Натомість варто зазначити, що Цивільний кодекс Російської Федерації містить ст. 1286.1 яка визначає поняття відкритої ліцензії на використання творів науки, літератури, мистецтва³, що за своєю правовою природою є аналогом вільних публічних ліцензій.

Відповідно до умов та правил цієї публічної ліцензії, ліцензіар надає користувачеві дійсну на території всього світу, безкоштовну, без права видавати субліцензії, не ексклюзивну, безвідкличну ліцензію на здійснення ліцензованих прав що стосуються ліцензійного матеріалу шляхом:

- 1) відтворення і поширення ліцензійного матеріалу, як в цілому, так і його частини;
- 2) створення, відтворення і поширення адаптованого матеріалу.

Відповідно до умов ліцензії СС «адаптований (модифікований) матеріал» означає матеріал, який є похідним від, або заснований на ліцензованих матеріалах, і в якому ліцензовані матеріали перекладено, упорядковано, перероблено або іншим чином змінено. Щоб уникнути непорозумінь, коли вихідний твір є музич-

ним твором (фонограмою), синхронізація даного твору в часовому відношенні з рухомих зображенням («синхронізація») буде вважатися адаптацією в контексті цієї ліцензії.

Стаття 634 ЦК України⁴ передбачає можливість використання договору приєднання у цивільних правовідносинах.

Вільні публічні ліцензії передбачають приєднання до них шляхом вчинення певних дій (зокрема відтворення, модифікації, розповсюдження творів), які виражають волю особи встановити правовідносини, тобто приєднатися до умов вільної публічної ліцензії.

У даному контексті постає питання відповідності форми, у якій укладається СС, чинному законодавству України.

Частина 1 ст. 32 Закону України «Про авторське право і суміжні права»⁵ (далі – Закон) встановлює, що автору та іншій особі, яка має авторське право, належить виключне право надавати іншим особам дозвіл на використання твору будь-яким одним або всіма відомими способами на підставі авторського договору. Використання твору будь-якою особою допускається виключно на основі авторського договору, за винятком випадків, передбачених ст. ст. 21–25 Закону.

Відповідно до ч. 1 ст. 639 ЦК України договір може бути укладений в будь-якій формі, якщо вимоги щодо форми договору не встановлені законом.

Стаття 33 Закону встановлює вимоги до договорів на право використання творів. Зокрема, ця стаття містить вимогу про те, що договори про передачу прав на використання творів укладаються в письмовій формі.

Частина 2 ст. 1107 ЦК України передбачає, що договір щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності укладається в письмовій формі.

Відповідно до ст. 207 ЦК України угода вважається вчиненою у письмовій формі, якщо її зміст зафіксований в одному або кількох документах, у листах, телеграмах, якими обмінялися сторони.

Угода визнається укладеною в письмовій формі, якщо воля сторін виражена за допомогою телетайпного, електронного або іншого технічного засобу зв'язку.

Договір про передачу прав на використання творів вважається укладеним, якщо між сторонами досягнуто згоди з усіх істотних умов (строку дії договору, способу використання твору, території, на яку поширюється передане право, розміру і порядку виплати авторської винагороди, а також інших умов, за якими на вимогу однієї зі сторін слід дати згоду).

За своєю суттю користувач приєднується до публічної ліцензії шляхом відтворення, адаптації, поширення творів із зазначенням авторства відповідно до умов ліцензії СС. Досить спірним є і волевиявлення сторін електронними засобами зв'язку в такій формі, а саме в частині виконання договору шляхом позначення авторства твору і посилання на відповідну ліцензію. У такому випадку ліцензійний договір СС може бути оскаржений у зв'язку з недотриманням форми договору.

При цьому необхідно зазначити, що проект Закону «Про авторське право і суміжні права» № 10143 від 12 березня 2019 р. у ч. 2 ст. 1107 визначає, що договір щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності укладається у письмовій (електронній) формі, за винятком випадків, визначених законом про авторське право і суміжні права, таким чином окремо виділяючи електронну форму укладення ліцензійного договору⁶. Але на сьогоднішній день чинне законодавство визначає поняття електронного договору тільки у Законі України «Про електронну комерцію»⁷, дія якого не поширюється на правочини, якщо однією зі сторін є фізична особа, яка не зареєстрована як фізична особа-підприємець, тому постає питання: у разі прийняття положень законопроекту нормами якого закону керуватися при встановленні дійсності правочину, укладеного з фізичною особою чи між фізичними особами.

При аналізі змісту СС варто зауважити, що не точно сформульовано поняття ліцензування права відповідно до умов ліцензії СС, а саме: ліцензії СС встановлюють ліцензійні права, як права, надані на умовах і правилах публічної ліцензії, що обмежуються авторським і подібними правами, які поширюються на використання ліцензійного матеріалу, і на які ліцензіар має право надавати ліцензію. Незрозуміло, що мається на увазі під «подібними правами». Можливо, це суміжні права на виконання і фонограму, однак ліцензією цього чітко не визначено. Тому виникає питання про передачу всіх прав: як авторських, так і суміжних, відповідно до умов СС.

До того ж, варто зауважити, що СС за своєю природою є безоплатними ліцензіями. Як зазначалось вище, розмір, порядок і строки оплати за використання об'єкта авторського права є істотною умовою ліцензійного договору. Так, В.О. Бажанов вказує на те, що у ч. 1 ст. 1109 ЦК України не йдеться про оплатний характер ліцензійного договору. Проте проаналізувавши ч. 3 ст. 1109 ЦК України, можна зробити висновок, що ліцензійний договір не може бути безоплатним. У даному договорі сторони обов'язково повинні домовитись стосовно розміру, порядку і строків оплати за використання об'єкта авторського права. Отже, сторони можуть на власний розсуд врегулювати питання виплати авторської винагороди за використання об'єкта авторського права. Проте при визначенні розміру авторської винагороди ліцензіар та ліцензіат обов'язково повинні враховувати положення постанови КМУ від 18 січня 2003 р. «Про затвердження мінімальних ставок винагороди (роялті) за використання об'єктів авторського права і суміжних прав»⁸. Таким чином, постає питання законності укладення СС в рамках чинного законодавства України на безоплатній основі.

Зауважимо, що існує шість видів публічних ліцензій СС:

– **Attribution (cc by) Ліцензія «Із зазначенням авторства»**. Дана ліцензія дозволяє користувачеві поширювати, редагувати, копіювати, відтворювати і брати твір за основу для похідних, в тому числі на

комерційній основі із зазначенням авторства. Це найзручніша з усіх пропонованих ліцензій. Рекомендується для максимального поширення і використання ліцензійних матеріалів.

– **Attribution Share Alike (cc by-sa) Ліцензія «Розповсюдження на тих же умовах – Копілефт»** Ліцензія дозволяє іншим поширювати, редагувати, копіювати, відтворювати і брати твір автора за основу для похідних, в тому числі в комерційних цілях до тих пір, поки вони вказують авторство і ліцензують свої нові твори на тих же умовах. Ця ліцензія часто порівнюється з «копілефт». Усі нові твори, засновані на даному творі, повинні ліцензуватися на тих же умовах, на яких ліцензується даний твір, тобто будь-які похідні також дозволяється використовувати в комерційних цілях.

– **Attribution No Derivatives (cc by-nd) Ліцензія «Із зазначенням авторства – Без похідних».** Ця ліцензія дозволяє користувачам поширення, в тому числі комерційне, використання твору, дає право користувачу копіювати твір за умови, що він передається незмінним і зберігає свою цілісність, а також за умови вказівки авторства. Користувач не може змінювати, трансформувати або брати за основу твір, який розміщений на умовах даної ліцензії.

– **Attribution Non-Commercial (cc by-nc) Ліцензія «Із зазначенням авторства – Некомерційна».** Дана ліцензія дозволяє користувачам переробляти, змінювати і брати твір за основу для похідних в некомерційних цілях. Хоча нові твори повинні розміщуватися із зазначенням авторства та поширюватися на некомерційній основі, ліцензування похідних на тих же умовах не обов'язково.

– **Attribution Non-Commercial Share Alike (cc by-nc-sa) Ліцензія «Із зазначенням авторства – Некомерційна – Копілефт».** Дана ліцензія дозволяє редагувати, змінювати і брати твір за основу для похідних в некомерційних цілях за умови, що вони вказують авторство і ліцензують свої нові твори на тих же умовах.

– **Attribution Non-Commercial No Derivatives (cc by-nc-nd) Ліцензія «Із зазначенням авторства – Некомерційна – Без похідних».** Дана ліцензія – найбільш жорстка з шести основних ліцензій, що дозволяє іншим тільки завантаження творів і обмін ними з іншими авторами за умови, що вказується авторство, однак твори не можна змінювати будь-яким чином або використовувати їх у комерційних цілях⁹.

Виходячи з вищезазначеного в цілях діяльності суб'єктів виробників фільму, можливим вбачається використання тільки комерційних ліцензій, і тільки на умовах першої ліцензії, а саме: *Creative Commons Attribution 4.0 (cc by) (Ліцензія «Із зазначенням авторства»)*, але з відповідними застереженнями.

Зауважимо, що умови публічних ліцензій досить вузько визначають обсяг прав, способи використання прав, які надає правовласник. Так, чітко не визначена можливість включення того чи іншого об'єкта права інтелектуальної власності до складу твору кінематографії, зокрема здійснення скорочення, накладення, суміщення з візуальним рядом аудіовізуального твору, в тому числі використання на основі TV-прав («TV Rights»), VOD-прав тощо. Необхідно враховувати, що права на використання твору і способи його використання, прямо не обумовлені в договорі, вважаються не переданими (ст. 1109 ЦК України).

Права на патенти і торгові марки не ліцензуються відповідно до даної публічної ліцензії також.

Тому є ймовірність того, що прав, передбачених СС, не завжди достатньо для створення виробниками фільмів нового аудіовізуального твору з використанням об'єктів авторського права на умовах СС.

СС не передбачає гарантій ліцензіара та його відповідальність. Так, ліцензії СС містять відмову від гарантій ліцензіара і обмеження відповідальності, що передбачає відсутність будь-яких гарантій на використання матеріалу. Ліцензіар не несе будь-якої відповідальності перед ліцензіатом за використаний матеріал. Тому використання об'єктів авторського права на умовах СС не виключає, що правовласник на законних підставах не володіє всіма необхідними правами на дані об'єкти, і що передаються, відповідно до СС ліцензії, права вільні від зобов'язань перед третіми особами, що використання об'єктів права інтелектуальної власності не спричинить порушення прав третіх осіб, і що виробник фільму може користуватися наданими по СС ліцензії правами без отримання будь-яких дозволів від третіх осіб і без здійснення будь-яких виплат на користь третіх осіб.

Creative Commons, наскільки це можливо, не буде нести ніякої відповідальності за збитки, що виникли у зв'язку з використанням матеріалів.

По суті, вільна ліцензія не гарантує повну свободу поширення творів під цією ліцензією. Поширення може бути обмежена через те, що твір включає авторські та/або суміжні права третіх осіб, права яких не передані ліцензіарові.

Ліцензії Creative Commons не містять умов про вибір застосовного права певної країни, тому не зрозуміло, законодавство такої сторони має бути застосовано до відповідної ліцензії СС, а саме: законодавство країни ліцензіара або ліцензіата, або ж країни використання твору. Як наслідок, у разі виникнення спору, що впливає з розглянутих ліцензій, зіткнемося з труднощами і неоднозначністю у визначенні законодавства, яке застосовується.

Також відсутній механізм припинення дії ліцензії. У ліцензіях СС передбачено тільки те, що права користувача, які надаються згідно з відповідною ліцензією, будуть припинені автоматично в разі будь-якого порушення користувачем умов такої ліцензії.

Тобто, в разі порушення користувачем умов його ліцензії припиняється, а у випадку незаконного розміщення автором на умовах ліцензії об'єктів права інтелектуальної власності порядку припинення немає.

Водночас вважаємо, що існування та використання вільних публічних ліцензій при здійсненні передачі прав на об'єкти права інтелектуальної власності мають місце в Україні. На нашу думку, варто в Законі України «Про авторське право та суміжні права» закріпити поняття вільних публічних ліцензій, в які увійдуть

також Creative Commons, встановивши, що такі ліцензії є безоплатними та укладаються а електронній формі між будь-якими особами. Впровадження та існування таких ліцензій позитивно вплине на український кінематограф, оскільки на сьогодні існує необхідність у значній кількості авторів здійснити передачу прав на об'єкт права інтелектуальної власності на умовах публічної ліцензії, з метою популяризації їхньої творчої діяльності без комерційної складової.

¹ Коваль І.Ф. Комерціалізація прав інтелектуальної власності: навч. посіб. Київ: Юрінком Інтер, 2018. 272 с. С. 81.

² Міністерство економічного розвитку і торгівлі України. Рекомендації щодо застосування вільних публічних ліцензій на використання об'єктів авторського права і суміжних прав. URL: <http://www.me.gov.ua/Documents/Print?lang=uk-UA&id=805c49ed-9f0d-4cb2-b7c4-8befb54c8b6f>

³ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть четвертая) от 18.12.2006 г. № 230-ФЗ (ред. от 23.05.2018). URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_64629/e0c0d28fc67b7998751c3a7f98f6be9dfb789911/

⁴ Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15>

⁵ Про авторське право і суміжні права: Закон України від 23.12.1993 р. № 3792-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3792-12>

⁶ Проект Закону про авторське право і суміжні права від 12.03.2019 р. № 10143. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=65661

⁷ Про електронну комерцію: Закон України від 03.09.2015 р. № 675-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/675-19>

⁸ Бажанов В.О. Загальна характеристика ліцензійного договору. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/evpe_2013_11_21

⁹ О лицензиях. URL: <https://creativecommons.org/licenses/?lang=ru>

Резюме

Потурай К.С. Використання об'єктів права інтелектуальної власності на умовах ліцензій Creative Commons у складі творів кінематографії.

У статті розкривається проблематика існування вільних публічних ліцензій в умовах чинного законодавства України на прикладі Creative Commons. Аналізується можливість використання об'єктів права інтелектуальної власності у складі творів кінематографії на умовах Creative Commons. Акцентується увага на необхідності законодавчого врегулювання поняття вільних публічних ліцензій в умовах розвитку інформаційного простору.

Ключові слова: вільні публічні ліцензії, Creative Commons, твір кінематографії, об'єкт права інтелектуальної власності.

Резюме

Потурай К.С. Использование объектов права интеллектуальной собственности на условиях лицензий Creative Commons в составе произведений кинематографии.

В статье раскрывается проблематика существования свободных публичных лицензий в условиях действующего законодательства Украины на примере Creative Commons. Анализируется возможность использования объектов права интеллектуальной собственности в составе произведений кинематографии на условиях Creative Commons. Акцентируется внимание на необходимости законодательного урегулирования понятие свободных публичных лицензий в условиях развития информационного пространства.

Ключевые слова: свободные публичные лицензии, Creative Commons, произведение кинематографии, объект права интеллектуальной собственности.

Summary

Poturai K. Use of objects of intellectual property law under the terms of Creative Commons licenses as a part of cinematographic products.

The article reveals the problems of the existence of free public licenses under the current legislation of Ukraine in the context of Creative Commons. The author analyzes the possibility of using objects of intellectual property law in the composition of cinematographic products under the terms of Creative Commons. The emphasis is placed on the need for a legislative regulation of the definition of free public licenses in the context of the development of the information space.

Key words: free public licenses, Creative Commons, product of cinematography, objects of intellectual property law.

І.А. СТРОЙКО

Ірина Анатоліївна Стройко, аспірант Київського університету права НАН України

НОВЕЛИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ КОЛЕКТИВНОГО УПРАВЛІННЯ МАЙНОВИМИ ПРАВАМИ ПРАВОВЛАСНИКІВ У СФЕРІ СУМІЖНИХ ПРАВ В УКРАЇНІ

1 липня 2019 р. набирають чинності положення Закону України «Про ефективне управління майновими правами правовласників у сфері авторського права і (або) суміжних прав» від 15 травня 2018 р. № 2415-VIII в частині функціонування електронної системи реєстрації та обліку у сфері авторських і суміжних прав.

Відповідно до частини другої ст. 4 зазначеного Закону, Міністерство економічного розвитку і торгівлі України (далі – Мінекономрозвитку) мало би затвердити порядок функціонування електронної системи реєстрації та обліку у сфері авторського права і суміжних прав та авторизації електронних майданчиків. Станом на сьогоднішній день це поки що не реалізовано. Ухвалення відповідного рішення і забезпечення функціонування електронної системи відчутно спростить процеси реєстрації та обліку у сфері авторського права і суміжних прав, полегшить користування відповідними реєстрами і сприятиме більшій прозорості та ефективності державного регулювання у цій важливій сфері.

Ще 20 вересня 2017 р. Кабінет Міністрів України схвалив Концепцію розвитку електронного урядування в Україні до 2020 року. Як зазначають автори Концепції, подальший стрімкий розвиток можливий лише за умови застосування революційних підходів та найбільш перспективних технологій в адмініструванні, зокрема технології блокчейн¹.

Це відповідає європейським тенденціям розвитку урядування. Так, згідно з повідомленням від Комісії до Європейського парламенту, Ради, Європейського Соціально-економічного комітету і Комітету регіонів Європейського Союзу «План дій «Електронний уряд 2016–2020». Прискорення цифрової трансформації уряду», цифрові публічні послуги зменшують адміністративне навантаження на бізнес-структури і громадян, забезпечуючи більш швидку, ефективну й прозору взаємодію з органами державної влади, з одного боку, і передбачаючи менший розмір плати за такі послуги, з іншого².

Інші положення Закону України «Про ефективне управління майновими правами правовласників у сфері авторського права і (або) суміжних прав» (крім норм про функціонування електронної системи реєстрації та обліку у сфері авторських і суміжних прав) вступили у силу 22 липня 2018 року.

Потрібно зауважити, що, згідно зі ст. 45 Закону України «Про авторське право і суміжні права» від 23 грудня 1993 р. № 3792-XII (у редакції Закону України від 11 липня 2001 р. № 2627-III), суб'єкти авторського права і суміжних прав можуть управляти своїми правами:

- 1) особисто;
- 2) через свого повіреного;
- 3) через організацію колективного управління.

При цьому Закон України «Про ефективне управління майновими правами правовласників у сфері авторського права і (або) суміжних прав» кардинальним чином змінює підходи до управління правами суб'єкти авторського права і суміжних прав суб'єктів авторського права і суміжних прав, запроваджуючи поняття «розширене колективне управління» і «обов'язкове колективне управління». Розширене та обов'язкове колективне управління здійснюється стосовно майнових прав усіх правовласників за відповідною категорією прав у сферах, щодо яких акредитовано організацію колективного управління, у тому числі тих, що не укладали договір про управління об'єктами авторського права і (або) суміжних прав з акредитованою організацією, незалежно від обраного такими правовласниками способу управління належними їм правами.

Закон надає наступне визначення терміну «розширене колективне управління». Це – колективне управління майновими правами на об'єкти авторського права і (або) суміжних прав незалежно від їх наявності в каталозі організації колективного управління (крім випадків, коли відповідні права вилучені правовласником з колективного управління в порядку, встановленому Законом), у визначених Законом сферах, що здійснюється акредитованими Установою організаціями у визначених цим Законом сферах.

Згідно з п. 5 ст. 12 Закону, розширене колективне управління об'єктами авторського права і (або) суміжних прав здійснюється виключно в таких сферах:

- 1) публічне виконання музичних недраматичних творів з текстом і без тексту, включно з тими творами, що включені до складу аудіовізуальних творів;
- 2) публічне сповіщення музичних недраматичних творів з текстом і без тексту, включно з тими творами, що включені до складу аудіовізуальних творів, крім кабельної ретрансляції;

3) право на справедливу винагороду, спільну для виконавців та виробників фонограм (відеограм), за публічне виконання фонограм і зафіксованих у них виконань чи публічну демонстрацію відеограм і зафіксованих у них виконань, опублікованих для використання з комерційною метою;

4) право на справедливу винагороду, спільну для виконавців та виробників фонограм (відеограм), за публічне сповіщення фонограм і зафіксованих у них виконань, відеограм і зафіксованих у них виконань, опублікованих для використання з комерційною метою, крім кабельної ретрансляції.

Закон прямо встановлює, що перелік сфер колективного управління, за якими здійснюється розширене колективне управління, є вичерпним.

Таким чином, у сфері регулювання суміжних прав розширене колективне управління стосується таких об'єктів, як фонограми, відеограми і зафіксовані у них виконання.

Кафе, ресторани і інші заклади так званого сегменту «HoReCa» («Hotel, Restaurant, Café/Catering»), у яких публічно виконуються музичні твори та/або програвються записи виконань музичних творів, повинні обов'язково укласти договори з визначеними Мінекономрозвитку організаціями розширеного колективного управління.

Аналогічний обов'язок щодо укладення договорів з організаціями розширеного колективного управління покладено на радіостанції, які публічно сповіщають фонограми і зафіксовані у них виконання.

Стосовно телекомпаній потрібно звернути увагу на визначення термінів «фонограма» і «відеограма» за чинним Законом України «Про авторське право і суміжні права». Звуки та відповідно зображення у формі записів, що входять до аудіовізуального твору, прямо виключаються з понять «фонограма» і «відеограма». Отже, наразі телеорганізації не мають обов'язку укладати договори з організаціями розширеного колективного управління щодо публічного сповіщення фонограм і зафіксованих у них виконань, відеограм і зафіксованих у них виконань. При цьому телевізійні мовники зобов'язані підписувати з організаціями розширеного колективного управління договори стосовно публічного сповіщення об'єктів авторського права – недраматичних творів з текстом і без тексту, включно з тими творами, що включені до складу аудіовізуальних творів. У Законі окремо зазначається, що розширене колективне управління щодо музичних творів не стосується кабельної ретрансляції.

Під обов'язковим колективним управлінням Закон розуміє колективне управління майновими правами на об'єкти авторського права і (або) суміжних прав незалежно від їх наявності в каталозі організації колективного управління, що здійснюється акредитованими установою організаціями у визначених Законом сферах.

Обов'язкове колективне управління об'єктами авторського права і (або) суміжних прав здійснюється виключно у таких сферах:

- 1) право слідування щодо творів образотворчого мистецтва;
- 2) репрографічне відтворення творів та їх частин (уривків);
- 3) відтворення в домашніх умовах і в особистих цілях творів, виконань, зафіксованих у фонограмах, відеограмах, їх примірниках, а також аудіовізуальних творів та їх примірників;
- 4) кабельна ретрансляція об'єктів авторського права і (або) суміжних прав, крім прав організацій мовлення щодо їхніх власних програм (передач) мовлення.

Відповідно до п. 6 ст. 12 Закону, обов'язкове колективне управління не передбачає вилучення правовласником, повністю або частково, належних йому майнових прав з управління акредитованою організацією. Це – новела правового регулювання, що вводиться Законом України «Про ефективне управління майновими правами правовласників у сфері авторського права і (або) суміжних прав». Раніше правовласник міг у будь-який момент за власним бажанням заявити про вилучення належних йому прав з управління певної організації колективного управління, що свого часу спричинило значну розрізненість каталогів організацій колективного управління і, відповідно, велику кількість таких організацій. Зовсім нещодавно на теренах України було зареєстровано і діяло 19 організацій колективного управління. Така значна кількість спричиняла незручності як користувачам, від яких кожна окремо взята організація колективного управління вимагала сплати повної суми мінімальних ставок винагороди (роялті), передбачених постановами Кабінету Міністрів України від 18 січня 2003 р. № № 71 і 72, так і правовласникам, яким важко було розібратися, кому саме доручити управління своїми правами і від кого вимагати сплати належної їм винагороди.

Тим не менше, наявність конкуренції завжди має позитивний вплив на розвиток і функціонування будь-якого ринку. Тому наразі важко спрогнозувати, які наслідки буде мати зменшення кількості організацій колективного управління в Україні і фундаментальна зміна правил гри між організаціями колективного управління і правовласниками, з одного боку, і організаціями колективного управління і користувачами об'єктів авторського права і суміжних прав, з іншого. Можна констатувати, що у майбутньому організації колективного управління, утворені в Україні, зіштовхнуться з конкуренцією з боку зарубіжних організацій.

Так, ще 26 лютого 2014 р. Європейський парламент і Рада Європейського Союзу прийняли Директиву 2014/26/EU «Про колективне управління авторським правом і суміжними правами і мультитериторіальне ліцензування прав на музичні твори для онлайнового використання на внутрішньому ринку»³. Як зазначається у цьому документі, організації мовлення зазвичай використовують ліцензії, що надаються локальними організаціями колективного управління для організації мовлення своїх власних програм, які включають музичні твори. Вказані ліцензії досить часто обмежуються лише мовленням у традиційних телевізійних системах: ефірних, кабельних мережах і через супутник. Ліцензія на Інтернет-права щодо музичних творів зна-

добитися для того, щоб дозволити поширення онлайн програм організацій мовлення. З метою полегшення ліцензування Інтернет-прав на музичні твори для одночасної трансляції і трансляції із затримкою у мережі Інтернет запроваджується механізм мультитериторіального ліцензування онлайнних прав через організації колективного управління, що діють на території кількох країн Європейського Союзу.

Як ми зазначали вище, п. 6 ст. 12 Закону України «Про ефективне управління майновими правами правовласників у сфері авторського права і (або) суміжних прав» встановлює обов'язкове колективне управління щодо кабельної ретрансляції об'єктів авторського права і (або) суміжних прав. При цьому Закон прямо виключає такий об'єкт суміжних прав, як програму (передачу) організації мовлення зі сфери обов'язкового колективного управління. Таким чином, телерадіоорганізації на власний розсуд здійснюють управління правами на власні програми (передачі) особисто, через повіреного тощо.

Статтю 1 Закону України «Про авторське і суміжні права» було доповнено визначенням терміна «кабельна ретрансляція», відповідно до якого це – прийом і одночасна передача телерадіоорганізаціями, провайдерами програмної послуги та іншими особами незалежно від використаних технічних засобів повних і незмінних передач (програм) організацій мовлення або їх істотних частин, а також творів, виконань, фонограм, відеограм, зокрема таких, що містяться в таких передачах (програмах) організацій мовлення, за умови, що початкова трансляція такої передачі (програми) здійснена організацією мовлення, яка не підпадає під юрисдикцію України відповідно до закону або міжнародного договору, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України. Із вказаного визначення терміна можна зробити однозначний висновок про те, що кабельна ретрансляція стосується виключно творів, виконань, фонограм і відеограм, що містяться у програмах зарубіжних мовників. Вітчизняні телерадіоорганізації прямо виключені з цього визначення. Відповідно, обов'язкове колективне управління не поширюється на кабельну ретрансляцію об'єктів авторського права і (або) суміжних прав, що містяться у програмах (передачах) організацій мовлення, які зареєстровані і діють на території України.

Також постає законодавче питання, чи стосується кабельна ретрансляція прийому і одночасної передачі об'єктів авторського права і (або) суміжних прав у мережах IPTV, OTT, через супутник тощо чи виключно поширення через кабельні мережі. Відповідь на поставлене питання не є однозначною, оскільки, незважаючи на те, що у самому визначенні використовується фраза «незалежно від використаних технічних засобів», вказане словосполучення може стосуватися будь-яких використаних технічних засобів під час ретрансляції через кабель (наприклад, аналоговий чи цифровий кабель; наземний, підземний чи підводний кабель; провідниковий, оптоволоконний чи інший кабель). Це може спричинити певні труднощі при подальшому правозастосуванні і стати підставою для спорів між організаціями колективного управління, правовласниками і користувачами, у тому числі у судовому порядку.

Законом передбачено, що 22 квітня 2019 р. втрачають чинність свідоцтва про облік організацій колективного управління і про визначення організацій колективного управління уповноваженими, які були видані до 22 липня 2018 року. У сферах, щодо яких Законом встановлено здійснення розширеного та обов'язкового колективного управління, свідоцтва втрачають чинність з оголошення Мінекономрозвитку дати закінчення прийому заяв на участь у конкурсі на акредитацію у певному напрямі.

На сьогоднішній день Мінекономрозвитку зареєструвало дві організації колективного управління за новою процедурою, визначеною у Законі України «Про ефективне управління майновими правами правовласників у сфері авторського права і (або) суміжних прав». Це – Громадська спілка «Українська ліга авторських та суміжних прав» та Спілка об'єднань громадян «Асоціація з управління аудіовізуальними правами «АРМА-Україна»⁴.

Зареєстровані організації колективного управління, що мають намір збирати роялті у сферах обов'язкового і розширеного колективного управління, уповноважені здійснювати таку діяльність виключно після акредитації за результатами проведення відкритого конкурсу.

Частина перша ст. 5 Закону України «Про ефективне управління майновими правами правовласників у сфері авторського права і (або) суміжних прав» передбачає, що організація колективного управління є неприбутковою організацією, утворюється в організаційно-правовій формі громадського об'єднання (громадська організація або громадська спілка) зі статусом юридичної особи, єдиним видом діяльності якої є виконання завдань і функцій, визначених ст. 12 Закону. Також встановлено, що засновниками організації колективного управління можуть бути виключно правовласники. Згадані вимоги Закону спричиняють необхідність реорганізації Державної організації «Українське агентство з авторських та суміжних прав» (далі – ДО УААСП), що має завершитися через 14 місяців з дня набрання чинності Законом, тобто до 22 вересня 2019 року.

Закон України «Про ефективне управління майновими правами правовласників у сфері авторського права і (або) суміжних прав» поклав на Національну раду України з питань телебачення і радіомовлення (далі – Національна рада) невластиву раніше їй функцію нагляду за дотриманням телерадіоорганізаціями вимог щодо надання звітної інформації (звітів) про використання об'єктів авторського права і (або) суміжних прав, а саме: музичних творів, аудіовізуальних творів, фонограм (відеограм) та зафіксованих у них виконань, у телерадіоэфірі телерадіоорганізацій.

12 квітня 2019 р. на офіційному веб-сайті Національної ради було розміщено відскановану копію листа від Мінекономрозвитку зі зверненням до телерадіоорганізацій щодо подачі до 26 квітня 2019 р. інформації про публічне сповіщення в їхніх ефірах об'єктів авторського права і суміжних прав за 2018 рік⁵. Згадана інформація була потрібна Мінекономрозвитку для визначення репрезентативності організацій колективного

управління у зв'язку з початком відкритого конкурсу для визначення акредитованих організацій колективного управління.

Закон покладає обов'язок на телерадіоорганізації подавати Мінекономрозвитку щороку, до 31 березня, звіт за попередній (звітний) рік діяльності про використання об'єктів авторського права і (або) суміжних прав.

Відповідно до частини другої ст. 4 Закону України «Про ефективне управління майновими правами правовласників у сфері авторського права і (або) суміжних прав», Мінекономрозвитку повинно затвердити форму звіту телерадіоорганізацій про використання об'єктів авторського права і (або) суміжних прав в ефірі телерадіоорганізації. Така форма звіту була затверджена Наказом Мінекономрозвитку від 17 квітня 2019 р. № 647, причому реєстрація наказу в Міністерстві юстиції України мала місце лише 15 травня 2019 року. Відповідно, телерадіоорганізації не мали змоги надати звіт Мінекономрозвитку ні до 31 березня 2019 р., як це передбачено Законом ні до 26 квітня 2019 р., як просив Мінекономрозвитку у своєму листі. Деякі дослідники ставлять під сумнів легітимність проведення конкурсу для визначення акредитованих організацій колективного управління у цьому зв'язку.

Слід зазначити, що Закон України «Про ефективне управління майновими правами правовласників у сфері авторського права і (або) суміжних прав» приділяє увагу забезпеченню прозорості діяльності організацій колективного управління, передбачивши відповідну ст. 10. Закон також містить ст. 11, присвячену питанню оприлюднення щорічного звіту про діяльність організації колективного управління на веб-сайті такої організації у строк не пізніше ніж до 1 квітня року, що настає за звітним. Закріплення таких норм у Законі є позитивним кроком, спрямованим на справедливе розподілення зібраної винагороди правовласникам. Проте щорічний звіт організації колективного управління містить узагальнену інформацію про доходи від прав, зібрані організацією, з розподілом за категоріями прав і сферами використання прав, про використання таких доходів (розподіл правовласникам, перерахування іншим організаціям колективного управління, використання на інші цілі), а також відносини з іншими організаціями колективного управління, у тому числі з іноземними організаціями.

На противагу, ст. 18 «Прозорість і звітність» Директиви 2014/26/EU «Про колективне управління авторським правом і суміжними правами і мультитериторіальне ліцензування прав на музичні твори для онлайнового використання на внутрішньому ринку» передбачає прямий обов'язок організацій колективного управління надавати інформацію про свою діяльність безпосередньо правовласнику не рідше ніж раз на рік, включаючи, зокрема, дані про конкретні суми винагороди, виплачувані цьому правовласнику, відрахування, здійснені на управління правами тощо. На наш погляд, у законодавстві України доцільно передбачити аналогічні зобов'язання організацій колективного управління перед правовласниками.

Таким чином, підсумовуючи вищевикладене, можна констатувати, що прийняття Закону України «Про ефективне управління майновими правами правовласників у сфері авторського права і (або) суміжних прав» є позитивним зрушенням у регулюванні діяльності організацій колективного управління в Україні, проте значна кількість питань буде залежати від належної правозастосовної практики, зокрема конкретних заходів, що вчиняються органами державної влади. Україна має рухатися у напрямі посилення прозорості діяльності організацій колективного управління, у тому числі у сфері суміжних прав, та забезпечення функціонування електронної системи реєстрації й обліку, що відповідатиме європейським тенденціям правового регулювання.

¹ Уряд схвалив Концепцію розвитку електронного урядування в Україні до 2020 року. – Кабінет Міністрів України. – 20 вересня 2017 року. URL: www.kmu.gov.ua

² Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and Committee of the Regions “EU eGovernment Action Plan 2016-2020. Accelerating the digital transformation of government”. – COM(2016) 179 final. Brussels, 19 April 2016. URL: eur-lex.europa.eu

³ Directive 2014/26/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on collective management of copyright and related rights and multi-territorial licensing of rights in musical works for online use in the internal market. – Official Journal of the European Union as of 20 March 2014. URL: eur-lex.europa.eu

⁴ Мінекономрозвитку: Організації колективного управління авторськими та суміжними правами повинні пройти реєстрацію за новою процедурою. – Міністерство економічного розвитку і торгівлі України. – 19 лютого 2019 року. URL: www.kmu.gov.ua

⁵ До уваги телерадіоорганізацій! Мінекономрозвитку просить надати інформацію про публічне сповіщення об'єктів майнових прав в ефірі за 2018 рік. – Національна рада України з питань телебачення і радіомовлення. – 12 квітня 2019 року // www.nrada.gov.ua

Резюме

Стройко І.А. Новели правового регулювання колективного управління майновими правами правовласників у сфері суміжних прав в Україні.

У статті автор аналізує нещодавні зміни у сфері колективного управління майновими правами суб'єктів авторського права і суміжних прав на території України. Враховується сучасна тенденція запровадження електронного уряду в Україні і Європейському Союзі. Автор досліджує загальні аспекти регулювання розширеного і обов'язкового колективного управління у сфері суміжних прав в Україні. Розкриваються особливості колективного управління щодо кабельної ретрансляції. Описується механізм удосконалення прозорості й звітності організацій колективного управління перед правовласниками.

Ключові слова: колективне управління, електронний уряд, розширене колективне управління, обов'язкове колективне управління, мультитериторіальне ліцензування прав, програма (передача) організації мовлення, кабельна ретрансляція, прозорість діяльності організацій колективного управління

Резюме

Стройко И.А. Новеллы правового регулирования коллективного управления имуществом с правами право-собственников в сфере смежных прав в Украине.

В статье автор анализирует недавние изменения в области коллективного управления имуществом с правами субъектов авторского права и смежных прав на территории Украины. Учитывается современная тенденция внедрения электронного правительства в Украине и Европейском Союзе. Автор исследует общие аспекты регулирования расширенного и обязательного коллективного управления в сфере смежных прав в Украине. Раскрываются особенности коллективного управления в отношении кабельной ретрансляции. Описывается механизм усовершенствования прозрачности и отчетности организаций коллективного управления перед правладельцами.

Ключевые слова: коллективное управление, электронное правительство, расширенное коллективное управление, обязательное коллективное управление, мультитерриториальное лицензирование прав, программа (передача) организации вещания, кабельная ретрансляция, прозрачность деятельности организаций коллективного управления.

Summary

Stroyko I. Innovations in the legal regulation of the collective management of proprietary rights of rights holders in the sphere of related rights in Ukraine.

In this Article the author analyzes the recent developments in the field of collective management of the proprietary rights of subjects of copyright and related rights in the territory of Ukraine. She takes into account the current tendency of implementation of eGovernment both in Ukraine and the European Union. The author explores the general aspects of the regulation of the extended and mandatory collective management in the sphere of related rights in Ukraine. She reveals the peculiarities of collective management with respect to the cable retransmission. In the Article the author depicts the mechanism of improvement of transparency and reporting of collective management societies before the rights holders.

Key words: collective management, eGovernment, extended collective management, mandatory collective management, multi-territorial licensing, broadcasting organization's program, cable retransmission, transparency of activities of collective management societies.

УДК 349.41

Д.В. БУСУЙОК

Діана Вікторівна Бусуйок, кандидат юридичних наук, доцент юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ПРАВОВІ ЗАСАДИ МЕДІАЦІЇ ЯК АЛЬТЕРНАТИВНОГО СПОСОБУ ВИРІШЕННЯ ЗЕМЕЛЬНИХ КОНФЛІКТІВ

Якщо вирішення земельних спорів у судах за допомогою суддів та адвокатів є наразі широкоживаною практикою в Україні, то позасудовий порядок вирішення земельних конфліктів та/або спорів безпосередньо його учасниками за сприянням медіатора знаходиться на етапі свого становлення. Щодо законодавчого забезпечення медіації в Україні, то в наявності є лише проект Закону України «Про медіацію»¹. Діють саморегуляторні, неприбуткові громадські об'єднання фахівців, що працюють у сфері медіації, зокрема Національна асоціація медіаторів України².

У зв'язку з цим постає потреба у дослідженні таких питань:

- як співвідноситься медіація з юриспруденцією і психологією;
- плюси і мінуси рішення конфліктів за допомогою медіації та в судах;
- в яких сферах можна і потрібно використовувати медіацію;
- види медіації.

Медіацію можна визначити як позасудовий порядок вирішення земельних конфліктів та/або спорів, який відбувається на межі застосування знань з юриспруденції та психології.

У земельному конфлікті завжди є позиція та інтерес. Позиція визначається юридичними вимогами. Зокрема, володілець земельної ділянки має право відмовити у встановленні земельного сервітуту. У свою чергу, інтерес визначається емоціями та особистими потребами сторін конфлікту. Спосіб вирішення конфлікту повинен задовольняти інтереси сторін конфлікту. Останні, в свою чергу, визначаються емоціями та особистими потребами сторін конфлікту.

Загальноприйнятими у юриспруденції є два принципи правового регулювання суспільних відносин. Згідно з першим принципом дозволено все, що не заборонено законом. Згідно з другим принципом можна вчиняти лише те, що прямо дозволено законом. Ці принципи знаходять своє закріплення у чинному законодавстві. Існують, передбачені законодавством, юридичні конструкції, які можна використовувати для вирішення конфліктів. Вони передбачені в земельному законодавстві, зокрема в Земельному кодексі України.

Щодо психологічного аспекту земельного конфлікту, то він вважається таким, що вже відбувся та є в наявності. Конфлікт виникає завжди як мінімум між двома суб'єктами. Причини конфлікту/кризи не важливі. Кожна зі сторін конфлікту має право на свою «правду».

Земельний конфлікт може бути обумовлений зіткненням різних інтересів або обмеженістю земельних ресурсів. У суді можна вирішити земельний спір, але земельний конфлікт може залишитися невирішеним, що призводить до подальшої апеляції та примусового виконання судових рішень. З метою уникнення таких негативних наслідків сторони конфлікту за допомогою медіатора повинні самі знайти нові способи вирішення конфлікту, творчо пристосуватися до життєвих обставин, які склалися.

Досягненню цього сприяють принципи та процедура проведення медіації³.

Щодо принципів проведення медіації, то ними є наступні.

Добровільність. Цей принцип передбачає добровільну участь сторін конфлікту та медіатора у медіації.

Конфіденційність. Відповідно до цього принципу інформація, яка стане відомою під час медіації, буде оголошена сторонами та надана під час медіації, має залишитися відомою лише учасникам медіації. Розголошення такої інформації можливе лише за погодженням з усіма учасниками медіації.

Нейтральність медіатора. Цей принцип передбачає, що медіатор має бути незалежним від сторін конфлікту.

Самовизначення сторін. Згідно з цим принципом сторони земельного конфлікту мають самі визначитися зі способами вирішення конфлікту, творчо пристосуватися до життєвих обставин, які склалися.

Процедура проведення медіації передбачає такі етапи: вступне слово, представлення сторонами конфлікту своїх історій, формування питань для обговорення, перехід з позиції на інтереси сторін конфлікту, пошук варіантів рішень, підписання угоди.

Під час вступного слова відбувається знайомство та представлення сторін земельного конфлікту та медіатора.

Представлення сторонами конфлікту своїх історій передбачає, що вони розповідають своє бачення конфлікту, якій відбувся.

На підставі ознайомлення з історіями сторін відбувається формування питань для обговорення позицій та переходу з позицій на інтереси сторін конфлікту з метою пошуку варіантів рішень.

У разі знаходження варіанта вирішення земельного конфлікту, який би задовольнив обидві сторони, відбувається підписання угоди, де зазначається спосіб вирішення земельного конфлікту.

Плюси і мінуси рішення земельних конфліктів за допомогою медіації та в судах.

У суді можна вирішити спір – рішення буде прийнято на чийсь користь, проте конфлікт на рівні емоцій та інтересів сторін може залишитись невирішеним назавжди. Медіація ж передбачає зняття емоційного напруження та врахування інтересів усіх сторін конфлікту.

У випадку медіації шанс виграти мають обидві сторони – прийняте рішення має задовольняти інтереси обидвох сторін, на відміну від процесу вирішення справи у суді, який у більшості випадків передбачатиме наявність сторони, яка виграла, та сторони, яка програла.

Якщо у медіації медіатор забезпечує дотримання процедури медіації, а спосіб вирішення конфлікту знаходять безпосередньо учасники конфлікту, то при розгляді справи у суді спосіб вирішення спору визначається виключно суддею.

У випадку медіації діяльність з визначення способів вирішення конфлікту обмежується лише інтересами сторін конфлікту та чинним законодавством, тоді як при розгляді справи у суді способи вирішення конфлікту не можуть виходити за межі позовних вимог.

Якщо процедура медіації передбачає дотримання умов конфіденційності та нерозголошення інформації, яка стала відомою учасникам медіації, то розгляд справи у суді передбачає розголошення інформації про спір тією чи іншою мірою.

Медіація може використовуватися для врегулювання конфліктів у багатьох сферах суспільного життя: земельних конфліктах, конфліктах у аграрній сфері, конфліктах у екологічній сфері.

Щодо земельних конфліктів, то ми вважаємо, що до сфер, у яких можна і потрібно використовувати медіацію, доцільно віднести конфлікти щодо виникнення, здійснення та припинення прав на землю, конфлікти у сфері добросусідських відносин.

На підставі аналізу чинного законодавства медіацію умовно можна поділити на два види: судова та позасудова медіація.

Щодо судової медіації, то процесуальні кодекси, зокрема Цивільно-процесуальний кодекс України від 18 березня 2004 р. № 1618-IV⁴ передбачає два випадки мирного врегулювання земельних спорів: 1) звернення до суду для проведення врегулювання спору за участю судді; 2) укладення мирової угоди.

Якщо укладення мирової угоди є загальноприйнятим та класичним прикладом мирного врегулювання земельних спорів, то звернення до суду для проведення врегулювання спору за участю судді є новелою для вітчизняного процесуального законодавства. Останнє нагадує до певної міри позасудову медіацію. Проте має суттєві відмінності від неї.

За ознакою відсутності третього незалежного суб'єкта, у нашому випадку – це або суддя, або медіатор, укладення мирової угоди важко віднести до судової медіації. У випадку укладення мирової угоди учасники спору врегульовують його безпосереднього. Вони не залучають посередника.

Щодо звернення до суду для проведення врегулювання спору за участю судді, то Цивільно-процесуальний кодекс України передбачає, що врегулювання спору за участю судді проводиться за згодою сторін до початку розгляду справи по суті. Проведення врегулювання спору за участю судді не допускається у разі, якщо у справу вступила третя особа, яка заявляє самостійні вимоги щодо предмета спору.

Про проведення процедури врегулювання спору за участю судді суд постановляє ухвалу, якою одночасно зупиняє провадження у справі. У випадку недосягнення сторонами мирного врегулювання спору за наслідками проведення врегулювання спору повторне проведення врегулювання спору за участю судді не допускається.

Проведення врегулювання спору за участю судді здійснюється у формі спільних та (або) закритих нарад. Сторони мають право брати участь у таких нарадах у режимі відеоконференції в порядку, визначеному ЦПК України. Спільні наради проводяться за участю всіх сторін, їх представників та судді. Закриті наради проводяться за ініціативою судді з кожною із сторін окремо.

Суддя спрямовує проведення врегулювання спору за участю судді для досягнення сторонами врегулювання спору. З урахуванням конкретних обставин проведення наради суддя може оголосити перерву в межах строку проведення врегулювання.

На початку проведення першої спільної наради з врегулювання спору суддя роз'яснює сторонам мету, порядок проведення врегулювання спору за участю судді, права та обов'язки сторін.

Під час проведення спільних нарад суддя з'ясовує підстави та предмет позову, підстави заперечень, роз'яснює сторонам предмет доказування за категорією спору, який розглядається, пропонує сторонам надати пропозиції щодо шляхів мирного врегулювання спору та здійснює інші дії, спрямовані на мирне врегулювання сторонами спору. Суддя може запропонувати сторонам можливий шлях мирного врегулювання спору.

Під час закритих нарад суддя має право звертати увагу сторони на судову практику в аналогічних справах, пропонувати стороні та (або) її представнику можливі шляхи мирного врегулювання спору.

Під час проведення врегулювання спору суддя не має права надавати сторонам юридичні поради та рекомендації, а також оцінку доказів у справі.

Інформація, отримана будь-якою зі сторін, а також суддею під час проведення врегулювання спору, є конфіденційною. Під час проведення врегулювання спору за участю судді протокол наради не ведеться та не здійснюється фіксування технічними засобами. За необхідності до участі в нарадах залучається перекладач. Перекладач попереджається про конфіденційний характер інформації, отриманої під час проведення врегулювання спору за участю судді. Під час врегулювання спору за участю судді забороняється використовувати портативні аудіотехнічні пристрої, а також здійснювати фото- і кінозйомку, відео-, звукозапис.

Врегулювання спору за участю судді припиняється: у разі: подання стороною заяви про припинення врегулювання спору за участю судді; закінчення строку врегулювання спору за участю судді; затягування врегулювання спору будь-якою із сторін – за ініціативою судді; укладення сторонами мирової угоди та звернення до суду із заявою про її затвердження або звернення позивача до суду із заявою про залишення позовної заяви без розгляду, або відмови позивача від позову чи визнання позову відповідачем.

Про припинення врегулювання спору за участю судді постановляється ухвала, яка оскарженню не підлягає. Одночасно суддя вирішує питання про поновлення провадження у справі.

У разі припинення врегулювання спору за участю судді з підстав, передбачених п. 1–3 частини першої ст. 204 ЦПК України, справа передається на розгляд іншому судді, визначеному в порядку, встановленому ст. 33 ЦПК України.

Врегулювання спору за участю судді проводиться протягом розумного строку, але не більше тридцяти днів з дня постановлення ухвали про його проведення. Строк проведення врегулювання спору за участю судді продовженню не підлягає.

Провівши зіставлення змісту, який притаманний зверненню до суду для проведення врегулювання спору за участю судді та позасудовій медіації, до істотних відмінностей судової медіації у формі звернення до суду для проведення врегулювання спору за участю судді від позасудової медіації доцільно віднести такі:

1. Звернення до суду для проведення врегулювання спору за участю судді відбувається під час судового процесу. Позасудова медіація є альтернативою вирішення спору у суді. Вона може провадитися замість судового процесу, до початку судового процесу, під час проведення судового процесу чи вже після завершення судового процесу.

2. Проведення врегулювання спору за участю судді не допускається у разі, якщо у справу вступила третя особа, яка заявляє самостійні вимоги щодо предмета спору. Позасудова медіація не має жодних обмежень щодо можливості участі у медіації будь-яких заінтересованих осіб.

3. У випадку недосягнення сторонами мирного врегулювання спору за наслідками проведення врегулювання спору повторне проведення врегулювання спору за участю судді не допускається. У випадку недосягнення сторонами мирного врегулювання спору кількість випадків проведення врегулювання спору у порядку медіації не обмежується.

4. Врегулювання спору за участю судді обмежується предметом позову та предметом доказування за категорією справи. Врегулювання спору у порядку медіації не обмежується предметом позову та предметом доказування. Способи врегулювання спору мають забезпечити задоволення інтересів обох сторін та не суперечити чинному законодавству.

5. Суддя може запропонувати сторонам можливий шлях мирного врегулювання спору. Медіатор не може пропонувати сторонам можливі шляхи врегулювання спору. Він забезпечує дотримання процедури проведення медіації, що створює умови для того, аби сторони самі визначили можливі шляхи врегулювання спору.

6. Врегулювання спору за участю судді проводиться протягом розумного строку, але не більше тридцяти днів з дня постановлення ухвали про його проведення. Строк проведення врегулювання спору за участю судді продовженню не підлягає. Строк проведення врегулювання спору за участю медіатора не обмежується жодними часовими проміжками та визначається сторонами за взаємною згодою.

Варто зазначити, що ознаки, які притаманні вирішенню земельних спорів у порядку позасудової медіації, розширюють способи задоволення інтересів учасників конфлікту за допомогою використання усіх наявних у чинному законодавстві правових конструкцій, збільшують випадки застосування принципу дозволено все, що не заборонено законом, тим самим сприяють найбільш повному гарантуванню прав на землю, побудові саме правової та демократичної держави та утвердженню принципу верховенства права над законом. На цій підставі ми вважаємо, що необхідно закріпити у ЦПК України можливість вирішення спорів, в тому числі земельних, у порядку позасудової медіації за участю медіатора, поряд із можливістю звернення до суду для проведення врегулювання спору за участю судді та укладення мирової угоди.

Збільшення випадків розгляду спорів у порядку позасудової медіації може привести до зменшення завантаженості судів усіх ланок. З метою стимулювання вирішення спорів, в тому числі земельних, у поряд-

ку позасудової медіації вважаємо за доцільне у випадку вирішення спору та укладення медіаційної угоди передбачити у Законі України від 8 липня 2011 р. № 3674-VI «Про судовий збір» повернення судового збору його платникам⁵.

¹ Проект Закону України «Про медіацію» № 3665 від 17.12.2015 р. Офіційний сайт Верховної ради України. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=57463 (дата звернення: 18.04.2019).

² Національна асоціація медіаторів України. Офіційний сайт. URL: <http://namu.com.ua/ua/> (дата звернення: 18.04.2019).

³ Національна асоціація медіаторів України. Офіційний сайт. URL: <http://namu.com.ua/ua/> (дата звернення: 18.04.2019); Проект Закону України «Про медіацію» № 3665 від 17.12.2015 р. Офіційний сайт Верховної Ради України. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=57463 (дата звернення: 18.04.2019).

⁴ Цивільно-процесуальний кодекс України: Закон України від 18.03.2004 р. № 1618-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2004. № 40–42. Ст. 492.

⁵ Про судовий збір: Закон України від 08. 07.2011 р. № 3674-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2012. № 14. Ст. 87.

Резюме

Бусуйок Д.В. Правові засади медіації як альтернативного способу вирішення земельних конфліктів.

У статті проведено дослідження співвідношення медіації з юриспруденцією і психологією, плюсів і мінусів вирішення конфліктів за допомогою медіації та в судах, у яких сферах можна і потрібно використовувати медіацію, видів медіації. Запропоновані заходи з удосконалення законодавчого регулювання позасудової медіації – зміни до ЦПК України та Закону України «Про судовий збір».

Ключові слова: медіація, юриспруденція, психологія, конфлікт, суд, медіатор, суддя, процес.

Резюме

Бусуйок Д.В. Правовые основы медиации как альтернативного способа разрешения земельных конфликтов.

В статье проведено исследование соотношения медиации с юриспруденцией и психологией, плюсов и минусов решения конфликтов при помощи медиации и в судах, сфер, в которых можно и нужно использовать медиацию, видов медиации. Предложены меры по усовершенствованию законодательного регулирования внесудебной медиации – изменения в ГПК Украины и Законе Украины «О судебном сборе».

Ключевые слова: медиация, юриспруденция, психология, конфликт, суд медиатор, судья, процесс.

Summary

Busuiok D. Legal principles of mediation as an alternative way of resolving land conflicts.

The article deals with correlation of mediation, jurisprudence and psychology, the pros and cons of conflict resolution through mediation and in the courts, in which areas it is possible and necessary to use mediation, types of mediation. There are some propositions how to improve the legislative regulation of extrajudicial mediation - changes to the Civil Procedure Code of Ukraine and the Law of Ukraine "About court fee".

Key words: mediation, jurisprudence, psychology, conflict, court, mediator, judge, process.

УДК 349.42

С.О. ЛУШПАЄВ

Сергій Олександрович Лушпаєв, кандидат юридичних наук, асистент кафедри Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

РОЗВИТОК ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ ПРО СІМЕЙНЕ ФЕРМЕРСЬКЕ ГОСПОДАРСТВО

У аграрно-правовій науці визначено особливості державної підтримки та оподаткування сімейного фермерського господарства (далі – СФГ)¹. Проте недостатньо уваги приділяється дослідженню періодів розвитку законодавчих актів у сфері ведення СФГ. Наведене обумовлює своєчасність і актуальність здійснення наукового дослідження періодів розвитку законодавства України про СФГ. Вивчення періодів розвитку законодавства України про СФГ має важливе як теоретичне, так і практичне значення. Перше полягає у вдосконаленні відповідних теоретичних положень, а друге – у вирішенні правозастосовних проблем.

Окремі аспекти питань, що розглядаються, вивчалися, зокрема, О.В. Гафуровою, яка порівняла правове становище СФГ і особистого селянського господарства². В.Ю. Уркевич проаналізував Закон України «Про внесення змін до Закону України «Про фермерське господарство» щодо стимулювання створення та діяль-

ності сімейних фермерських господарств»³. Х.А. Григор'єва дослідила Концепцію розвитку фермерських господарств та сільськогосподарської кооперації на 2018–2020 роки⁴.

Мета статті – виокремити та надати характеристику періодам розвитку законодавчих актів у сфері ведення СФГ в Україні шляхом аналізу його норм та праць науковців, що присвячені розглядуваній сфері.

Переходячи до викладу основного матеріалу, слід зазначити, що аналіз норм законодавства доцільно здійснити щодо періодів розвитку законодавчих актів у сфері ведення СФГ. Перший період розпочався з прийняттям Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про фермерське господарство» щодо стимулювання створення та діяльності сімейних фермерських господарств» від 31 березня 2016 р. № 1067-VIII⁵. Згідно із доповненою ч. 5 ст. 1 Закону України «Про фермерське господарство» від 19 червня 2003 р. № 973-IV фермерське господарство, зареєстроване як юридична особа, та фермерське господарство, організоване на основі діяльності фізичної особи – підприємця має статус сімейного фермерського господарства, за умови, що в його підприємницькій діяльності використовується праця членів такого господарства, якими є виключно члени однієї сім'ї, зокрема фізична особа – підприємець відповідно до ст. 3 Сімейного кодексу України⁶.

Слід погодитися із О.В. Гафуровою, яка слушно вказує, що Закон України «Про фермерське господарство» створює умови для наближення правового становища сімейного фермерського господарства, організованого на основі діяльності фізичної особи – підприємця, до правового становища особистого селянського господарства⁷.

Частиною 3 ст. 8-1 Закону України «Про фермерське господарство» від 19 червня 2003 р. № 973-IV передбачено, що головою сімейного фермерського господарства без статусу юридичної особи є член сім'ї, зареєстрований як фізична особа – підприємець і визначений договором про створення сімейного фермерського господарства. Відповідно до ч. 5 ст. 8-1 вказаного Закону умови договору про створення сімейного фермерського господарства визначають: найменування, місцезнаходження господарства, мету та види його діяльності; порядок прийняття рішень членами господарства; правовий режим спільного майна членів господарства; порядок покриття витрат та розподілу результатів діяльності господарства між його членами; порядок вступу та виходу з господарства; трудові відносини членів господарства.

На думку В.Ю. Уркевича, Законом України «Про внесення змін до Закону України «Про фермерське господарство» щодо стимулювання створення та діяльності сімейних фермерських господарств» було запроваджено новий вид аграрного-правового договору, адже до моменту набрання чинності цим нормативно-правовим актом законодавство України такої категорії, як «договір про створення сімейного фермерського господарства», не закріплювало⁸.

У ч. 5 ст. 9 Закону України «Про фермерське господарство» від 19 червня 2003 р. № 973-IV зазначалося, що таким господарствам зі статусом сімейних надається додаткова державна підтримка у порядку, передбаченому Законом України «Про державну підтримку сільського господарства України». Однак протягом першого періоду розвитку законодавства України про СФГ дана норма не отримала закріплення в Законі України «Про державну підтримку сільського господарства України». Так, В.Ю. Уркевич зазначає, що останнім нормативно-правовим актом додаткова державна підтримка для сімейних фермерських господарств не передбачена, а отже, реалізувати наведену правову норму не вдасться за можливе⁹.

Підсумовуючи викладене, зазначимо, що, як вбачається з назви аналізованого Закону, його сферою дії є суто норми Закону України «Про фермерське господарство».

Другий період розвитку законодавства України про СФГ пов'язаний із прийняттям Закону України «Про внесення змін до Податкового кодексу України та деяких законів України щодо стимулювання утворення та діяльності сімейних фермерських господарств» від 10 липня 2018 р. № 2497-VIII¹⁰.

Згідно із ч. 4 ст. 1 Закону України «Про фермерське господарство» від 19 червня 2003 р. № 973-IV фермерське господарство підлягає державній реєстрації як юридична особа або фізична особа – підприємець. Фермерське господарство діє на основі установчого документа (для юридичної особи – статуту, для господарства без статусу юридичної особи – договору (декларації) про створення фермерського господарства). У наведеній нормі з'явився узагальнюючий термін «установчий документ» порівняно з попередньою редакцією, де використовувався тільки «статут». Новою редакцією ч. 3 ст. 8-1 аналізованого Закону передбачено, що головою сімейного фермерського господарства без статусу юридичної особи є член сім'ї, визначений декларацією про створення сімейного фермерського господарства, який реєструється як фізична особа – підприємець. Закріплені в ч. 5 ст. 8-1 вказаного Закону умови договору (декларації) про створення сімейного фермерського господарства є однаковими за своїм змістом.

Частиною 5 ст. 9 Закону України «Про фермерське господарство» від 19 червня 2003 р. № 973-IV конкретизовано словосполученням «на сплату єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування».

Вказане положення отримало своє закріплення у ст. 13-1 Закону України «Про державну підтримку сільського господарства України» від 24 червня 2004 р. № 1877-IV, згідно з якою сімейним фермерським господарствам, що зареєстровані платниками єдиного податку четвертої групи, надається додаткова фінансова підтримка через механізм доплати на користь застрахованих осіб – членів/голови сімейного фермерського господарства єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування у визначеній сумі залежно від тривалості надання¹¹. Х.А. Григор'єва наголошує на тому, що Концепція розвитку фермерських господарств та сільськогосподарської кооперації на 2018–2020 рр. не розвиває положення ч. 5 ст. 9 Закону

України «Про фермерське господарство», в якій закріплена норма щодо надання сімейним фермерським господарствам зі статусом сімейних додаткової державної підтримки¹².

Відповідно до розпорядження Кабінету Міністрів України «Про схвалення Концепції розвитку фермерських господарств та сільськогосподарської кооперації на 2018–2020 роки» від 13 вересня 2017 р. № 664-р забезпечення пріоритетності підтримки фермерських господарств здійснюватиметься, зокрема, шляхом створення сприятливих умов для трансформації господарств населення у фермерські господарства¹³. Видається, що під господарствами населення законодавець розуміє особисті селянські господарства, що можуть перетворитися на СФГ.

Пунктом 21-1 ч. 4 ст. 9 Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань» від 15 травня 2003 р. № 755-IV закріплено, що до відомостей про фізичну особу – підприємця, які містяться у Єдиному державному реєстрі, належать відомості щодо створення фізичною особою – підприємцем сімейного фермерського господарства (договір (декларація) про створення сімейного фермерського господарства)¹⁴.

Відповідно до п. 4 п. 291.4 ст. 291 Податкового кодексу України до четвертої групи – сільськогосподарські товаровиробники належать, зокрема, фізичні особи – підприємці, що провадять діяльність виключно в межах фермерського господарства, зареєстрованого згідно із Законом України «Про фермерське господарство» за умови виконання сукупності вимог (не використовують працю найманих осіб, членами фермерського господарства є лише члени сім'ї у визначенні ч. 2 ст. 3 Сімейного кодексу України)¹⁵.

Проаналізувавши норми Закону України «Про внесення змін до Податкового кодексу України та деяких законів України щодо стимулювання утворення та діяльності сімейних фермерських господарств», зазначимо, що він регулює державну реєстрацію та підтримку, оподаткування СФГ.

Періодами розвитку законодавства України про СФГ є наступні. Перший період розвитку розпочався 31 березня 2016 р. і характеризувався дією норм на суто Закон України «Про фермерське господарство». Другому, що триває й зараз, притаманне розширення дії норм на Податковий кодекс України, Закони України «Про державну підтримку сільського господарства України», «Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань».

У процесі розвитку законодавства про СФГ окрім статуту, наявного в господарствах зі статусом юридичної особи, було запроваджено такі види установчих документів, як договір (декларацію) про створення СФГ.

Перспективами подальших наукових пошуків може бути використання отриманих результатів у наукових розробках, а також зарубіжного досвіду законодавчого регулювання ведення СФГ.

¹ Лушпаєв С. Новели правового становища сімейного фермерського господарства. *Підприємництво, господарство і право*. 2018. № 10. С. 104–107. С. 106.

² Гафурова О.В. Проблеми правового регулювання діяльності особистих селянських господарств. *Часопис Київського університету права*. 2016. № 3. С. 280–284. С. 282.

³ Уркевич В.Ю. Правові аспекти створення та функціонування сімейних фермерських господарств. *Науковий вісник Національного університету біоресурсів і природокористування України*. Серія: Право. 2016. Вип. 243. С. 67–75. С. 72.

⁴ Григор'єва Х. Теоретико-правовий аналіз Концепції розвитку фермерських господарств та сільськогосподарської кооперації на 2018–2020 роки. *Підприємництво, господарство і право*. 2017. № 11. С. 85–89. С. 87.

⁵ Про внесення змін до Закону України «Про фермерське господарство» щодо стимулювання створення та діяльності сімейних фермерських господарств: Закон України від 31 березня 2016 р. № 1067-VIII / Верховна Рада України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1067-19> (дата звернення: 10.05.2019).

⁶ Про фермерське господарство: Закон України від 19 червня 2003 р. № 973-IV / Верховна Рада України. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/973-15> (дата звернення: 10.05.2019).

⁷ Гафурова О.В. Вказана праця. С. 282.

⁸ Уркевич В.Ю. Вказана праця. С. 72.

⁹ Уркевич В.Ю. Вказана праця. С. 72.

¹⁰ Про внесення змін до Податкового кодексу України та деяких законів України щодо стимулювання утворення та діяльності сімейних фермерських господарств: Закон України від 10 липня 2018 р. № 2497-VIII / Верховна Рада України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2497-19> (дата звернення: 10.05.2019).

¹¹ Про державну підтримку сільського господарства України: Закон України від 24 червня 2004 р. № 1877-IV / Верховна Рада України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1877-15> (дата звернення: 10.05.2019).

¹² Григор'єва Х. Вказана праця. С. 87.

¹³ Про схвалення Концепції розвитку фермерських господарств та сільськогосподарської кооперації на 2018–2020 роки: розпорядження Кабінету Міністрів України від 13 вересня 2017 р. № 664-р / Верховна Рада України. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/664-2017-%D1%80> (дата звернення: 10.05.2019).

¹⁴ Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань: Закон України від 15 травня 2003 р. № 755-IV / Верховна Рада України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/755-15> (дата звернення: 10.05.2019).

¹⁵ Податковий кодекс України: Закон України від 2 грудня 2010 р. № 2755-VI / Верховна Рада України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2755-17> (дата звернення: 10.05.2019).

Резюме

Лушпаєв С.О. Нормативно-правова регламентація відносин у сфері виробництва органічної сільськогосподарської продукції.

У статті досліджуються періоди розвитку законодавства України про сімейне фермерське господарство на основі його комплексного аналізу та праць науковців, що присвячені розглядуваній сфері. Перший період розвитку характеризувався дією норм на суто Закон України «Про фермерське господарство». Другому, що триває і зараз, притаманне розширення дії норм на Податковий кодекс, Закони України «Про державну підтримку сільського господарства України», «Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань». Висновками роботи стали виокремлення та характеристика двох періодів розвитку законодавчих актів у сфері ведення сімейного фермерського господарства.

Ключові слова: законодавство України про сімейне фермерське господарство, періоди розвитку законодавства, сімейне фермерське господарство, єдиний внесок на загальнообов'язкове державне соціальне страхування, сільськогосподарський товаровиробник.

Резюме

Лушпаєв С.А. Нормативно-правовая регламентация отношений в сфере производства органической сельскохозяйственной продукции.

В статье исследуются периоды развития законодательства Украины о семейном фермерском хозяйстве на основе его комплексного анализа и работ ученых, посвященных рассматриваемой сфере. Первый период развития характеризовался действием норм исключительно на Закон Украины «О фермерском хозяйстве». Второму, который продолжается и сейчас, присуще расширение действия норм на Налоговый кодекс, Законы Украины «О государственной поддержке сельского хозяйства Украины», «О государственной регистрации юридических лиц, физических лиц – предпринимателей и общественных формирований». Выводами работы стали выделение и характеристика двух периодов развития законодательных актов в сфере ведения семейного фермерского хозяйства.

Ключевые слова: законодательство Украины о семейном фермерском хозяйстве, периоды развития законодательства, семейное фермерское хозяйство, единый взнос на общеобязательное государственное социальное страхование, сельскохозяйственный товаропроизводитель.

Summary

Lushpaev S. The development legislation of Ukraine about family farm.

In the article the periods of development legislation of Ukraine about family farm on the basis of it complex analysis and works of scientists, which devoted to this sphere, are researched. The first period of development is beginning on 31 March 2016 and characterize rule of norms on only Law “About farm”. The second, that continues and now, inherent expansion rule of norms on Tax codex, Laws “About state support agriculture of Ukraine”, “About state registration juridical persons, physical persons-entrepreneurs and civil formations”. The conclusions of paper were the separating and characterize two periods of development of legislative acts in sphere of family farm activity.

Key words: legislation of Ukraine about family farm, periods of development of legislation, family farm, united contribution on common imperative state social insurance, agricultural good producer.

УДК 349.41:347.243](477)

Т.О. ТРЕТЯК

Тарас Олексійович Третяк, кандидат юридичних наук, доцент Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ORCID: 0000-0002-5221-1366

КРИТЕРІЇ ДОБРОСУСІДСТВА, ЗАКРІПЛЕНІ У ВИГЛЯДІ ПОКАЗНИКІВ ВПЛИВУ НА ДОВКІЛЛЯ, ЧИ ПРАВИЛ РОЗТАШУВАННЯ СПОРУД, ЧИ ІНШИХ БУДІВЕЛЬНИХ АБО САНІТАРНИХ ПРАВИЛ

Належна реалізація права власності на земельну ділянку можлива лише за умови дії ефективних правових критеріїв прийнятності негативного впливу на сусідню земельну ділянку. Чинне законодавство України закріплює велику кількість правил, які можуть слугувати критеріями добросусідства. Складність застосування цих показників пояснюється двома обставинами. По-перше, закріплюючи показник прийнятності негативного впливу на сусідню земельну ділянку, законодавець може помилитися, що може призвести, з одного боку, до суттєвого негативного впливу на майно сусіда, навіть у при дотриманні закріплених у законодавстві показників, а з іншого боку, помилка може полягати у встановленні надто суворих норм. Це означитиме, що їх порушення не тягне за собою значного негативного впливу на майно сусіда, при цьому дотримання такої норми вимагатиме істотних витрат з боку сусіда.

По-друге, з правових норм, що регламентують порядок відшкодування шкоди, впливає загальний обов'язок бути достатньо дбайливим з тим, аби не створювати незручностей сусідам. У зв'язку з цим необхідно встановити, як застосовується цей обов'язок та обов'язок дотримуватись закріплених у нормативно-правових актах показників.

У тому, щоб дати відповідь на поставлені вище питання і полягає мета цієї статті. Критерії добросусідства, закріплені у вигляді показників впливу на довкілля, чи правил розташування споруд, чи інших будівельних або санітарних правил (далі – Критерії Добросусідства) були досліджені в юридичній літературі. Зокрема, І.Б. Новицький вивчав вимоги будівельних норми¹, правила освітленості аналізували у своїх роботах П.М. Власенко², К.П. Змірлов³; правила захисту власників земельних ділянок від шуму досліджували В.М. Кацнельсон⁴, Н.Р. Малишева⁵.

Дослідженню обмежень права власності присвячені роботи В.П. Камишанського⁶. Критерії Добросусідства були досліджені в роботі А.М. Мірошніченка та Р.І. Марусенка⁷. Нормативи якості довкілля були також досліджені в юридичній літературі⁸. У наведених роботах не вивчались питання, визначені як мета дослідження цієї статті.

В Україні діє велика кількість правил добросусідства, які встановлюють вимоги до розташування тих чи інших споруд. Такими нормами є: правила, що встановлюють розміри відступів від тих чи інших споруд до межі земельної ділянки чи до споруд сусіда; правила, що регламентують висоту парканів тощо. Особливість цих правил як критеріїв добросусідства полягає у тому, що їх порушення автоматично призводить до створення незручностей. Порушення цих норм без виникнення незручностей відбутися не може. Наприклад, п. 5.32 Державних санітарних правил планування та забудови населених пунктів, затверджених наказом МОЗ від 19 червня 1996 р. № 173⁹, встановлює мінімальну відстань від АЗС з підземними резервуарами до стін житлових будівель, яка має бути не меншою ніж 50 метрів. Розташування такої АЗС ближче за 50 метрів до стін житлової будівлі означатиме одночасно і порушення правил добросусідства, і негативний вплив на сусідню земельну ділянку. При цьому негативний вплив на земельну ділянку невіддільний від порушення самих правил.

Законодавство України також передбачає велику кількість інших, схожих до наведених вище вимог, зокрема: регламентується відстань від будівель до сусідньої земельної ділянки (п.3.25 ДБН 360-92** Містобудування. Планування і забудова міських і сільських поселень¹⁰ (далі – ДБН 360-92); відстань від житлових будівель до господарських будівель для утримання тварин, худоби, свійських тварин та птахів площею до 50 м² (п. 3.25а ДБН 360-92); відстань від будинків, споруд, а також об'єктів інженерного благоустрою до дерев і чагарників (п. 5.12 ДБН 360-92) тощо.

На наш погляд, ці норми потрібно застосовувати як спростовну презумпцію. Їх порушення повинно вважатися порушенням правил добросусідства і, відповідно, порушенням права власності за земельну ділянку та інше майно сусіда. При цьому, якщо відповідач доведе, що порушення цих норм не спричиняє істотний вплив на майно сусіда, то в такому разі в позові про захист права власності чи іншого речового права, порушених недотриманням правил добросусідства, суди повинні відмовляти. Для ілюстрації правильності саме такого способу застосування зазначених вище норм наведемо такий приклад. Згідно з п. 6.7. ДБН Б.2.2-5:2011 «Планування та забудова міст, селищ і функціональних територій. Благоустрій територій», затвердженого наказом Мінрегіону від 28 жовтня 2011 р. № 259¹¹, «*[в]исота огорожень має бути не більше ніж 2,0 м на межі сусідніх земельних ділянок та не більше ніж 2,5 м на межі з вулицею для забезпечення нормативної інсоляції та провітрювання суміжних територій*». Уявімо собі ситуацію, за якої сусід споруджує паркан із сітки заввишки 2,5 метрів на межі із сусідньою земельною ділянкою. Така огорожа забезпечить не гіршу інсоляцію чи провітрювання територій, аніж суцільний паркан із дощок заввишки 2 метри. Однак, формально, спорудження такого паркану буде порушувати вимоги п. 6.7. зазначених вище будівельних норм. При цьому норма аналізованого пункту не залишає сумнівів у меті, заради якої було передбачене правило п. 6.7. ДБН Б.2.2-5:2011. Такою метою є *«забезпечення нормативної інсоляції та провітрювання суміжних територій»*. Якщо спорудження паркану із сітки заввишки 2,5 м забезпечує кращу інсоляцію та провітрювання сусідньої земельної ділянки порівняно з дозволеним суцільним парканом заввишки 2 м, то положення аналізованого пункту не може розглядатися як таке, що забороняє паркан із сітки заввишки 2,5 м, адже у такому разі норма призводила б до втрат відповідача, не поліпшуючи становище позивача. Створення нічим не виправданих труднощів для відповідача не було і не могло бути метою положення п. 6.7. ДБН Б.2.2-5:2011.

Навіть якби останніх слів аналізованого пункту і не було б, то все одно позивач, який звертається з позовом про захист свого права власності, що нібито порушене створенням перешкод, має право на задоволення позову лише за умови, що порушено його право, а не лише норма права. Якщо порушена норма права, порушення якої призводить до порушення права позивача, то воно дає право позивачу звернутися до суду з позовом. Порушення ж норми права, що спрямована на захист загальносусільних інтересів і порушення якої не означає порушення прав позивача, не може бути підставою для задоволення позову. Саме такий порядок захисту права має діяти в силу принципу процесуальної заінтересованості, закріпленого у ч. 1 ст. 4 Цивільного процесуального кодексу України від 18 березня 2004 р. № 1618-IV¹². Положення цієї частини надає право кожній особі *«... звернутися до суду за захистом своїх порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи законних інтересів»*. Аналогічні за змістом положення закріплені також і в інших процесуальних кодексах (ч. 1 ст. 5 Кодексу адміністративного судочинства України від 06 липня 2005 р. № 2747-IV¹³, ч. 2 ст. 4 Господарського процесуального кодексу України від 06 листопада 1991 р. № 1798-XII¹⁴).

Різновидом Критеріїв Добросусідства, на наш погляд, є нормативи якості довкілля (гранично дозволені концентрації забруднювальних речовин у частинах довкілля чи гранично-дозволені рівні впливу). Норматив гранично дозволеної концентрації забруднювальних речовин у повітрі, воді чи ґрунті, нормативи гранично дозволені рівнів електромагнітного та іншого фізичного впливу є не лише показниками довкілля, яке вважається безпечним. Вони практично діють як вимоги до здійснення діяльності (переважно господарської). Порушення цих нормативів означає порушення правил добросусідства.

Особливістю нормативів якості довкілля як різновиду Критеріїв Добросусідства є те, що норму права вони становлять лише в поєднанні з правилом «вживати всіх залежних від себе заходів для уникнення незручностей (шкоди) сусідові». Підставою для такого висновку є положення першого речення ч. 2 ст. 218 Господарського кодексу України від 16 січня 2003 р. № 436-IV¹⁵, згідно з якою «[у]часник господарських відносин відповідає за ... чи порушення правил здійснення господарської діяльності, якщо не доведе, що ним вжито усіх залежних від нього заходів для недопущення господарського правопорушення». Правила добросусідства є частиною правил здійснення господарської діяльності, тому вищенаведене правило поширюється і на випадки порушення правил добросусідства. Отже, якщо учасник господарських відносин порушив нормативи якості довкілля, то відповідати за це порушення він буде лише за умови, що не вжив усіх залежних від нього заходів для недопущення правопорушення.

Аналогічне до наведеного вище правило діє щодо осіб, які не є учасниками господарських відносин в силу положення ч. 2 ст. 1166 Цивільного кодексу України від 16 січня 2003 р. № 435-IV¹⁶, згідно з якою «[о]соба, яка завдала шкоди, звільняється від її відшкодування, якщо вона доведе, що шкоди завдано не з її вини». Негативний вплив на сусідню земельну ділянку, який перевищує нормативи якості довкілля, є шкодою, тому особа, яка спричинила такий вплив, не відповідає за це за умови вжиття всіх залежних від себе заходів для відвернення такого впливу.

Особливістю показників негативного впливу на чужу земельну ділянку, які закріплені у нормативно-правовому акті, є те, що вони мають вищу юридичну силу порівняно з обов'язком вживати всіх залежних від зобов'язаного суб'єкта заходів для відвернення шкоди власності іншим. За загальним правилом порушення правила добросусідства, закріпленого в нормативно-правовому акті, вважається одночасно і порушенням обов'язку діяти достатньо дбайливо і обачно. При цьому порушення обов'язку діяти дбайливо і обачно є спростовною презумпцією, яку може спростувати відповідач.

Якщо законодавець не закріпив у нормативно-правових актах жодних показників впливу на сусідню земельну ділянку, чи не встановив правил розташування об'єктів на сусідню земельну ділянку, чи не встановив інших конкретних правил добросусідства, то в такому разі діє правило, згідно з яким сусід повинен вживати всіх залежних від нього заходів для уникнення незручностей (шкоди) для свого сусіда.

Вища юридична сила встановленого законом чи актом належним чином уповноваженого органа показника негативного впливу пояснюється тим, що воно є спеціальним правилом щодо загального правила вживати всіх залежних від зобов'язаного суб'єкта заходів для відвернення шкоди. Якщо уповноважений орган за умов, коли діє правило вживати всіх залежних від зобов'язаного заходів з відвернення шкоди, затвердить нове правило добросусідства, то цим зазначений орган виражає своє волевиявлення на те, щоб загальне правило вживати всіх залежних від зобов'язаного заходів для відвернення шкоди було конкретизовано чіткішим правилом добросусідства.

Отже, можемо зробити такі висновки.

1. Критерії добросусідства, закріплені у вигляді показників впливу на довкілля, чи правил розташування споруд, чи інших будівельних або санітарних правил, потрібно застосовувати як спростовну презумпцію.
2. Нормативи якості довкілля як різновиди правил добросусідства утворюють норму права лише у поєднанні з обов'язком «вживати всіх залежних від себе заходів для уникнення незручностей (шкоди) сусідові».
3. Особливістю показників негативного впливу на чужу земельну ділянку, закріплених у актах законодавства, є те, що вони мають вищу юридичну силу порівняно з обов'язком вживати всіх залежних від зобов'язаного суб'єкта заходів для відвернення шкоди власності іншим власникам.

¹ Новицький І.Б. Строительные правила и право соседства. *Право и Жизнь*. Москва, 1924. Кн. 10. С. 3–12.

² Власенко П.Н. Право личности на инсоляцию и его развитие в современном законодательстве. *Юридическая техника*. 2015. № 9. С. 183–187.

³ Змирлов К.П. Право на свет, как один из видов права участия частного. *Журнал Министерства юстиции*. 1895. Кн. 11. С. 214–217.

⁴ Кацнельсон В.М. Судебная защита квартиронанимателя от шума соседского радио. *Закон и Суд: Вестник Русского юридического общества*. Рига, 1938. № 4. Ст. 3969–3974; № 5. Ст. 3989–3992.

⁵ Малышева Н.Р. Охрана окружающей среды от шумового воздействия (правовые и организационные вопросы). Киев: Наукова думка, 1984. 144 с.

⁶ Камышанский В.П. Право собственности: пределы и ограничения. Москва: ЮНИТИ-ДАНА, Закон и право, 2000. С. 71.

⁷ Мірошниченко А.М., Марусенко Р.І. Науково-практичний коментар до Земельного кодексу України : (за станом нормат.-прав. актів та судової практики на 10 квіт. 2013 року). 5-те вид. Київ : Правова єдність, 2013. С. 278.

⁸ Див.: Андрейцев В.І. Екологічне право: Курс лекцій: навч. посіб. для юрид. фак. вузів. Київ: Вентурі, 1996. С. 36–37; Кравченко С.М. Розділ IV Екологічні права та обов'язки громадянина. *Екологічне право України: підручник для студ. вищ. навч. закладів* / А.П. Гетьман, М.В. Шульга, В.К. Попов та ін.; за ред. А.П. Гетьмана та М.В. Шульги. Харків: Право, 2006. С. 70–71; Шемшученко Ю.С. Правовые проблемы экологии. Киев: Наукова думка, 1989. С. 20–21; Бредіхіна В.Л. Конституційні

засади права громадян на безпечне навколишнє середовище: монографія / Національна юридична академія України ім. Ярослава Мудрого. Харків: Видавець ФОП Вапнярчук Н.М., 2008. С. 31; *Льків Н.В., Гасцька-Колотило Я.З.* Екологічне право: навч. посіб. Київ: Істина, 2008. С. 36–37.

⁹ Державні санітарні правила планування та забудови населених пунктів, затверджених наказом МОЗ від 19 червня 1996 р. № 173. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0379-96> (дата звернення: 29.06.2019).

¹⁰ ДБН 360-92** «Містобудування. Планування і забудова міських і сільських поселень», затверджено Наказом Держкоммістобудування від 17 квітня 1992 р. № 44. *Пожежна безпека. Протипожежні вимоги в галузі проектування і будівництва.* Київ, 1998. Т. 4. С. 189–220.

¹¹ ДБН Б.2.2-5:2011 «Планування та забудова міст, селищ і функціональних територій. Благоустрій територій», затверджено наказом Мінрегіону від 28 жовтня 2011 р. № 259. URL: <http://www.vmr.gov.ua/Branches/ContentLibrary/e0e2ccdb-7be6-429f-85cd-cddadea63f42/3/Благоустрій%20теритрій%20ДБН%20Б%20%20%205%202011.pdf> (дата звернення: 29.06.2019).

¹² Відомості Верховної Ради України. 2004. № 40 (40.42). Ст. 492.

¹³ Відомості Верховної Ради України. 2005. № 35 (35–36, 37). Ст. 446.

¹⁴ Відомості Верховної Ради України. 1991. № 6. Ст. 56.

¹⁵ Відомості Верховної Ради України. 2003. № 18. Ст. 144.

¹⁶ Відомості Верховної Ради України. 2003. № 40. Ст. 356.

Резюме

Третяк Т.О. Критерії добросусідства, закріплені у вигляді показників впливу на довкілля, чи правил розташування споруд, чи інших будівельних або санітарних правил.

У цій статті досліджено критерії добросусідства, закріплені у вигляді показників впливу на довкілля, чи правил розташування споруд, чи інших будівельних або санітарних правил.

У результаті дослідження автор робить висновок про те, що аналізовані критерії добросусідства мають діяти як спростовна презумпція. На думку автора, особливістю розглянутих критеріїв добросусідства є те, що вони повинні мати вищу юридичну силу порівняно з обов'язком вживати всіх залежних від зобов'язаного суб'єкта заходів для відвернення шкоди власності іншим власникам.

Ключові слова: право власності на земельну ділянку, обмеження права власності на земельну ділянку, захист права власності, правила добросусідства, нормативи якості довкілля.

Резюме

Третяк Т.А. Критерии добрососедства, закреплённые в виде показателей влияния на окружающую среду, или правил размещения сооружений, или иных строительных или санитарных правил.

В этой статье были исследованы критерии добрососедства, закреплённые в виде показателей влияния на окружающую среду, или правил размещения сооружений, или иных строительных или санитарных правил.

В результате исследования автор приходит к выводу о том, что анализируемые критерии добрососедства должны применяться как опровержимая презумпция. По мнению автора, особенностью рассмотренных критериев добрососедства является то, что они должны иметь высшую юридическую силу по сравнению с обязанностью принимать все зависящие от обязанного лица меры для предотвращения вреда собственности другим собственникам.

Ключевые слова: право собственности на земельный участок; ограничения права собственности на земельный участок; защита права собственности; правила добрососедства, нормативы качества окружающей среды.

Summary

Tretiak T. The Neighborliness Criteria Established as Environmental Quality Standards, or as Installation Sitting Rules, or the Other Construction or Sanitary Rules.

This article addresses the neighbourliness criteria established as environmental quality standards, or as installation sitting rules, or the other construction or sanitary rules.

As a result of the research the author concludes that analysed neighbourliness criteria shall be implemented as rebuttable presumption. Under the author opinion the specific of the analysed neighbourliness criteria is that they shall be of higher legal power than the obligation to take all measures, that the obliged person could, to prevent the damage to the other owners' property.

Key words: the ownership rights in land parcels; the restrictions on ownership rights in land parcels; the protection of ownership rights; the neighbourliness rules, the environmental quality standards.

УДК 343.1

I.В. РОГАТЮК

Ігор Володимирович Рогатюк, доктор юридичних наук, доцент, старший науковий співробітник, старший викладач Інституту спеціальної підготовки Національної академії прокуратури України, заслужений юрист України

ORCID: 0000-0002-3374-4597

РОЛЬ СПЕЦІАЛЬНОГО ПРОКУРОРА У МЕХАНІЗМІ ІМПІЧМЕНТУ ПРЕЗИДЕНТА УКРАЇНИ

Не зважаючи на надрезонансні події у нашому суспільстві, пов'язанні з інститутом Президента, жодного разу за майже три десятиліття не було застосовано процедури імпічменту, а тим більше – із залученням до цього процесу спеціального прокурора. Акцентовано, що вказана процедура перебуває на межі двох галузей права – конституційного та кримінального процесуального, у зв'язку з чим, власне, виникає проблематика їх подальшого розвитку. Акцентовано увагу на існуванні у Верховній Раді України чотирьох законопроектів з даної тематики, якими народні обранці намагаються вирішити вказані законодавчі проблеми. Та наразі вони так і залишаються не прийнятими. Для вирішення цієї проблеми пропонується з дотриманням процесуального балансу оптимізувати хронологію механізму імпічменту та процедури притягнення особи Президента України до кримінальної відповідальності.

Проблематику недоторканності Президента України досліджували такі науковці, як: С.С. Аскеров, С.Г. Волкотруб, Ю.А. Єременко, А.Ю. Кожевников, С.Г. Серьогіна та ін. Проте питання, пов'язані з реалізацією процедури імпічменту Президента та притягнення його до кримінальної відповідальності, залишаються невирішеними.

Метою статті є запровадження конструктивної моделі діяльності спеціального прокурора у механізмі імпічменту Президента України та кримінальна процесуальна діяльність, пов'язана з притягненням останнього до відповідальності.

Українські науковці не перший рік розбираються в чинних імунітетах вищих посадових осіб держав¹. Найбільшим захистом недоторканності на сьогодні володіють дві категорії осіб. Це – Президент України та народні депутати України. І якщо із депутатською недоторканністю все більш-менш зрозуміло, оскільки з цього приводу є однозначне волевиявлення 89 % громадян України на всенародному референдумі у 2000 р., про позбавлення недоторканності. Інша справа, що парламентарії так і не стали виконувати Основний Закон держави... То з недоторканністю президента дійсно існує як правова, так і процесуальна невизначеність.

Одне з питань, яке потребує врегулювання, стосується того, що ні діючий Президент України, ні колишні президенти України, які склали (припинили) свої повноваження, не належать до окремої категорії осіб, щодо якої застосовується особливий порядок кримінального провадження. Проте, якщо діючий Президент України користується правом недоторканності на час виконання своїх повноважень (ч. 1 ст. 105 Конституції України), то колишні президенти України жодних гарантій від незаконного притягнення до кримінальної відповідальності або особливостей кримінальних проваджень щодо них не мають.

Статус абсолютного процесуального захисту передбачений Конституцією України у ст. 105, згідно з якою Президент України користується правом недоторканності на час виконання своїх повноважень.

Конституційний Суд України у своєму рішенні від 10 грудня 2003 р. № 19-рп/2003 зазначив, що, на відміну від депутатської недоторканності, яка має певні обмеження, право недоторканності Президента України не може бути скасовано, призупинено або обмежено шляхом порушення проти нього кримінальної справи і переслідування в порядку кримінального судочинства. Водночас право недоторканності Президента України має обмеження в часі і діє, відповідно до Конституції України, лише на час виконання ним повноважень².

Таким чином, згідно з рішенням Конституційного Суду України Президент України на час виконання своїх повноважень не несе кримінальної відповідальності. Проте це не означає, що у випадку вчинення зло-

чину Президентом України його не можна притягнути до кримінальної відповідальності взагалі. У разі відставки або неможливості виконувати свої повноваження за станом здоров'я Президент, по суті, втрачає свій пост згідно з процедурами, передбаченими ст. ст. 109, 110 Конституції України, та в разі, якщо строки давності притягнення до кримінальної відповідальності не минули, йому може бути висунуто обвинувачення.

Отже, вищевказане рішення поставило крапку у дискусіях про те, чи може прокурор або ж власне інші повноважні суб'єкти розслідування (порушити кримінальну справу), згідно з чинним КПК – внести інформацію до ЄРДР у випадку вчинення злочину Президентом України. Відповідь однозначна – ні, не можуть. Підтвердженням наведеної тези є відсутність у ст. 480 КПК України, серед переліку осіб, щодо яких здійснюється особливий порядок кримінального провадження, посади Президента України.

У разі вчинення кримінального правопорушення Президентом України до його особи спочатку буде застосовано не норми кримінального процесуального права, а відповідно – конституційного.

Йдеться про втрату посади Президентом України, у зв'язку з імпічментом, тобто усунення з поста Верховною Радою України, відповідно до приписів ст. 111 Конституції України.

Питання щодо усунення Президента України з поста в порядку імпічменту ініціюється більшістю від конституційного складу Верховної Ради України. Після цього для проведення розслідування створюється спеціальна тимчасова слідча комісія, до складу якої входять спеціальний прокурор і спеціальні слідчі (до сьогодні не прийнято окремого закону, що має регулювати її діяльність) У США спеціальний прокурор призначається Генеральним прокурором³. За результатами роботи цієї комісії до Верховної Ради України надаються висновки і пропозиції, які розглядаються на її засіданні, і за наявності не менш як двох третин голосів народних депутатів від конституційного складу Верховна Рада приймає рішення про звинувачення Президента України.

Кінцеве рішення про усунення Президента України з поста в порядку імпічменту приймає Верховна Рада України не менш як трьома четвертими від її конституційного складу після перевірки справи Конституційним Судом України, шляхом отримання його висновку щодо додержання конституційної процедури розслідування і розгляду справи про імпічмент та отримання висновку Верховного Суду України про те, що діяння, в яких обвинувачується Президент України, містять ознаки державної зради або іншого злочину⁴.

І хоча в такому випадку спеціальна тимчасова слідча комісія, у складі якої працюють спеціальний прокурор і спеціальні слідчі, має право проводити дії, схожі з тими, що здійснюються у процесі досудового розслідування злочинів, не слід ототожнювати її з процедурою притягнення до кримінальної відповідальності. З цього приводу, як зазначає Конституційний Суд України у вже згаданому рішенні, встановлена Конституцією України процедура імпічменту за своєю правовою природою не аналогічна обвинуваченню особи відповідно до норм КПК України і є єдиним способом притягнення Президента України до конституційної, а не кримінальної відповідальності. Тобто, імпічмент у системі конституційних інститутів є позасудовим конституційним процесом, що може призвести до дострокового припинення повноважень Президента України шляхом усунення його з поста.

Таким чином, діяльність спеціальної тимчасової слідчої комісії не є досудовим розслідуванням злочину, хоча за своєю сутністю дуже нагадує його. Та в Законі України «Про регламент Верховної Ради України» у п. 2 ст. 174 зазначається, що така комісія проводить розслідування в разі виявлення під час строку її повноважень обставин щодо вчинення Президентом України державної зради або іншого злочину без додаткового прийняття рішення Верховною Радою з цього питання⁵. У зв'язку з цим прокурор, який входить до складу такої комісії, по суті не може у своїй діяльності керуватися положеннями КПК України, оскільки кримінальне процесуальне законодавство України визначає лише порядок кримінального провадження (ст. 1 КПК України), а в чинному законодавстві України посилення на таку можливість відсутнє.

Раніше це питання регулювалося положеннями Закону України «Про тимчасові слідчі комісії, спеціальну тимчасову слідчу комісію і тимчасові спеціальні комісії Верховної Ради України» від 15 січня 2009 р. № 890-VI, де у ст. 26 («Повноваження спеціального прокурора») було передбачено, що спеціальний прокурор здійснює нагляд за додержанням законів України при проведенні розслідування обставин щодо вчинення Президентом України державної зради або іншого злочину. З цією метою спеціальний прокурор користувався повноваженнями прокурора, які встановлені Законом України «Про прокуратуру» та КПК України за винятком деяких повноважень, притаманних кримінальному процесу, наприклад, порушення кримінальної справи, затримання підозрюваного, застосування запобіжного заходу, пред'явлення обвинувачення та деяких інших. Крім цього, на спеціального прокурора покладался обов'язок з перевірки одержаного від спеціальних слідчих проекту висновку спеціальної слідчої комісії та схвалення його або повернення із своїми письмовими зауваженнями і пропозиціями для доопрацювання та/або провадження додаткових слідчих дій.

Проте у 2009 р. цей Закон було визнано Конституційним Судом України таким, що не відповідає Конституції України, та, відповідно, він втратив чинність (Рішення Конституційного Суду України № 20-рп/2009 від 10 вересня 2009 р.)⁶.

Таким чином, на сьогодні повноваження спеціального прокурора – члена спеціальної тимчасової слідчої комісії чітко не регламентовані законодавством, що становить проблему, яка потребує свого вирішення.

Якнайширше дані правовідносини висвітлені у главі 30 «Порядок дострокового припинення повноважень Президента України у зв'язку з неспроможністю виконання ним своїх повноважень за станом здоров'я, а також у разі усунення Президента України з поста в порядку імпічменту» Закону України «Про регламент Верховної Ради України».

У п. 7 ст. 173 Закону України «Про регламент Верховної Ради України» зазначається тільки про те, що особи, які не є народними депутатами й обрані спеціальним прокурором, спеціальними слідчими, прикомандировуються до Верховної Ради на час роботи спеціальної тимчасової слідчої комісії та здійснюють свої службові повноваження у її складі лише відповідно до наданих їм на законних підставах доручень спеціальної тимчасової слідчої комісії.

У такій інтерпретації не зрозуміло, по-перше, чим відрізняються в цьому разі повноваження спеціального прокурора та спеціального слідчого; по-друге, в якому статусі вони перебувають стосовно один до одного, є вони рівноправними учасниками такої діяльності, чи ні.

Крім цього, положення про те, що спеціальний прокурор виконує доручення спеціальної тимчасової слідчої комісії, певним чином суперечить абз. 4 ст. 111 Конституції України та п. 2 ст. 173 Закону України «Про регламент Верховної Ради України», у яких констатовано, що спеціальний прокурор входить до складу такої комісії.

Також у ч. 3 ст. 176 Закону зазначено, що спеціальна тимчасова слідча комісія за наявності відповідних підстав готує висновок про звинувачення Президента України з урахуванням вимог до обвинувального акта, передбачених КПК України, який підписує і спеціальний прокурор. А відповідно до ч. 2 ст. 181 Закону спеціальний прокурор і слідчі проводять фактично допит свідків та експертів про обставини, які їх цікавлять. Пункт 2 ч. 6 ст. 186 Закону, взагалі говорить про виконання тих чи інших слідчих дій!

Отже, у вказаному Законі наявна термінологія кримінального процесу, але його зміст стосується галузі конституційного права. Головне питання, чи все ж таки здійснює сьогодні кримінальну процесуальну діяльність спеціальний прокурор у механізмі відсторонення Президента від своїх повноважень залишається без відповіді. Ні науковці, ні норми Конституції та законів України, на жаль, не дають повної та ґрунтовної відповіді на нього. Законодавець не наділив спеціального прокурора кримінальними процесуальними повноваженнями.

Спеціальний прокурор у цій ситуації виступає передусім як загальний дослідник, а не суб'єкт функції обвинувачення. З одного боку, можна зрозуміти таку позицію, оскільки йдеться про сферу конституційних відносин. Однак з іншого – якщо законодавець користується дефініцією «прокурор», сфера його діяльності повинна регулюватися ст. 131-1 Конституції та КПК України.

Вказану проблему, до речі, не вирішено й у декількох відповідних законопроектах, що перебувають на розгляді у Верховній Раді України.

Так, у проекті Закону України № 1097 від 28 листопада 2014 р. «Про порядок імпичменту Президента України» описуються кримінальні процесуальні повноваження Спеціального прокурора з невеликим винятком. У п. 2 ст. 13 вказано: Спеціальний прокурор користується повноваженнями прокурора, які встановлені Кримінальним процесуальним кодексом України та Законом України «Про прокуратуру», за винятком повноважень щодо внесення відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань, повідомлення про підозру, затримання підозрюваного, застосування запобіжного заходу, пред'явлення обвинувачення, продовження строку розслідування, затвердження обвинувального акта, направлення справи до суду. Однак далі у п. 3 роз'яснюється цілком логічний розвиток подій. Спеціальний прокурор, одержавши від спеціальних слідчих проект висновку комісії, перевіряє повноту та правильність розслідування обставин щодо вчинення Президентом України державної зради або іншого злочину і приймає одне з таких рішень:

схвалює проект висновку комісії;

повертає проект висновку комісії із своїми письмовими зауваженнями і пропозиціями для доопрацювання та/або провадження додаткових слідчих дій⁷.

Певним чином цю проблематику намагаються вирішити народні обранці і у законопроекті «Про спеціальну тимчасову слідчу комісію Верховної Ради України з розслідування справи про усунення Президента України з поста в порядку імпичменту» від 03 березня 2015 р. № 2278⁸, де у п. 10 ст. 6 зазначено, що Спеціальний прокурор здійснює нагляд за додержанням законів України при виконанні спеціальними слідчими їх обов'язків та має повноваження, визначені Законом України «Про прокуратуру» та Кримінальним процесуальним кодексом України, за винятком повноважень початку та проведення досудового слідства.

Тобто, право прийняття рішення по суті на підставі КПК у наведених вище проектах Закону належить не прокурору, а депутатам.

Два наступних законопроекти, на наш погляд, містять більш юридично грамотну конструкцію вирішення ситуації щодо проведення розслідування стосовно особи чинного Президента України, який вчинив кримінальне правопорушення.

У одному із них, «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення можливості усунення Президента України з поста в порядку імпичменту» від 07 грудня 2017 р. № 7381⁹, передбачається пріоритетність проведення розслідування саме спеціальним прокурором та спеціальними слідчими: проведення слідчих, негласних слідчих (розшукових), здійснення інших процесуальних дій, передбачених Кримінальним процесуальним кодексом України (ст. 174-4 Закону України «Про регламент Верховної Ради України»). А вже потім після завершення розслідування спеціальними слідчими – складанням проекту висновку спеціальної тимчасової слідчої комісії, який після схвалення його спеціальним прокурором вноситься на розгляд спеціальної тимчасової слідчої комісії.

У іншому, «Про спеціальну тимчасову слідчу комісію Верховної Ради України з імпичменту вищих посадових осіб України» від 07 лютого 2018 р. № 8014¹⁰, спеціального прокурора в складі слідчої комісії вза-

галі не передбачено. Натомість до неї пропонується включити: депутатів, сім спеціальних слідчих та дев'ять суддів у відставці. Та все ж цікавим є один із результатів діяльності цієї комісії – направлення матеріалів Слідчою комісією з імпічменту до Генеральної прокуратури України для їх вивчення та відповідного реагування. Таким чином, прокурор у вказаному законопроекті виступає не як дослідник, а вже як суб'єкт прийняття кінцевого рішення у порядку КПК.

Конституція України у ст. 111 передбачає для розслідування спеціального прокурора. Однак в Україні він жодного разу не починав роботу, незважаючи на резонансні події, які мали місце від часу проголошення незалежності та з якими суспільна думка пов'язувала президентів країни. Значною мірою це пов'язано з місцем, визначеним для нього законодавством, а саме у складі тимчасової спеціальної слідчої комісії, яка діє у процесі імпічменту Президента, а також із занадто ускладненої процедури. У США цей інститут широко застосовують щодо резонансних суспільно значущих подій, а не тільки стосовно розслідування діяльності президентів¹¹.

Викладений вище аналіз різних думок науковців, положень Конституції, законів України та інших країн, а також законопроектів, дає нам змогу дійти певних висновків та пропозицій щодо необхідності удосконалення діючої регламентації статусу спеціального прокурора.

Оскільки рішенням Конституційного Суду заборонено розпочинати розслідування щодо Президента України згідно з чинним КПК, то й участь прокурора у складі тимчасової слідчої комісії є недоцільною.

У ст. 131-1 Конституції України визначено дві основні функції прокурора стосовно вчинених злочинів:

1) організація і процесуальне керівництво досудовим розслідуванням, розв'язання відповідно до закону інших питань під час кримінального провадження, нагляд за негласними та іншими слідчими і розшуковими діями органів правопорядку;

2) підтримання публічного обвинувачення в суді. Саме тому його пропонується виключити зі складу спеціальної тимчасової слідчої комісії (далі – ТСК).

Враховуючи хронологію збору матеріалів ТСК, що свідчать про вчинення злочину Президентом України, слід законодавчо передбачити обрання спеціального прокурора після завершення діяльності комісії та отримання нею усіх необхідних висновків, тобто після процедури імпічменту. По закінченню конституційної процедури позбавлення особи статусу Президента України, в дію негайно вступає кримінальне процесуальне законодавство, згідно з яким спеціальний прокурор, на підставі матеріалів ТСК, вносить інформацію про злочин до ЄРДР стосовно колишнього Президента та у повному обсязі проводить розслідування. Для цього останнього необхідно наділити кримінальними процесуальними повноваженнями процесуального керівника зі спеціальним статусом щодо залучення наявних сил, засобів і можливостей правоохоронних органів.

Доповнивши законодавство таким процесуальним механізмом, ми оптимізуємо процедуру імпічменту Президента та остаточно усунемо колізію конституційних та кримінальних процесуальних норм, чітко визначивши місце та роль Спеціального прокурора.

¹ Кожевников А.Ю. Імунітет Президента України: проблеми законодавчого регулювання. *Право і Безпека*. 2009. № 4 (31). С. 13–19; Серьогіна С.Г. Теоретично-правові та організаційні засади функціонування інституту президентства в Україні: монографія. Харків: Ксилон, 2001. 248 с.; Волкотруб С.Г. Кримінально-процесуальний аспект імунітету Президента України. *Університетські наукові записки*: часопис Хмельницького ун-ту управління та права. 2005. № 1–2 (13–14). С. 231–236.

² Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 47 народних депутатів України про офіційне тлумачення положень частини першої статті 105, частини першої статті 111 Конституції України (справа щодо недоторканності та імпічменту Президента України): рішення від 10 груд. 2003 р. № 19-рп/2003. URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/v019p710-03>

³ Єременко Ю.А. Інститут спеціального прокурора в США та Україні: порівняльно-правовий аналіз. *Вісник кримінального судочинства*. 2017. № 2. С. 177.

⁴ Конституція України: Закон України від 28 черв. 1996 р. № 254к/96. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/254к/96-вр>

⁵ Про Регламент Верховної Ради України: Закон України від 10 лют. 2010 р. № 1861-VI. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua>

⁶ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Президента України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України «Про тимчасові слідчі комісії, спеціальну тимчасову слідчу комісію і тимчасові спеціальні комісії Верховної Ради України»: рішення від 10 вересня 2009 р. № 20-рп/2009. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v020p710-09>

⁷ Про порядок імпічменту Президента України: проект Закону України від 28 листоп. 2014 р. № 1097. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=52516

⁸ Про спеціальну тимчасову слідчу комісію Верховної Ради України з розслідування справи про усунення Президента України з поста в порядку імпічменту: проект Закону України від 03 березня 2015 р. № 2278. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=54245

⁹ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення можливості усунення Президента України з поста в порядку імпічменту: проект Закону України від 07 грудня 2017 р. № 7381. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=63113

¹⁰ Про спеціальну тимчасову слідчу комісію Верховної Ради України з імпічменту вищих посадових осіб України: проект Закону України від 07 лютого 2018 р. № 8014. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=63445

¹¹ Єременко Ю.А. Інститут спеціального прокурора в США та Україні: порівняльно-правовий аналіз. *Вісник кримінального судочинства*. 2017. № 2. С. 177.

Резюме

Рогатюк І.В. Роль спеціального прокурора у механізмі імпічменту Президента України.

Розглянуто «Status quo» процедури притягнення Президента України до кримінальної відповідальності за вчинення злочину. Підтверджено, що така процедура є занадто ускладненою, проблематичною та слабо реалізованою. За змістом Конституції, рішень Конституційного Суду та чинного законодавства для притягнення Президента України, який вчинив злочин, необхідно спочатку реалізувати конституційний механізм його імпічменту, а вже потім застосувати повноваження Кримінального процесуального кодексу. Проаналізовано повноваження спеціальної тимчасової слідчої комісії з розслідування дій Президента, до складу якої входить спеціальний прокурор. Наголошено на відсутні кримінальних процесуальних повноважень спеціального прокурора як члена ТСК.

Водночас проаналізовано місце, роль і процесуальні можливості спеціального прокурора для реалізації повноважень у цій сфері. З метою вирішення зазначеної проблематики запропоновано зміни до Конституції, Кримінального процесуального кодексу та інших пов'язаних законодавчих актів.

Ключові слова: спеціальний прокурор, тимчасова слідча комісія, імпічмент Президента України, притягнення до відповідальності, процесуальний керівник.

Резюме

Рогатюк І.В. Роль спеціального прокурора в механізмі імпічменту Президента України.

Рассмотрено «Status quo» процедуры привлечения Президента Украины к уголовной ответственности за совершение преступления. Подтверждено, что такая процедура слишком осложненная, проблематичная и слабо реализована. Исходя из Конституции, решений Конституционного Суда и действующего законодательства для привлечения Президента Украины, совершившего преступление, необходимо сначала реализовать конституционный механизм его импичмента, а уже потом применить полномочия Криминального процессуального кодекса. Проанализированы полномочия специальной временной следственной комиссии по расследованию действий Президента, в состав которой входит специальный прокурор. Сделано ударение на отсутствии криминальных процессуальных полномочий специального прокурора как члена ВСК.

Вместе с тем проанализировано место, роль и процессуальные возможности специального прокурора для реализации полномочий в этой сфере. С целью решения указанной проблематики предложены изменения в Конституцию, Криминальный процессуальный кодекс и других связанных законодательных актов.

Ключевые слова: специальный прокурор, временная следственная комиссия, импичмент Президента Украины, привлечение к ответственности, процессуальный руководитель.

Summary

Rogatyuk I. The role of the special prosecutor in the mechanism of impeachment of the President of Ukraine.

It is considered the “status quo” procedure for bringing the President of Ukraine to criminal responsibility for committing a crime. It is confirmed that such a procedure is too complicated, problematic and poorly implemented. Based on the Constitution, the decisions of the Constitutional Court and the current legislation to attract the President of Ukraine, who committed a crime, the constitutional mechanism of his impeachment must be firstly implemented, and only then must be applied the powers of the Criminal Procedure Code. The powers of the special temporary investigative commission, which includes a special prosecutor to investigate the actions of the President, are analyzed. The emphasis is placed on the absence of criminal procedural powers of a special prosecutor as a member of the temporary investigative commission.

At the same time, the place, role, and procedural opportunities of the special prosecutor for the exercise of authority in this area were analyzed. In order to solve this problem, amendments to the Constitution, the Criminal Procedure Code and other related legislation are proposed.

Key words: special prosecutor, temporary investigative commission, impeachment of the President of Ukraine, bringing to responsibility, procedural leader.

В.Г. АНДРОСЮК, Ю.А. СУДЕНКО

Вячеслав Георгійович Андросюк, кандидат психологічних наук, професор, провідний науковий співробітник Національної академії внутрішніх справ
ORCID: 0000-0002-9106-2586

Юлія Анатоліївна Суденко, ад'юнкт Національної академії внутрішніх справ
ORCID: 0000-0002-1285-4527

ПРОБЛЕМА БУЛІНГУ В СУЧАСНОМУ ЮРИДИКО-ПСИХОЛОГІЧНОМУ ПРОСТОРІ УКРАЇНИ

Радикальні зміни, що нині відбуваються в Україні на шляху розбудови громадянського суспільства, відзначаються двома взаємовиключними тенденціями. Перша полягає в демократизації і лібералізації різних сфер громадського життя, натомість друга – у загостренні суспільних протиріч і культивуванні різного роду міжособистісних та групових конфліктів. Несприятливий психологічний клімат у родинних викликаній матеріальними, житлово-побутовими проблемами, різноманітними негараздами серед подружніх пар, загальною кризою інституту шлюбу та сім'ї. Відсутність цілісної державної системи виховання, поляризація навчання за статусно-майновими ознаками, недоліки сімейного виховання та педагогічного спілкування руйнівним чином позначається на формуванні підростаючого покоління громадян.

Зазначені негаразди сприяють загостренню в суспільстві відносно нового (принаймні в понятійному та методологічному значеннях) феномена, а саме – булінг-поведінки. Проблема булінгу, надзвичайно поширеного нині в молодих спільнотах явища, недостатньо вивчена в нашій країні ні з теоретичної, ні з практичної сторін. Небезпечність булінгу полягає, по-перше, в його звичаєвості практично в усіх освітніх установах і молодіжних соціальних стратах; по-друге, в тому, що він виступає безпосередньою причиною різних форм насильницької протиправної поведінки; по-третє, у відсутності дієвих механізмів правового регулювання відповідальності за булінгову поведінку як форму групового насильницького посягання на життя та здоров'я особи і, врешті, в тому, що за певними ознаками булінг необхідно віднести до одного із різновидів адикції.

Проблема булінгу з різних причин замовчується дорослими (вихователями, педагогічним колективом), які, дбаючи про власну репутацію та репутацію навчального закладу, цю проблему ігнорують, а батьки часто не вважають її проблемою, або ж, хвилюючись за власних дітей, переводять їх до іншого навчального закладу чи ізолюють від соціуму. Непоодинокі випадки залучення самих вчителів у булінговий процес, де вони можуть виступати в ролі ініціаторів чи навіть агресорів, оскільки вважають булінг зручним засобом колективного дисциплінарного впливу, внаслідок чого проблема набуває більших обсягів і жорстокості прояву. Врешті, останнім часом насильство торкнулось і самих вчителів, які стають жертвами булінг-поведінки з боку неадекватно реагуючих учнів та їх батьків.

У світовій освітній практиці найбільш визнано поширення такого явища, як шкільний булінг. Ця універсальна соціальна проблема існує і поширюється, однак допіру ретельно не досліджена і не має ефективних засобів усунення. За результатами досліджень, проведених UNICEF у 2017 р., встановлено, що в Україні 67 % дітей віком від 11 до 17 років стикалися з проблемою булінгу (цькування) протягом терміну дослідження. При цьому 24 % дітей стали жертвами булінгу, з числа котрих 48 % нікому не розповідали про ці випадки.

У жовтні 2018 р. внесено зміни до Кодексу України про адміністративні правопорушення¹, який доповнено ст. 173-4, що наводить юридичне визначення поняття «булінг», встановлює за нього відповідальність, а також за приховування випадків булінгу працівниками навчальних закладів. Залежно від тяжкості порушення, встановлюється штраф від 340 до 3400 грн, який сплачується або батьками порушників, або самими кривдниками, які досягли 16-річного віку, з якого громадяни підлягають адміністративній відповідальності.

Ці первинні кроки у законодавчих актах України, на нашу думку, потребують уточнення, конкретизації та можливої перспективності щодо внесення окремих форм та наслідків булінг-поведінки до інституту кримінальної відповідальності.

Проблемами методології дослідження насильства та агресії в підлітковому середовищі опікувались відомі іноземні (Е. Фромм, В. Райх, А. Берковіц, Є. Самовічев, О. Реан, Ю. Антонян) та вітчизняні (Л. Балабанова, О. Бандурка, В. Друзь, В. Кришталь, М. Фіцула) фахівці. Однак суттєвими недоліками більшості досліджень є фрагментарний підхід до вивчення феномена насилля, відсутність системності у з'ясуванні юридичних, соціально-педагогічних і психологічних чинників булінгу.

Найбільш яскраво булінг представлено у школі – осередку, в якому середньостатистичний підліток проводить більшість часу. Перші тривожні публікації на тему шкільного приниження і знущання з'явилися ще

в 1905 році. Вже у 1910 р. на конгресі «Про суїцид серед учнів середньої школи» З. Фрейд, А. Адлер та У. Стекел наголошували на відповідальності групового цькування за суїцид учнів. Тому проблематика булінгу найбільше відображена в дослідженнях його прояву в шкільних спільнотах (Д. Ольвеус, Е. Ролланд, Л. Кішлі, Д. Лейн, В. Ортон, Д. Таттум, А. Король, О. Ліщинська, Ю. Пестерева). Разом із тим шкільному середовищі булінг набуває найбільш виразних і різнобічних форм та проявів, його негативні наслідки найчисельніші. Перше визначення терміна «булінг» міститься в роботі Д. Ольвеуса², під яким розуміються «... повторювані, свідомі, навмисні та обдумані дії з наміром нашкодити, викликати страх шляхом погрози подальшою агресією». Стан справ в Україні погіршується внаслідок тенденцій посилення агресивності в царині підлітків, що підтверджується даними Всесвітньої організації охорони здоров'я (далі – ВООЗ), за якими Україна посідає четверту сходинку серед країн Європи за рівнем проявів агресії підлітків, після Росії, Албанії та Білорусі³.

Нині за ст. 173-4 «Кодексу України про адміністративні правопорушення», запровадженою відповідно до Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо протидії булінгу (цькуванню)», булінг (цькування) – діяння учасників освітнього процесу, які полягають у психологічному, фізичному, економічному, сексуальному насильстві, у тому числі із застосуванням засобів електронних комунікацій, що вчиняються стосовно малолітньої чи неповнолітньої особи або такою особою стосовно інших учасників освітнього процесу, внаслідок чого могла бути чи була заподіяна шкода психічному або фізичному здоров'ю потерпілого.

Однак у гносеологічному плані вважаємо недоцільним обмежувати кваліфікацію булінгу виключно як феномена, притаманного шкільному учнівському осередку. Булінг, як суспільне явище, має свою природу і детермінанти розвитку, він не виникає і не зникає раптово. Хоча генеза булінгу не знайшла системного відображення в дослідженнях, його витоки можна виявити вже на рівні дитячих груп первинного спілкування, зокрема, – у старших групах дитячих освітніх закладів (дитячих садках). Ще В. Франкл, який займався груповою психотерапією, помітив, що у 5–6-річному віці у дітей повністю сформовано схильність до групових видів діяльності, а, отже, і включення основних механізмів соціальної ідентифікації і стратифікації. Тому в дошкільному віці починає домінувати прагнення до спілкування з іншими дітьми. Разом з тим, за Е. Еріксоном, загострюється конфліктність, що породжується, по-перше, відчуттям власної незалежності та поширенням параметрів самооцінки, а, по-друге, – необхідністю засвоєння соціальних норм поведінки.

Американські фахівці в галузі дитячої психології Девід Лейн та Ендрю Міллер вважають булінг тривалим фізичним або психічним насильством з боку індивіда або групи стосовно індивіда, котрий не спроможний захистити себе в конкретній ситуації.

Існує визначення булінгу, в якому виразно підкреслюються юридико-психологічні кваліфікаційні ознаки, зокрема – це насильство, що має умисний характер і проявляється, як правило, у тривалих, неодноразово повторюваних діях фізичного та/або психічного характеру з боку особи або групи осіб, які володіють певними перевагами (фізичними, адміністративними, психологічними тощо), вчинюваних з певною, визначеною метою (заякати, примусити зізнатися у чомусь, покарати за вчинення якогось діяння тощо). Саме це визначення дозволяє констатувати притаманність булінгу будь-яким спільнотам, незалежно від вікових, статусних, расових, статевих, релігійних та інших особливостей. На відміну від несистематичного діяння у вигляді групового посягання на життя та здоров'я громадян, що безумовно кваліфікується як злочин, булінг не має на меті позбавлення життя особи, а виключно знущання, приниження, цькування, орієнтовані на тривалий термін групового впливу. Саме тому, з метою конкретизації ознак саме булінгу, ступеня та критеріїв заподіяної шкоди, диференційованості відповідальності тощо, проведення системних досліджень цього феномена необхідно визнати актуальним та перспективним.

Дослідження підліткового булінгу спирається на певні психологічні постулати, які виступають в якості пояснювальних принципів агресивної поведінки дітей, своєрідності підліткової жорстокості в сучасних умовах, детермінант негативних тенденцій щодо насильства в шкільних спільнотах. Так, дослідженнями Ю. Антоняна, Є. Самовічева, В. Оржеховської встановлено, що в підлітковому віці одним із видів негативної поведінки є агресивна поведінка, яка нерідко набуває ворожої форми (бійки, словесне приниження, бойкот, нехтування, зневага). Для окремих дітей прояв агресивних форм поведінки є формою ствердження себе в колі ровесників. Ситуація поглиблюється низьким рівнем загальної культури та нестабільністю суспільства, культури спілкування населення, міжособистими та міжгруповими конфліктами. Віковий діапазон агресивних дій зсувається в бік зменшення. З'являються все нові види негативної поведінки: підлітки беруть участь у організаціях екстремістів, співпрацюють зі злочинцями. На жаль, непоодинокі випадки відеореєстрації актів насилля на мобільні телефони та розміщення інформації в Інтернеті, глузування з однолітків та вчителів. Стає все важче визначити агресивнішу стать, оскільки дівчата іноді виявляють більше агресії, ніж хлопці.

Цікаво, що структура булінгу останнім часом все більше трансформується в бік переважання маніпулятивної поведінки і суто психологічного насильства над насильством фізичним, хоча це не слід сприймати як покращення ситуації з фізичної агресією. Психологічна форма булінгу виразніша, ніж інші його форми, залежить від культурного опосередкування емоційних проявів, прийнятих патернів спілкування в сім'ї і ставлення до дітей. Слід вказати, що психологічне насильство, на наш погляд, виступає підґрунтям будь-якого іншого виду насильства. Взагалі, до психологічного насильства рідко ставляться як до насильства, його вплив на життя дитини часто недооцінюють, воно рідко розглядається як підстава для втручання. Пошире-

ність цієї форми насильства важко виміряти в конкретних показниках у зв'язку з проблемністю його виявлення та недостатньою формалізованістю.

Загалом ми вважаємо, що схильність до булінг-поведінки може формуватись ще в дитячому віці, її витoki знаходяться у своєрідності виховання дитини, засвоєнні культивованих в родині патернів насильницької поведінки. Безумовно, перш ніж вести мову про формування схильності до булінг-насильства в дитинстві, слід з'ясувати, що саме розуміється як насильство. Насильство, за словником В. Даля, – це свавільна та протизаконна дія, що заважає і ображає⁴. А. Іващенко, А. Марченко та Р. Шарапов⁵ розуміють насильство як активну соціальну діяльність, безпосередньо спрямовану проти вільного волевиявлення іншої особи. Думку про те, що насильницький вплив на особу полягає у певному примушуванні до дій, які суперечать її бажанням, значно раніше висловлював А. Піонтковський⁶. Викладеним поглядам, однак, притаманна певна обмеженість. По-перше, відсутність ознаки незаконності дій під час насильства значно розширює зміст цього поняття. Тому навіть захист під час необхідної оборони слід було б вважати насильством, що є неприпустимим. Подібне тлумачення насильства, як, наприклад, при вихованні дитини (заборона дивитися телевизор, грати на комп'ютері, спілкуватись з певними дітьми, їсти брудними руками тощо), не має конкретних, науково обґрунтованих меж. По-друге, насильство полягає не лише в обмеженні волевиявлення особи, а й у заподіянні їй певних фізичних або психічних травм.

Тому, певною мірою, нам імпонує позиція Л. Гаухмана, який вважає насильство суспільно небезпечним, протиправним впливом на організм людини, здійсненим проти її волі⁷. Підкреслюючи цілком обґрунтовано протиправність як обов'язкову ознаку насильства, правник, тим не менше, не бере до уваги психологічну складову насильства, обмежуючись виключно фізичним характером впливу.

Психоаналітичний підхід Едварда Гловера у розумінні детермінант формування характеру людини змушує визнати насильство одним із результатів конфлікту між примітивними інстинктами, якими наділена кожна особа, та альтруїстичним кодексом, установленим в суспільстві⁸.

Американські дослідники М. Сінгер та Дж. Лаліч у роботі «Культури в нашій свідомості»⁹ пропонують низку різновидів деструктивного впливу на суспільство та окрему особу. До найбільш продуктивних різновидів вони відносять примусове переконання, реформування мислення, контролювання свідомості, експлуатуюче переконання, групове та індивідуальне насильство.

Дослідник психологічного насильства в родині О. Орлов під психологічним насильством розуміє «... навмисне маніпулювання дорослими дитиною як об'єктом, ігнорування його суб'єктних характеристик (свободи, гідності, прав тощо), або ж руйнівні ... чи фіксовані відносини «дорослий-дитина», що призводять до різних деформацій психічного (поведінського, інтелектуального, емоційного, комунікативного, особистісного) розвитку»¹⁰. Перелік різновидів психологічного насильства виглядає наступним чином:

- психологічний вплив (погрози, приниження, образи, гіпертрофована критика, неправда, ізоляція, заборона на поведінку та емоційне реагування, ігнорування вітальних потреб тощо);

- психологічні ефекти (втрата довіри, розмита самоідентичність, зовнішній локус контролю, тривожність, порушення сну, депресія, агресивність, поступливість, комунікативна некомпетентність, знижена самооцінка, шкільна неуспішність, уособленість, схильність до суїциду, затримка фізичного та психічного розвитку);

- психологічні взаємодії (домінантність, непередбачуваність, неадекватність, ригідність, безвідповідальність, невпевненість, самоприниження тощо).

Безумовно, переважна більшість зазначених різновидів психологічного насильства, відповідної симптоматики і наступних поведінкових змін спостерігається при реалізації булінгу незалежно від характеристик соціального середовища, об'єкта насильства, мети його здійснення.

Розвиток сучасних поглядів на проблему психологічного насильства допомагає диференціювати його форми, в основному з метою конкретизації соціальних умов та чинників феномена, механізмів реалізації, наслідків, юридичної відповідальності та напрямів превенції і психотерапії. Зокрема, найбільш типовими формами психологічного насильства є суто булінг, мобінг, хейзінг, кібермобінг і кібербулінг. Фактично булінг та мобінг – схожі поняття, феноменологічно – це цькування. Відмінність їх полягає в тому, що активним суб'єктом булінгу (булером, булі) є конкретна особа, а суб'єктом мобінгу – соціальне угруповання. Під хейзінгом (англ. hazing) розуміються неформальні, зазвичай суттєво принизливі, насильницькі ритуали, дотримання яких вимагається від новачка при вступі до конкретного соціального угруповання, або від окремих осіб для підтримання в групі належної ієрархії. Прикладами хейзінгу можуть слугувати ритуали «входження на посаду», армійська «дідівщина», перевірка новачка в шкільному осередку «на міцність», ритуали як елемент молодіжної чи злочинної субкультури тощо.

З метою визначення можливих напрямів та шляхів запобігання булінгу в шкільному середовищі нами було здійснено констатувальне дослідження, в якому за допомогою спеціально складеної анкети, варіанти якої були орієнтовані на респондентів із числа учнів, батьків та персоналу шкільних установ, отримано низку значимих показників, що характеризують розуміння різними статусно-віковими стратами феномену булінгу, його форм і гостроти прояву; юридико-криминологічних чинників – локалізацію події цькування, частоту прояву, особливості особистості булерів та їх жертв, ставлення суспільного оточення до булінгу, мобінгу, кібербулінгу; варіанти очікуваної правової та соціальної допомоги тощо.

Загальний обсяг вибірки обстеження – 180 осіб, з числа котрих 40 вчителів, 40 батьків та 100 учнів (дівчат і хлопців) 5–9 класів закладів середньої загальної освіти м. Києва.

Результати опитування свідчать про наступне. Наявність проблеми шкільного булінгу та необхідність її нагального вирішення визначили 78 % усіх опитаних. При цьому розподіл цієї думки за дослідженими стра- тами становив: 92 % батьків, 64 % вчителів та 74 % школярів.

Стосовно форм здійснення булінг-поведінки, більшість респондентів такими визнали фізичну травма- тизацію (97 %), образи і приниження (88 %) та сексуальні домагання (контактні і словесні – 68 %). Дещо менші показники стосуються таких форм, як навмисного псування майна, продуктів харчування (64 %), вер- бальної стигматизації та образливих прізвиськ (48 %). Однак, якщо середні дані щодо фізичної травматизації (побиття, незначні uszkodження) суттєво не розрізняються в опитуванні батьків, вчителів та учнів, то коли йдеться про образи, приниження і прізвиська, то в дослідженні виявлено певні відмінності. Зокрема, психот- равмуючий ефект принижень і прізвиськ визнали значущим в ситуації булінг-поведінки 78 % школярів і лише 42 % батьків і вчителів. Встановлене можливо пояснити більшою соціальною адаптованістю дорослих і, навпаки, значно більшою чутливістю дитячого віку до почуттєвої, етико-духовної сфери соціальної оцінки особистості, зниженими порогами образливості та підвищеною емоційністю. Досить цікавими є диференціації в оцінці булінгу на сексуальному підґрунті. Так, якщо опитування батьків виявило достатньо високі показники (76 %), особливо щодо учнів 6–8 класів, то думки вчителів з цього приводу менш виразні (41 %), а дані опитування дітей становлять усього 16 %. Цікавими виявились відмінності у булінгу на сек- суальному ґрунті в групах опитаних дітей різних вікових категорій. Так, сексуальні приниження і цькування зазначили 22 % дівчат та 15 % хлопців у віці 11–12 років, 36 % дівчат та 9 % хлопців у віці 13–14 років і при- близно порівну (16 %) дівчат і хлопців у віці 15–16 років. Загалом невисокі показники в учнівській категорії можна пояснити певною «утаємненістю» цієї сфери стосунків в опитуванні дорослими, а зниження даних з віком – наявністю первинного досвіду старших школярів у сексуальних стосунках.

Значне занепокоєння в осередку школярів повинні викликати значні показники мобінгу – групового переслідування, цькування та змушання. Зокрема, якщо в царині вікової категорії 11–12-річних головним чином мобінг реалізується у формі словесних образ, прізвиськ та штовханини без намагання нанести фізичні uszkodження (82 % дітей та 54 % вчителів), то у міру збільшення віку опитаних групову фізичну травма- тизацію, групове презирство та цькування як в школі, так і поза її межами відзначають 70 % учнів та 38 % вчи- телів. Безумовно, слід враховувати об'єктивні психологічні закономірності, якими є групова ідентифікація, стратифікація та первинна корпоратизація – феномени, притаманні дітям середнього та старшого шкільного віку на рівні формування первинного досвіду соціальної взаємодії. Однак, враховуючи тяжкість психологіч- ної травматизації особистості саме від групового посягання (суїцидальні спроби, неконтрольована агресія тощо), шкільний мобінг потребує вжиття науково обґрунтованих заходів як з боку батьків (компенсація нега- раздів зовнішнього групування в родинному середовищі, взірці прийняття компромісних рішень), так і з боку вчителів (насамперед – щодо своєчасності виявлення фактів мобінгу), кваліфікованих психологів (тре- нінги групової взаємодії, техніки безконфліктної комунікації тощо) та правників (роз'яснювально-просвіт- ницька робота, превенція протиправної групової поведінки). Стосовно ж проявів кібербулінгу, неможливо переоцінити роль родинного середовища як соціального контролера та наставника. Загалом, існуючий науко- вий матеріал [Див. напр. 11, 12] свідчить про переважну дослідницьку увагу щодо з'ясування низки детермі- нант саме соціальної природи, які породжують булінг-поведінку. Натомість, дослідження суб'єктивних, осо- бистісних чинників, які характеризують психологічний профіль булера (булі), жертви, структуру мобінг- угруповання тощо, допоки не знайшли ефективної практичної реалізації.

Зважаючи на недостатнє дослідження проблеми булінгу в середовищі дітей і, особливо, в дорослому (сімейному, професійному, соціальному) середовищі, вважаємо за доцільне і перспективне вивчення умов та чинників, що породжують феномен булінгу у різних його формах, динаміці та суб'єктах здійснення. Отри- мані результати сприятимуть опрацюванню дієвих інструментів превенції та запобігання зазначеного право- порушення.

¹ Кодекс України про адміністративні правопорушення. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/80731-10>

² Olweus Dan. *Bullying at School: What We Know and What We Can Do*. London-Oxford: Blackwell Publishing, London- Oxford, 1993. 152 p. P. 140.

³ Закон України “Про попередження насильства в сім'ї” від 15.11.2001 р. № 2789-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/80731-10>

⁴ Даль В.И. Толковый словарь живого великорусского языка. Москва: АСТ, 1979. Т. 2. 779 с. С. 469.

⁵ Шаповалов Р.Д. Физическое насилие в уголовном праве. Санкт-Петербург: Юрид. центр Пресс, 2001. 190 с. P. 120.

⁶ Пионтковский А.А. Преступления против личности. Москва: Юридическая литература, 1938. 300 с. С. 88.

⁷ Гаухман Л.Д. Борьба с насильственными посягательствами. Москва: Юридическая литература, 1969. 177 с. С. 3.

⁸ Норрис Дж. Серийные убийцы / пер. с англ. Москва: КРОН-ПРЕСС, 1998. 388 с.

⁹ Singer M.T., Lulich J. *Cults in our midst*. San Francisco: Jossey-Bass Publishers, 1995. 379 p. P. 76.

¹⁰ Орлов О.Ю. Психологическое насилие в семье – определение, аспекты, основные направления оказания психологичес- кой помощи. *Психолог в детском саду*. 2000. № 2–3. С. 182–187.

¹¹ Пилипенко В. Підліткова агресія у контексті сучасної соціокультурної ситуації. *Соціологія: теорія, методи, маркетинг*. 2004. № 4. С. 2–24.

¹² Оржеховська В.М. Профілактика правопорушень серед неповнолітніх. Київ: Ві-Ан, 1996. 348 с.

Резюме

Андросюк В.Г., Суденко Ю.А. Проблема булінгу в сучасному юридико-психологічному просторі України.

Стаття присвячена дослідженню проблеми булінгу – відносно нового, щодо кваліфікації та відповідальності, різновиду правопорушення. Зміст булінг-поведінки полягає в колективному чи індивідуальному знущанні і цькуванні однієї чи декількох осіб, які відрізняються від агресорів за віковими, релігійними, статусними, гендерними, габітарними та іншими ознаками. Булінг та його різновиди – мобінг, хейзінг, кібербулінг, становлять суттєву суспільну небезпеку, оскільки не лише порушують законні права та інтереси людини, а й призводять до шкідливих наслідків для психічного здоров'я жертв. Анкетне опитування 180 осіб, з числа вчителів, батьків та учнів 5–9 класів закладів середньої загальної освіти дало змогу встановити актуальність протидії цьому феномену (78 % усіх опитаних). Визначено структуру форм здійснення булінг-поведінки: фізичну травматизацію (97 %), образи і приниження (88 %), сексуальні домагання (контактні і словесні – 68 %), навмисне псування майна, продуктів харчування (64 %), вербальна стигматизація та образливі прізвиська (48 %). Виявлено диференціацію оцінки окремими категоріями опитаних небезпечності булінгу у вигляді образ, фізичних ушкоджень та принижень на сексуальному ґрунті. Окреслено перспективи правового та психотерапевтичного реагування на прояви булінгу та його превенцію.

Ключові слова: булінг, булінг-поведінка, булер, агресія, юридико-психологічні детермінанти, мобінг, хейзінг, превенція.

Резюме

Андросюк В.Г., Суденко Ю.А. Проблема буллинга в современном юридико-психологическом пространстве Украины.

Статья посвящена исследованию проблемы буллинга, относительно новой, касательно квалификации и ответственности, разновидности правонарушения. Смысл буллинг-поведения состоит в коллективном или индивидуальном издевательстве и травле одной или нескольких персон, которые отличаются от агрессоров возрастными, религиозными, статусными, гендерными, габитарными и иными признаками. Буллинг и его разновидности – моббинг, хейзинг, кибербуллинг, представляют собой значительную общественную опасность, поскольку не только нарушают законные права и интересы человека, но и приводят к вредным последствиям для психического здоровья жертв. Анкетный опрос 180 лиц из числа учителей, родителей и учеников 5–9 классов учреждений среднего общего образования позволило установить актуальность противодействия этому феномену (78 % всех опрошенных). Определена структура форм осуществления буллинг-поведения: физической травматизации (97 %), оскорблений и унижений (88 %), сексуальных посягательств (контактных и словесных – 68 %), умышленной порчи имущества, продуктов питания (64 %), вербальной стигматизации и оскорбительных прозвищ (48 %). Выявлена дифференциация оценки отдельными категориями опрошенных степени опасности буллинга в виде оскорблений, физических повреждений и унижений на сексуальной почве. Очерчены перспективы правового и психотерапевтического реагирования на проявления буллинга и его превенцию.

Ключевые слова: буллинг, буллинг-поведение, буллер, агрессия, юридико-психологические детерминанты, моббинг, хейзинг, превенция.

Summary

Androsyuk V., Sudenko J. Problem of Bullying into Modern Legal-Psychological Area of Ukraine.

The article is devoted to researching the problem of bullying, a relatively new one, regarding qualification and responsibility, a type of offense. The meaning of bullying-behavior is collective or individual mockery and harassment of one or several people who differ from aggressors by age, religion, status, gender, dimensional and other signs. Bullying and its varieties – mobbing, huizing, cyber-bulling, constitute a significant public danger, since they not only violate the legal rights and interests of a person, but also lead to harmful consequences for the mental health of victims. The danger of bullying is, firstly, in its familiarity in almost all educational institutions and youth groups; secondly, that he is the cause of various forms of violent unlawful behavior; thirdly, in the absence of effective mechanisms of legal regulation of responsibility for bullying-behavior as a form of group violent encroachment on the life and health of a person; finally, on certain grounds, bullying is a type of addiction. A questionnaire survey of 180 people from among the students, parents and pupils of grades 5–9 of institutions of secondary education made it possible to establish the relevance of counteracting this phenomenon (78 % of all respondents). The structure of forms of implementing bullying-behavior was determined: physical traumatization (97 %), insults and humiliation (88 %), sexual assault (contact and verbal – 68 %), willful damage to property, goods (64 %), verbal stigma and offensive nicknames (48 %). The differentiation of assessment by separate categories of respondents of the danger of bullying in the form of insults, physical injuries and humiliations on sexual grounds was revealed. For explaining the reasons of school bullying, it is necessary to take into account the objective psychological patterns that consist of group identification, stratification and primary corporate nature – phenomena, inherent in children of middle and senior school age at the stage of forming the primary experience of social interaction. However, taking into account the harm of psychological trauma to the individual from group harassment, school bullying and mobbing require the use of science-based measures from parents and teachers, qualified psychologists and lawyers. The perspectives of legal and psychotherapeutic response to manifestations of bullying and its prevention are outlined.

Key words: bullying, bullying-activity, bullier, aggression, juridical-psychological determinants, mobbing, heysing, prevention.

А.В. АНДРУШКО

Андрій Васильович Андрушко, кандидат юридичних наук, доцент, доцент Ужгородського національного університету

ORCID: 0000-0002-7735-7898

**ЗАПОБІГАННЯ НЕЗАКОННОМУ ПОЗБАВЛЕННЮ ВОЛІ
АБО ВИКРАДЕННЮ ЛЮДИНИ**

Як відомо, в процесі історичного розвитку людство використовувало два основні способи реагування на злочинність: посилення покарання за вчинені злочини та запобігання злочинам. Поступово дедалі більше зміцнювалось усвідомлення того, що саме запобігання злочинам є найбільш ефективним способом впливу на злочинність. Не є винятком і злочини проти волі, честі та гідності особи.

Певну увагу проблемним питанням запобігання злочинам проти волі, честі та гідності особи загалом та незаконному позбавленню волі чи викраденню людини зокрема приділили В.С. Батиргареева¹, В.В. Голіна², О.В. Лисодєд³ та інші вітчизняні кримінологи. Разом із тим відповідна проблематика продовжує залишатись малорозробленою та перспективною для подальших досліджень.

Мета статті полягає у розробленні системи заходів загальносоціального та спеціально-кримінологічного запобігання незаконному позбавленню волі чи викраденню людини (ст. 146 Кримінального кодексу України).

Запобігання незаконним позбавленням волі та викраденням людей слід розглядати як багаторівневу систему заходів, спрямованих на усунення або нейтралізацію причин та умов вказаних злочинів на загальносоціальному, спеціально-кримінологічному та індивідуальному рівнях. З огляду на складний характер детермінації розглядуваних злочинів, складними є й об'єкти запобіжного впливу, на які має бути спрямована відповідна діяльність.

Запобігання незаконним позбавленням волі та викраденням людей на загальносоціальному рівні має включати вирішення ключових проблем та суперечностей, що мають місце у державі та суспільстві. Йдеться про неоднозначні соціально-економічні перетворення останніх десятиліть, складне соціально-економічне становище значної частини населення, деградацію суспільства, його прогресуючу бездуховність, зниження загального рівня моральності, переоцінку багатьох фундаментальних цінностей тощо. Варто погодитися з кримінологами, які підкреслюють, що чим досконаліше загальносоціальне запобігання, тим вужчим є «коло діяльності» запобігання спеціального⁴.

Найважливіші заходи загальносоціального характеру, що їх необхідно здійснити, можна класифікувати на: соціально-економічні (поліпшення добробуту населення, протидія бідності та безробіттю, зростання рівня оплати праці тощо), культурно-виховні (підвищення рівня соціальної культури, зростання рівня духовності і моральності суспільства, підвищення освітнього та культурного рівня людей тощо), правові (вдосконалення чинних нормативно-правових актів, розвиток правосвідомості тощо), організаційно-управлінські (проведення дієвої реформи правоохоронних органів та судової реформи, створення умов для повної та безперешкодної реалізації громадянами своїх прав, свобод та законних інтересів, стимулювання довіри населення до державної влади та готовність підтримати її зусилля з охорони правопорядку тощо), медичні (ефективна боротьба з алкоголізмом та пияцтвом).

На окремих із окреслених заходів зупинимось детальніше.

Пріоритетною справою державної влади має стати вирішення проблеми безробіття, адже, як засвідчило проведене нами дослідження, більшість розглядуваних злочинів вчиняють особи, котрі ніде не працюють. Складність даної проблеми полягає в тому, що потрібно не просто істотно знизити рівень безробіття, а й суттєво підвищити заробітні плати, оскільки наявність роботи в Україні, як відомо, зовсім не є запорукою безбідного існування. У зв'язку з цим очевидним є те, що вирішити відповідні проблеми без глибоких і продуктивних соціально-економічних перетворень неможливо.

Надзвичайно важливо усунути не тільки соціально-економічні проблеми, а й протиріччя соціально-культурного та морально-психологічного характеру. У суспільстві необхідно сформувати чіткі орієнтири моральності та духовного розвитку, створювати належні умови для гармонійного розвитку і самореалізації особистості, утверджувати загальнолюдські цінності, знижувати рівень агресивності та конфліктності. На наше переконання, важливу роль тут мають відіграти не лише державні інституції, а й релігійні та громадські організації, заклади освіти, ЗМІ. Окремо варто наголосити на необхідності поступового забезпечення гендерної рівності і боротьби з глибоко вкоріненими гендерними стереотипами, зростанні цінності сім'ї, зміцненні духовних та моральних зв'язків між поколіннями, забезпеченню поваги до старших, адже є під-

стави стверджувати, що у сімейно-побутовій сфері вчиняється значна частина актів незаконного позбавлення волі, що переважно залишаються латентними.

Вагоме місце у системі загальносоціального запобігання розглядуваним злочинам належить також правовим заходам. Здійснене нами дослідження засвідчило, що частина населення не сприймає незаконне позбавлення волі як злочинне діяння, іноді не має елементарного уявлення про те, що забороняє кримінальний закон. Із вказаним фактором пов'язаний високий рівень латентності таких злочинів. Вочевидь, тут не обійтися без підвищення правової культури усього суспільства, збільшення поваги до закону. Для зменшення рівня латентності вказаних злочинів необхідно також відновити довіру населення до правоохоронних органів. Про реформу останніх в Україні йдеться давно, однак до очікуваних результатів поки далеко.

Оскільки злочини, спрямовані на позбавлення людини свободи пересування, часто вчиняються у стані алкогольного сп'яніння, важливою є ефективна боротьба з алкоголізмом та пияцтвом. На жаль, доводиться констатувати: останніми роками відповідна боротьба в Україні майже не ведеться, що на фоні втрати соціальних орієнтирів значною частиною суспільства призводить до його деградації та спивання. Успішність такої боротьби залежить від її продуманості, а також вирішення важливих соціальних та економічних проблем населення. Видається, що величезна соціальна відповідальність тут лежить не тільки на державних органах, а й на громадських та релігійних організаціях, ЗМІ.

На відміну від загальносоціального, спеціально-криминологічне запобігання розглядуваним злочинам полягає в цілеспрямованій діяльності державних органів, громадських організацій, соціальних груп та окремих громадян, спрямованій на усунення причин і умов вказаних злочинів, а також недопущення їх вчинення на різних стадіях протиправної поведінки. Підкреслимо, що ефективне запобігання розглядуваним діянням можливе за умови поєднання загальносоціальних та спеціально-криминологічних заходів.

Заходи спеціально-криминологічного запобігання злочинам, що посягають на свободу пересування, можна класифікувати на суспільно-політичні (завершення війни на Донбасі), правові (удосконалення кримінального законодавства, спрямованого на протидію розглядуваним злочинам та практики його застосування, протидія надмірній м'якості судової репресії), культурно-виховні (роз'яснення норм кримінального законодавства, інформування населення про небезпеку статі жертвою незаконного позбавлення волі або викрадення людини, акцентування на конкретних рекомендаціях про те, як не стати жертвою даного злочину, інформування про право громадян на необхідну оборону тощо), організаційно-управлінські (вдосконалення системи заходів, спрямованих на перекриття каналів надходження вогнепальної зброї, бойових припасів та вибухових речовин із зони бойових дій на мирну територію України, а також їх вилучення з нелегального обігу, підвищення професійного рівня працівників правоохоронних органів, удосконалення взаємодії правоохоронних органів та інститутів громадянського суспільства, державний захист та реабілітація жертв розглядуваних злочинів тощо).

На наше переконання, визначальне значення повинна мати рання профілактика злочинів (у тому числі розглядуваних), котра в нашій державі нині фактично відсутня. Відповідна профілактика покликана не тільки запобігати вчиненню злочинів, а й сприяти переорієнтації нестійких членів суспільства на правомірну, суспільно корисну поведінку. У зв'язку з цим підкреслимо необхідність відновлення в Україні ефективної профілактики злочинів.

Вкрай важливо завершити війну на Донбасі. Це дасть змогу правоохоронним органам не тільки контролювати криміногенну обстановку на вказаній території (зокрема й ефективно протидіяти незаконним позбавленням волі та викраденням людей), а й забезпечити надійний заслін для потрапляння вогнепальної зброї на мирну територію України. Нагадаємо, що із використанням нелегальної вогнепальної зброї, кількість якої останніми роками значно збільшилась, вчиняється чимала частина розглядуваних злочинів – передовсім викрадень людей.

Здійснене нами вивчення матеріалів кримінальних проваджень засвідчило, що абсолютна більшість випадків незаконного позбавлення волі чи викрадення людини стали відомими правоохоронним органам завдяки заявам, що поступили від потерпілих та їхніх родичів. Діяння, відповідальність за які встановлена у ст. 146 КК України, – ті злочини, виявлення яких багато в чому залежить від позиції потерпілого та його близьких. Останні іноді не поспішають повідомляти правоохоронні органи про позбавлення свободи, нерідко вживають власних заходів, спрямованих на звільнення близької людини. Правоохоронним органам необхідно роз'яснювати населенню необхідність негайного інформування про факти вчинення щодо них чи їхніх близьких розглядуваних злочинів. Для цього доцільно використовувати ЗМІ. Поширювана інформація має бути максимальною конкретною і практичною: які дії необхідно зробити рідним у разі вчинення щодо близької їм людини даного злочину, куди їм потрібно звернутися в такому випадку тощо.

Відомо, що інформація про притягнення винної особи до кримінальної відповідальності та призначення їй справедливого покарання може мати чималий профілактичний вплив на інших нестійких осіб, схильних до порушення кримінального закону. Сказане стосується і розглядуваного нами злочину. Водночас аналіз судової практики засвідчує існування неоднозначних тенденцій у цій сфері. Йдеться передусім про існуючу надто поширену практику звільнення осіб, визнаних винними у вчиненні даного злочину, від відбування покарання з випробуванням, яку, на наш погляд, не можна виправдати. Вочевидь, частково вирішити дану проблему можна шляхом корекції санкцій, передбачивши у них більш м'які покарання (на наш погляд, чималий потенціал тут може мати покарання у виді громадських робіт), які суди матимуть можливість призначати засудженим. Нині ж тільки окремі суди, дійшовши висновку про те, що передбачені в санкції пока-

рання надто суворі, не знаходячи водночас підстав для звільнення особи від відбування покарання з випробуванням, застосовують ст. 69 КК України і призначають засудженим більш м'яке покарання, ніж передбачено законом. Підкреслимо, що недостатньо обгрунтоване звільнення засуджених від реального відбування покарання призводить до того, що засуджена особа не відчуває достатнього карального впливу за вчинене нею діяння, не зазнає адекватного обмеження прав і свобод, не замислюється належним чином над своєю поведінкою. Тому, на наше переконання, було б правильніше, якби суд призначав таким особам покарання, не пов'язане з позбавленням волі, але з реальним його відбуванням. Зазначимо, що в окремих випадках не обійтися без застосування покарання у виді позбавлення волі на певний строк з реальним його відбуванням. Вважаємо, що чітке усвідомлення того, що вчинений злочин не лише знайде належну кримінально-правову оцінку, а й невідворотно потягне за собою справедливе покарання слугуватиме ефективним стримуючим фактором для найбільш нестійкої частини населення.

Серед заходів запобігання розглядуваним діянням варто назвати також: покращення вуличного освітлення, встановлення відеокамер в громадських місцях, систематичне обстеження місць, де найчастіше вчиняються аналізовані злочинні посягання, патрулювання поліцією вулиць з урахуванням місця та часу вчинення більшості злочинів, що посягають на свободу пересування, надання дієвої психіатричної допомоги особам, які страждають на психічні розлади та проявляють агресію щодо оточуючих, своєчасне реагування на передуючі незаконному позбавленню волі чи викраденню людини погрози розпорою, широке інформування населення про право кожного на необхідну оборону, створення спеціалізованого обліку осіб, засуджених за розглядувані злочини, та здійснення контролю за ними тощо. Окремо наголосимо, що ефективне запобігання незаконним позбавленням волі та викраденням людей можливе лише в поєднанні із запобіжним впливом на інші насильницькі злочини.

Серед заходів запобігання незаконному позбавленню волі у сімейно-побутовій сфері варто назвати: подолання вкорінених у суспільній свідомості стереотипів, котрі виправдовують застосування домашнього насильства; формування негативного ставлення до фактів домашнього насильства та до осіб, які його вчиняють; постановка на профілактичний облік осіб, чия поведінка свідчить про реальну можливість вчинення розглядуваного виду домашнього насильства; своєчасне реагування на прояви домашнього насильства з боку уповноважених суб'єктів; захист та реабілітація осіб, які стали жертвами домашнього насильства тощо.

На наш погляд, особливу увагу потрібно приділяти індивідуальному запобіганню розглядуваним злочинам, оскільки відповідні заходи спрямовуються на конкретну особу, притаманні саме їй індивідуальні особливості. У цьому напрямі необхідно здійснювати активний вплив на осіб, які входять до групи підвищеного ризику, потенційно схильні до вчинення таких злочинів. Зрозуміло, що успішне індивідуально-кримінологічне запобігання злочинам можливе лише в разі, якщо будуть виявлені внутрішні механізми злочинної поведінки особи, її мотиви.

Як відомо, індивідуальне запобігання складається з трьох самостійних напрямів: профілактики, відвернення та припинення злочинів. Індивідуальна профілактика розглядуваних злочинів має включати: виявлення та поставлення на профілактичний облік осіб, які ще не вчинили протиправних діянь, але знаходяться в несприятливих умовах і під їх впливом можуть вчинити їх, ведуть антисуспільний спосіб життя, вчиняють правопорушення, характеризуються формуванням умислу та мотиву на вчинення протиправних діянь; глибоке вивчення особливостей їхньої особистості, корегування їх свідомості з метою випередження, обмеження й усунення притаманних їм антисуспільних потреб, настроїв, стереотипів поведінки, що свідчать про ймовірність вчинення ними злочину. Дієвими способами індивідуального профілактичного впливу на таких осіб є реальна допомога у вирішенні складної життєвої ситуації (допомога у працевлаштуванні, вирішення житлово-побутових питань тощо), індивідуальні профілактичні бесіди з особами, схильними до вчинення посягань на особисту свободу. Особливу увагу слід звертати на осіб, які раніше вчиняли розглядувані злочини.

Відвернення злочинів має складатися із сукупності заходів, спрямованих на конкретних осіб, котрі виношують злочинні наміри та задумують вчинення злочину. Метою відвернення злочинів є дискредитація злочинної поведінки, відмова від злочинної мотивації та наміру вчинити кримінально каране діяння⁵. Для цього необхідно проводити комплекс оперативно-розшукових заходів, зокрема збирання оперативної інформації про готування до розглядуваних злочинів, а також про осіб, які здійснюють підготовку до вчинення незаконного позбавлення волі чи викрадення людини. Вивчення нами емпіричної бази переконливо засвідчило, що якби цьому напрямі індивідуально-кримінологічного запобігання приділялося достатньо уваги, чимало злочинів, спрямованих на позбавлення особи свободи пересування, правоохоронним органам вдалося б відвернути.

Припинення злочинів як напрям індивідуального запобігання включає сукупність заходів, спрямованих щодо осіб, котрі вже розпочали вчинення злочину і мають всі умови для доведення його до кінця, для досягнення злочинного результату. На цьому етапі про усунення причин та умов злочину говорити не доводиться, йдеться тільки про припинення діяння та його негативних наслідків.

Особливе місце у системі заходів запобігання незаконному позбавленню волі чи викраденню людини має займати вікімологічна профілактика. Видається, що ключову роль у цьому напрямі мають відігравати ЗМІ, котрі можуть інформувати населення про заходи, здатні знизити імовірність стати жертвою розглядуваних злочинів (приміром, уникати певних місць, у яких зафіксовано найбільшу кількість таких злочинів), а також про те, яким має бути алгоритм дій у тій чи іншій криміногенній ситуації (з урахуванням інформації

про типові дії злочинців). Подібні рекомендації час від часу з'являються в ЗМІ, однак стосуються вони переважно інших злочинів. Варто не тільки здійснювати віктимологічну просвіту населення, а й інформувати його про конкретні результати роботи правоохоронних органів. На сьогодні ж відповідні повідомлення стосуються майже виключно висвітлення найбільш резонансних випадків вчинення розглядуваного діяння. Поміж заходів віктимологічної профілактики злочинів, спрямованих на позбавлення людини свободи перебування, варто назвати й виявлення окремих осіб та груп ризику з найвищим ступенем віктимності та здійснення профілактичного впливу на них з метою активізації їх захисних властивостей та подальшої девіктимізації⁶. До таких осіб належать, зокрема, підприємці, загалом особи з високим матеріальним достатком.

Відомо, що жертви злочину та його свідки нерідко відмовляються від показань через страх помсти з боку злочинців. У зв'язку з цим удосконалення потребує національний механізм забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному провадженні (зокрема, потерпілих від розглядуваних злочинів). Чинний на сьогодні Закон України «Про забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві» прийнято ще у 1993 р., він не повною мірою відповідає викликам сьогодення, а також європейським стандартам та найкращим практикам зарубіжних держав⁷.

Важливе значення має відшкодування жертвам розглядуваних злочинів збитків та моральних страждань. У розвинутих державах світу відповідний обов'язок покладається передовсім на саму державу. Зазвичай для фінансування таких виплат створюються спеціальні компенсаційні фонди. На сьогодні такі фонди функціонують майже в усіх країнах Європи, а також в США, Канаді, Новій Зеландії, Австралії, Японії тощо⁸. Реалізація подібної програми в Україні, зрозуміло, потребує чималих коштів. У разі створення в Україні фонду відшкодування потерпілим від злочинів джерелами його фінансування можуть стати, наприклад: 1) відрахування з державного бюджету частини сум, одержаних від реалізації конфіскованого майна засуджених осіб та іншого конфіскованого майна, від сплати штрафів; 2) суми від запровадженого спеціального мінімального податкового збору (наприклад, збір при укладенні певних видів страхових договорів); 3) добровільні внески юридичних і фізичних осіб⁹.

Підсумовуючи викладене, підкреслимо, що окреслені вище заходи запобігання розглядуваним злочинам можуть принести відчутні позитивні результати лише у разі цілеспрямованої й систематичної діяльності органів державної влади, інститутів громадянського суспільства та окремих громадян.

¹ Голина В.В., Батыргареева В.С. Проблемы борьбы с преступлениями против личной свободы человека в Украине. *Проблеми законності: респ. міжвідом. наук. зб.* Харків, 2001. Вип. 49. С. 131–141.

² Голина В.В., Батыргареева В.С. Вказана праця; Голина В.В. Криминологічна характеристика злочинів, пов'язаних з незаконним позбавленням волі і викраденням чужої дитини (статті 123, 124 КК України). *Питання боротьби зі злочинністю: зб. наук. пр.* Харків: Право, 2001. Вип. 5. С. 3–31; Голина В.В. Преступления против личной свободы человека: теория и практика борьбы и предупреждения. *Збірник наукових праць Харківського Центру по вивченню організованої злочинності спільно з Американським Університетом у Вашингтоні.* Харків, 2002. Вип. 4. С. 228–253.

³ Лысодед А.В. Актуальные криминологические проблемы преступлений против свободы, чести и достоинства личности. *Проблеми законності: респ. міжвід. наук. зб.* Харків, 2006. Вип. 81. С. 127–136.

⁴ Профілактика злочинів: підручник / за заг. ред. докт. юрид. наук, проф. О.М. Джузи. Київ: Атіка, 2011. 720 с. С. 320.

⁵ Закалюк А.П. Курс сучасної української криминології: теорія і практика: у 3 кн. Київ: Видавничий Дім «Ін Юре», 2007. Кн. 1: Теоретичні засади та історія української криминологічної науки. 424 с. С. 330.

⁶ Науменко С.В. Незаконное лишение свободы: уголовно-правовой и криминологический аспекты: дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Москва, 2011. 274 с. С. 74.

⁷ Семків Т. Удосконалення забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному провадженні. *Науковий часопис Національної академії прокуратури України.* 2017. № 3. С. 119–128.

⁸ Відшкодування потерпілим від насильницьких злочинів: європейські стандарти і зарубіжне законодавство / за заг. ред. О.А. Банчука. Київ: Москаленко О.М., 2015. 268 с. С. 6.

⁹ Там само. С. 10.

Резюме

Андрушко А.В. Запобігання незаконному позбавленню волі або викраденню людини.

У статті на підставі вивчення доступної емпіричної бази та спеціальної літератури проаналізовано перспективні напрями запобігання незаконному позбавленню волі або викраденню людини (ст. 146 Кримінального кодексу України).

Ключові слова: злочини проти волі, честі та гідності особи, незаконне позбавлення волі, викрадення людини, запобігання злочинам, віктимологічна профілактика.

Резюме

Андрушко А.В. Предупреждение незаконного лишения свободы или похищения человека.

В статье на основании изучения доступной эмпирической базы и специальной литературы проанализированы перспективные направления предупреждения незаконного лишения свободы или похищения человека (ст. 146 Уголовного кодекса Украины).

Ключевые слова: преступления против свободы, чести и достоинства личности, незаконное лишение свободы, похищение человека, предупреждение преступлений, виктимологическая профилактика.

Summary

Andrushko A. Prevention of unlawful deprivation of liberty or abduction of a person.

The article analyzes prospective modes of prevention of unlawful deprivation of liberty or abduction of a person (article 146 of the Criminal Code of Ukraine) based on available empirical evidence and special research literature.

Key words: crimes against liberty, honor and dignity of a person, unlawful deprivation of liberty, abduction of a person, crime prevention, victimological prevention.

УДК 343.137(477)(073)

В.К. ВОЛОШИНА

Владлена Костянтинівна Волошина, кандидат юридичних наук, доцент, доцент Національного університету «Одеська юридична академія», адвокат

ORCID: 0000-0001-8772-4172

ЩОДО ПРАВА НА ЕФЕКТИВНИЙ ЗАХИСТ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ ТА ПРАКТИКИ ЄСПЛ

Кожний обвинувачений у вчиненні кримінального правопорушення має щонайменше право «захищати себе особисто чи використовувати юридичну допомогу захисника, вибраного на власний розсуд, або, за браком достатніх коштів для оплати юридичної допомоги захисника, одержувати таку допомогу безоплатно, коли цього вимагають інтереси правосуддя» (п. 3(с) ст. 6 ЄКПЛ)¹. Ефективний захист прав людини в кримінальному провадженні неможливий без усвідомлення ролі спеціальних правових інститутів у цьому процесі, а саме – адвокатури, покликаної активно сприяти охороні прав і свобод громадян, зміцненню законності й здійсненню правосуддя. Мету адвокатської активності в кримінальному провадженні взагалі можна визначити як протест проти порушення будь-яких прав та інтересів осіб, представництво або захист яких здійснює адвокат².

Відповідно до п. 5 ст. 1 Закону України (далі – ЗУ) «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»³ захист – вид адвокатської діяльності, що полягає в забезпеченні захисту прав, свобод і законних інтересів підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, засудженого, виправданого, особи, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру або вирішується питання про їх застосування у кримінальному провадженні, особи, стосовно якої розглядається питання про видачу іноземній державі (екстрадицію), а також особи, яка притягається до адміністративної відповідальності під час розгляду справи про адміністративне правопорушення. Здавалося б, забезпечення захисту прав, свобод і законних інтересів – завдання, що наперед вказує на невіддільність ефективності та результативності як кінцевої мети захисту, однак проблематика ефективного захисту прав людини в кримінальному провадженні тривалий час залишається досить актуальною.

Стаття 34 ЗУ «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» вказує на те, що підставою для притягнення адвоката до дисциплінарної відповідальності є вчинення ним дисциплінарного проступку, а саме: порушення вимог несумісності; порушення присяги адвоката України; порушення правил адвокатської етики; розголошення адвокатської таємниці або вчинення дій, що призвели до її розголошення; невиконання або неналежає виконання своїх професійних обов'язків; невиконання рішень органів адвокатського самоврядування; порушення інших обов'язків адвоката, передбачених законом. Так, ухвалою колегії суддів Печерського районного суду м. Києва від 15 жовтня 2013 р. вирішено довести до відома Київської міської кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури інформацію про неявку захисників для проведення перевірки та за наявності підстав вжиття заходів дисциплінарного реагування за фактом самоусунення адвокатів Г. та Б. від захисту інтересів обвинуваченого⁴. Щорічна статистична звітність КДКА регіонів вказує на те, що таких прикладів чимало (за 2018 р., зокрема, прийнято в цілому по Україні 38 рішень про припинення прав на заняття адвокатською діяльністю⁵).

Перешкоди ефективному захисту у кримінальному провадженні криються і в іншому. Аналіз практики показує, що, по-перше, наданих професійному захисникові процесуальних прав замало для реалізації ним своїх завдань та суспільно корисних професійних знань і здібностей, по-друге, явно недостатньо для адекватного протистояння в змагальному судовому процесі стороні обвинувачення, по-третє, надані таким чином права не досить чітко прописані в законі, засіяні юридичними фікціями і невдалою, розпливчатою термінологією, що ускладнює можливість ефективного їх використання. Кримінально-процесуальне законодавство та законодавство про адвокатуру й адвокатську діяльність потребують гармонізації та суттєвого вдосконалення⁶.

Забезпечення обвинуваченому права на захист згідно зі ст. 129 Конституції України є основною засадою судочинства, а відповідно до ст. 7 Кримінального процесуального кодексу забезпечення права на захист віднесено до загальних засад кримінального провадження. Стаття 59 Основного Закону проголошує право кожного на професійну правничу допомогу та вільний вибір захисника своїх прав, а ст. 63 – закріплює право на захист підозрюваного, обвинуваченого чи підсудного⁷.

Слід зауважити: виходячи з того, що захист від акту підозри здійснюється на досудовому слідстві, захист від обвинувачення – в судовому провадженні, а у ст. 131-2 Конституції України законодавець чітко вказує, що «виключно адвокат здійснює представництво іншої особи в суді, а також захист від кримінального обвинувачення», як розуміти в такому разі монополію адвокатів, якщо йдеться про захист від підозри під час досудового провадження?

Погоджуємось, що ефективний захист у кримінальному процесі/кримінальній справі передбачає цілу низку взаємопов'язаних процесуальних прав. Найбільш очевидним є право на юридичну допомогу – право, визнане в усіх міжнародних конвенціях та інших правових інструментах, які стосуються провадження в кримінальних справах. Якою доброю не була би допомога захисника, вона сама по собі не гарантує справедливий судовий розгляд у разі відсутності інших складників ефективного захисту. Ефективний захист у кримінальному процесі неодмінно вимагає, щоб підозрюваний або обвинувачений був здатен брати участь у процедурах, які щодо нього проводяться; щоб він розумів, що йому кажуть, а інші розуміли його; щоб йому надали інформацію про підозру чи обвинувачення; щоб він був поінформованим про підстави прийнятих у справі рішень; щоб він мав доступ до матеріалів справи; щоб йому надали достатньо часу і можливостей для відповіді на обвинувачення і на підготовку до судового розгляду справи; щоб підозрюваний або обвинувачений міг надати інформацію та докази, які свідчать на його користь⁸.

У ст. 20 КПК, що розкриває зміст забезпечення права на захист як загальної засади кримінального провадження, закріплено право підозрюваного, обвинуваченого, виправданого, засудженого на захист, яке полягає у наданні йому можливості надати усні або письмові пояснення з приводу підозри чи обвинувачення, право збирати і подавати докази, брати особисту участь у кримінальному провадженні, користуватись правовою допомогою захисника, реалізовувати інші процесуальні права, передбачені КПК⁹. Відповідно до положень ст. 48 КПК захисник може у будь-який момент бути залучений підозрюваним, обвинуваченим, їх законними представниками, а також іншими особами за проханням чи згодою підозрюваного, обвинуваченого до участі у кримінальному провадженні. Крім того, право на захист захисника забезпечується, зокрема, нормами КПК, які регламентують обов'язкову участь захисника у кримінальному провадженні (ст. ст. 49, 52 КПК), визнання недопустимими доказів, отриманих внаслідок порушення права особи на захист (ст. 87 КПК), особливості реалізації права на відмову від захисника (ст. 54 КПК), можливість підготовки до захисту від нового (ст. 338 КПК) або від додаткового обвинувачення (ст. 339 КПК), здійснення судового провадження за відсутності захисника як підставу для скасування судового рішення (п. 4 ч. 2 ст. 412 КПК)¹⁰.

Ефективна реалізація права на захист у кримінальному провадженні безсумнівно вимагає застосування прецедентної практики ЄСПЛ. Правову позицію ЄСПЛ щодо початкового етапу забезпечення права на захист у кримінальному провадженні викладено, зокрема, в п. 63 рішення ЄСПЛ від 09 червня 2011 р. у справі «Лучанінова проти України»¹¹, де зазначено, що «для здійснення обвинуваченим свого права на захист йому зазвичай повинно бути забезпечено можливість отримати ефективну допомогу захисника із самого початку провадження» (п. 52 рішення ЄСПЛ від 27 листопада 2008 р. у справі «Сальдуз проти Туреччини»). У справі «Яременко проти України» від 12 червня 2008 р. ЄСПЛ підкреслив, що вимоги ст. 6 Конвенції можуть також враховуватися ще до того, як справу передано на розгляд суду, а також у разі, якщо недотримання таких вимог на самому початку може серйозно позначитися на справедливості судового розгляду (див. рішення у справі «Імбріюшія проти Швейцарії» (*Imbrioscia v. Switzerland*) від 24 листопада 1993 р., серія А, № 275, с. 13, п. 36; та у справі «Оджалан проти Туреччини» (*Ocalan v. Turkey*), [GC], № 46221/99, п. 131, ECHR 2005). Спосіб застосування п. 1 і п. 3(с) ст. 6 на етапі розслідування залежить від особливостей відповідного провадження та фактів конкретної справи. Стаття 6, як правило, вимагає надання обвинуваченому можливості скористатися допомогою захисника вже на початкових етапах допиту (див. рішення у справі «Джон Мюррей проти Сполученого Королівства» (*John Murray v. the United Kingdom*) від 8 лютого 1996 р., Reports 1996-I, с. 54–55, п. 63; та згадане вище рішення у справі Оджалана, п. 131).

Згідно з п. 262 рішення ЄСПЛ від 21 квітня 2011 р. у справі «Нечипорук і Йонкало проти України» право кожного обвинуваченого у вчиненні злочину на ефективний захист, наданий захисником, є однією з основних ознак справедливого судового розгляду¹². Також у п. 89 рішення ЄСПЛ від 13 лютого 2001 р. у справі «Кромбах проти Франції» вказано, що хоча право кожної особи, обвинувачуваної у вчиненні кримінального правопорушення, на ефективний захист адвокатом не є абсолютним, воно становить одну із головних підвалин справедливого судового розгляду. Це ж зазначив ЄСПЛ і у рішеннях у справах «Яременок проти України», «Шабельник проти України»¹³.

У всіх випадках, коли інтереси правосуддя вимагають призначення адвоката, обвинувачений має право на допомогу юриста, досвід та компетентність якого відповідають характеру правопорушення, щоб він міг надати ефективну правову допомогу. Це вже питання, зокрема, активності суду щодо забезпечення права на ефективний захист. Національні суди не повинні пасивно спостерігати за випадками неефективного юридичного представництва. Що стосується адвокатів, призначених компетентними органами, то позиція Суду навіть більш сувора – суди повинні ще уважніше спостерігати за діями таких захисників («Санніно проти

Італії»¹⁴, «Кускані проти Сполученого Королівства»). Крім того, якщо цього вимагають обставини справи, суду слід дослідити, якою мірою адвокат виконує свої обов'язки («Дауд проти Португалії»). Однак просте призначення національними органами захисника не гарантує ефективну правову допомогу (п. 65 рішення ЄСПЛ від 19 грудня 1989 р. у справі «Камазінські проти Австрії»).

Суд повторює, що призначення захисника саме по собі необов'язково означає дотримання вимог підпункту «с» п. 3 ст. 6 Конвенції, оскільки захиснику, призначеному з метою надання правової допомоги, можуть перешкоджати у виконанні його обов'язків або він може ухилитися від їх виконання (рішення у справі «Іглін проти України» (Iglin v. Ukraine), п. 67). Компетентні національні органи влади мають втрутитися відповідно до підпункту «с» п. 3 ст. 6 Конвенції, якщо нездійснення захисником, призначеним у рамках правової допомоги, ефективного представництва інтересів захисника є явним або належним чином доведено до їхнього відома в інший спосіб (див. рішення у справах «Камазінський проти Австрії» (Kamasinski v Austria), від 19 грудня 1989 р., п. 65, Series A № 168; «Дауд проти Португалії» (Daud v. Portugal), від 21 квітня 1998 р., п. 38, Reports 1998-II та рішення у справі «Іглін проти України» (Iglin v. Ukraine)¹⁵).

Суд підкреслює, що підпункт «с» п. 3 ст. 6 Конвенції вимагає не просто «призначення» захисника, який би виступав від імені обвинуваченого, а того, щоб право на юридичну допомогу здійснювалось практично та ефективно, щоб забезпечити достатній захист («Артіко проти Італії»¹⁶, «Імбріюша проти Швейцарії»). Оцінити, чи було таке юридичне представництво практичним та ефективним, можна лише на основі конкретних обставин справи, розглядаючи процес в цілому («Куліковський проти Польщі»).

В інших випадках, зважаючи на незалежність адвокатської діяльності від держави, здійснення захисту є по суті питанням підсудного та його захисника, незалежно від того, чи цей захисник був призначений у рамках надання правової допомоги, чи він фінансується у приватному порядку (див. рішення від 24 вересня 2002 р. у справі «Каскені проти Сполученого Королівства» (Cusani v. the United Kingdom), заява № 32771/96, п. 39 та рішення у справі «Іглін проти України» (Iglin v. Ukraine).

Особа, проти якої висунуті кримінальні обвинувачення, яка не бажає захищатись особисто, повинна бути в змозі скористатись юридичною допомогою за власним вибором (див. рішення від 16 квітня 2009 р. у справі «Ханжевачкі проти Хорватії» (Hanzevadki v. Croatia), заява № 17182/07, п. 21, з подальшими посиланнями). Проте це останнє право також не може вважатись абсолютним. Таким чином, національні суди можуть не прийняти вибір особи, коли існують відповідні та достатні підстави вважати, що того вимагають інтереси правосуддя (див. рішення від 25 вересня 1992 р. у справі «Круассан проти Німеччини» (Croissant v. Germany), п. 29, Series A № 237 B) та рішення у справі «Майзіт проти Росії» (Mayzit, v. Russia), п. 66)¹⁷.

Отже, компетентні національні органи зобов'язані втрутитись не лише у випадку «очевидної» нездатності призначеного для надання правової допомоги адвоката забезпечити ефективне представництво обвинуваченого, але також, якщо вони достатньою мірою обізнані про це будь-яким іншим чином («Камазінські проти Австрії»). Вони можуть зробити це, замінивши адвоката, змусивши його виконувати свої обов'язки або вживаючи інших заходів, у тому числі зупинивши судовий процес, щоб надати адвокату можливість виконувати свої обов'язки ефективно («Артіко проти Італії»). Тому долучаємося до думки О. Кучинської, що закріплений ч. 2 ст. 20 КПК України обов'язок слідчого, прокурора, слідчого судді, суду забезпечити підозрюваному, обвинуваченому право на кваліфіковану правову допомогу з боку обраного ним або призначеного захисника передбачає не тільки вжиття ними заходів щодо реалізації вільного вибору захисника та відмову від нього або його зміну, організації побачення з ним до першого допиту, призначення захисника за рахунок держави у передбачених законом випадках, а й обов'язок відповідного реагування на факти, які відверто вказують на некомпетентність та неефективність захисту. За наявності таких фактів, якщо вони знаходять своє відображення у процесуальних документах, відсутність адекватної реакції з боку посадових осіб органів досудового слідства, дізнання, прокуратури або суду на них є порушенням підпункту «с» п. 3 ст. 6 Конвенції. Тому вживати заходів щодо припинення порушення права обвинуваченого на ефективний захист зазначені посадові особи повинні як за клопотанням обвинуваченого (наприклад, про заміну захисника у зв'язку з його некомпетентністю), так і з власної ініціативи¹⁸.

Так, ЄСПЛ неодноразово констатував порушення права на захист в Україні у справах, де захисник де-юре був призначений, проте не здійснював ефективний захист. Наприклад, у згаданому вище рішенні «Яременко проти України» Суд підкреслив, що той факт, коли кожен із двох інших захисників, які представляли заявника, бачив його лише один раз і тільки під час допиту і що до допиту ніхто з них із заявником не бачився, найімовірніше свідчить про символічний характер їхніх послуг. Суд вважає, що спосіб, у який захисника усунули від участі у справі, та підстави, якими було пояснено це рішення, а також у зв'язку зі стверджуваною відсутністю юридичних підстав для такого заходу, викликають серйозні сумніви щодо справедливості всього провадження у цій справі. Тим самим Судом було встановлено порушення підпункту «с» п. 3 ст. 6 Конвенції.

Отже, проблематика права на ефективний захист в світлі практики ЄСПЛ вказує, зокрема, на те, що:

- право кожного обвинуваченого у вчиненні злочину на ефективний захист, наданий захисником, є однією з основних ознак справедливого судового розгляду;
- для здійснення обвинуваченим свого права на захист йому зазвичай повинно бути забезпечено можливість отримати ефективну допомогу захисника із самого початку провадження;
- просте призначення національними органами захисника не гарантує ефективну правову допомогу;

– призначення захисника саме по собі необов'язково означає дотримання вимог підпункту «с» п. 3 ст. 6 Конвенції, оскільки захиснику, призначеному з метою надання правової допомоги, можуть перешкоджати у виконанні його обов'язків або він може ухилитися від їх виконання;

– національні суди не повинні пасивно спостерігати за випадками неефективного юридичного представництва.

¹ Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 04.11.1950 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004

² Яновська О. Протестна діяльність адвоката в кримінальному провадженні. *Слово Національної школи суддів України*. 2013. № 4 (5). С. 124–130.

³ Про адвокатуру та адвокатську діяльність: Закон України від 05 липня 2012 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5076-17>

⁴ Прийняття судом відмови від захисника або його заміна. URL: https://gl.lv.court.gov.ua/sud1304/knowledge_base/310629/

⁵ Статистична звітність КДКА регіонів за 2018 рік. URL: http://unba.org.ua/assets/uploads/news/zvity/KDKA_rik_2018.pdf

⁶ Тертишник В.М. Правнича допомога та функція захисту: гармонізація доктрини. *Правова позиція*. 2017. № 2. С. 128–136.

⁷ Конституція України від 28.06.1996 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>

⁸ Гловюк...

⁹ Кримінальний процесуальний кодекс України від 13 квітня 2012 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>

¹⁰ Узагальнення судової практики про забезпечення права на захист у кримінальному провадженні від 25 вересня 2015 р. URL: [https://protocol.ua/ua/vssu_uzagalnennya_sudovoi_praktiki_pro_zabezpechennya_prava_na_zahist_u_kriminalnomu_provadzenni_\(vityag\)/](https://protocol.ua/ua/vssu_uzagalnennya_sudovoi_praktiki_pro_zabezpechennya_prava_na_zahist_u_kriminalnomu_provadzenni_(vityag))

¹¹ Лучанинова проти України: рішення ЄСПЛ від 09 червня 2011 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_788

¹² Джон Мюррей проти Сполученого Королівства: рішення ЄСПЛ від 28 жовтня 1994 р. URL:

¹³ Шабельник проти України: рішення ЄСПЛ від 19 лютого 2009 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_457

¹⁴ Санніно проти Італії: рішення ЄСПЛ від 27 квітня 2006 р. URL: <https://www.lawmix.ru/abrolaw/4633>

¹⁵ Ігліні проти України: рішення ЄСПЛ від 12 січня 2012 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_780

¹⁶ Артїко проти Італії: рішення ЄСПЛ від 04 березня 2013 р. URL: <https://precedent.in.ua/2016/02/25/artuko-protyv-italyy/>

¹⁷ Загородній проти України: рішення ЄСПЛ від 24 листопада 2011 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_739

¹⁸ Кучинська О. Забезпечення права на захист та кваліфіковану правову допомогу в кримінальному провадженні. *Юридика України*. 2012. № 4. С. 65–66.

Резюме

Волошина В.К. Щодо права на ефективний захист у кримінальному провадженні та практики ЄСПЛ.

У статті досліджено проблематику забезпечення права на ефективний захист у кримінальному провадженні. Зазначається, що практика ЄСПЛ вказує на неприпустимість пасивного спостерігання національними судами за випадками неефективного юридичного представництва, а для здійснення обвинувачення свого права на захист йому повинно бути забезпечено можливість отримати ефективну допомогу захисника із самого початку провадження.

Ключові слова: кримінальне провадження, право на захист, ефективний захист, практика ЄСПЛ.

Резюме

Волошина В.К. Относительно права на эффективную защиту в уголовном производстве и практики ЕСПЧ.

В статье исследовано проблематику обеспечения права на эффективную защиту в уголовном производстве. Отмечается, что практика ЕСПЧ указывает на недопустимость пассивного наблюдения национальными судами за случаями неэффективного юридического представительства, а для осуществления обвинения своего права на защиту ему должна быть обеспечена возможность получить эффективную помощь защитника с самого начала производства.

Ключевые слова: уголовное производство, право на защиту, эффективная защита, практика ЕСПЧ.

Summary

Voloshyna V. Concerning the right to effective protection in criminal proceedings and practices of the ECtHR.

The article examines the issues of ensuring the right to effective protection in criminal proceedings. It is noted that the practice of the ECHR indicates the inadmissibility of passive observation by national courts in cases of ineffective legal representation. To carry out the accused his right to protection, he must be given the opportunity to receive effective assistance from a lawyer from the very beginning of the proceedings.

Key words: criminal proceedings, the right to protection, effective protection, the practice of the ECtHR.

О.В. ГАЛЬЦОВА

Олена Володимирівна Гальцова, кандидат юридичних наук, асистент кафедри Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, науковий співробітник Науково-дослідного інституту вивчення проблем злочинності імені академіка В.В. Сташиса НАПрН України

ORCID: 0000-0003-3929-5814

ЗБЕРЕЖЕННЯ КОНТАКТІВ З РОДИНОЮ ЯК ДОТРИМАННЯ ПРАВА ЗАСУДЖЕНОГО НА СІМ'Ю*

Людина, її права і свободи становлять найвищу соціальну цінність у правовій державі. Тому важливим є закріплення у окремому розділі II Конституції України прав, свобод і обов'язків людини і громадянина, а також проголошення у ст. 3 Основного Закону норми, згідно з якою гарантування прав і свобод людини є головним обов'язком держави, держава відповідальна перед людиною та суспільством за свою діяльність.

Крім того, ч. 3 ст. 63 Конституції України та ч. 2 ст. 7 Кримінально-виконавчого кодексу України (далі – КВК) вказує, що засуджений користується всіма правами людини і громадянина, передбаченими Конституцією України, за винятком обмежень, які визначені законами України або встановлені вироком суду. До того ж перелік прав і свобод людини не є вичерпним, до них можуть бути віднесені й інші права та свободи, реалізація яких не суперечить меті покарання, його порядку й умовам виконання та відбування. Про це зазначається у ст. 22 Конституції України, ч. 2 ст. 107 КВК та низці міжнародних документів у сфері захисту прав людини та міжнародних стандартах поведінки із засудженими. Також ч. 1 ст. 50 Кримінального кодексу України закріплює, що покарання є заходом примусу, який застосовується від імені держави за вироком суду до особи, визнаної винною у вчиненні злочину, і полягає в передбаченому законом обмеженні прав та свобод засудженого.

Отже, проаналізовані положення чинного законодавства України свідчать, що особа, яка засуджена до позбавлення волі, не позбавляється прав та свобод людини, зокрема й сімейних. Це, безумовно, пов'язується з тим, що право людини на сім'ю та відносини, пов'язані з реалізацією сімейних прав, мають ціннісне значення не тільки для людини, а й для держави та суспільства. Наприклад, у ст. 16 Загальної декларації прав людини та ст. 23 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права, сім'я визначається як природний і основний осередок суспільства та держави. Аналогічне положення міститься й у ч. 1 ст. 3 Сімейного кодексу України (далі – СК).

Отже, з огляду на значущість цього важливого правового інституту сім'я та сімейні відносини підлягають всебічній охороні та дотриманню з боку держави стосовно будь-якої особи, в тому числі і засудженої до позбавлення волі. Зокрема, на це указано у ст. 51 Конституції України, згідно з якою сім'я, дитинство, материнство і батьківство охороняються законом; кожна людина має право на невтручання в особисте та сімейне життя (ст. 32 Конституції України); кожна особа має право на повагу до свого сімейного життя (ч. 4 ст. 4 СК); ніхто не може зазнавати втручання в його сімейне життя, крім випадків, встановлених Конституцією України (ч. 5 ст. 5 СК); регулювання сімейних відносин здійснюється з урахуванням права на таємницю особистого життя їх учасників, їхнього права на особисту свободу та недопустимості свавільного втручання у сімейне життя (ч. 4 ст. 7 СК). Така ж норма міститься й у ст. 8 Європейської Конвенції захисту прав людини та основних свобод, згідно з якою кожен має право на повагу до його приватного і сімейного життя, до житла і до таємниці кореспонденції та ін.

До того ж у своєму рішенні Конституційний Суд України визначив, що право на сімейне життя є засадничою цінністю, необхідною для повного розквіту людини в демократичному суспільстві, та розглядається як право фізичної особи на автономне буття незалежно від держави, органів місцевого самоврядування, юридичних і фізичних осіб, тому неможливо визначити абсолютно всі види поведінки фізичної особи у сферах сімейного життя, оскільки сімейні права є частиною природних прав людини, які не є вичерпними і реалізуються в різноманітних і динамічних відносинах майнового та немайнового характеру, стосунках, явищах, подіях тощо¹.

Вказане підтверджує, що дослідження права засудженої особи на сім'ю має важливе значення як для науки кримінально-виконавчого права, так і для правозастосовної діяльності. Його досліджували у своїх працях такі науковці кримінально-виконавчого права, як О.О. Лисодед, Л.Я. Стрельбицька, А.Х. Степанюк, В.О. Човган та ін.

© О.В. Гальцова, 2019

* Стаття виконана у межах теми «Теоретичні питання удосконалення кримінально-виконавчого законодавства України та практики його застосування» НДІ ВПЗ ім. акад. В.В. Сташиса НАПрН України (№ державної реєстрації в УкрІНТЕІ: 0117U000281)

Тому **метою статті** є з'ясування змісту права засудженого на сім'ю, оскільки це дасть змогу дотримуватись та не порушувати одне з невід'ємних загальнолюдських прав людини. Також з огляду на те, що сім'я є важливим чинником зміцнення держави і суспільства, яка позитивно впливає на засудженого, саме родина допоможе після відбуття покарання сприяти нівелюванню негативних наслідків перебування в місцях позбавлення волі та значно полегшить його ресоціалізацію.

Науковці, які досліджували права та свободи людини, стверджують, що засуджені особи наділені відповідними суб'єктивними правами в сфері сімейних правовідносин², вони не позбавляються сімейних прав, за винятком тих обмежень, що безпосередньо витікають з факту ізоляції особи. Сімейні права засуджених належать до прав, які перебувають і під захистом міжнародних документів, хоча прямо в них не перелічуються.

У ст. 8 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод визначено: кожен має право на повагу до свого приватного і сімейного життя, до свого житла і кореспонденції; органи державної влади не можуть втручатись у здійснення цього права, за винятком випадків, коли втручання здійснюється згідно із законом і є необхідним у демократичному суспільстві в інтересах національної та громадської безпеки чи економічного добробуту країни, для запобігання заворушенням чи злочинам, для захисту здоров'я чи моралі або для захисту прав і свобод інших осіб.

Отже, в цілому сімейні права засуджених до позбавлення волі полягають у тому, що вони, як і особи, які не є засудженими, мають право на укладення чи розірвання шлюбу; на материнство та батьківство; брати участь у матеріальному забезпеченні сім'ї, настільки їй дозволяють можливості та ін.

Проте, якщо обидві особи, які вирішили узяти шлюб, перебувають у місцях позбавлення волі, таке право обмежується внаслідок неможливості вільного пересування за межами установ виконання покарань та заборону перевезення однієї особи до іншої, бо вимагає одночасної присутності в одному місці як нареченого, так і нареченої. Але внаслідок перебування в умовах ізоляції засуджена особа обмежується у питаннях виховання дітей, у самовизначенні родини, прийнятті важливих рішень тощо.

Необхідною є повага права засудженого на сім'ю, тому на державу має покладатися на обов'язок сприяти нормальному розвитку зв'язків із сім'єю та поважати сімейне життя осіб, засуджених до позбавлення волі³, а діяльність держави повинна бути спрямована на збереження контактів із родиною, що знаходиться на волі. Отже, повага до сімейного життя засуджених осіб означає збереження зв'язків між батьком, матір'ю і дітьми усередині одного шлюбу, а також між бабусею, дідусем і онуками, незалежно від того, «оформлена за законом» чи «не оформлена за законом» сім'я (ст. 8 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод).

У міжнародних стандартах поведінки із засудженими та Європейських пенітенціарних (в'язничних) правилах⁴ (далі – ЄПП) вказується на наступні основні механізми збереження контактів з родиною: 1) листування; 2) побачення; 3) телефонний зв'язок; 4) дозвіл відвідувати рідних або тимчасове умовне звільнення.

Наприклад, ув'язненим необхідно дозволяти максимально часто спілкуватися поштою, по телефону або в інші способи спілкування зі своїми родинами, іншими особами та представниками зовнішніх організацій; необхідно дозволяти також відвідування ув'язнених зазначеними особами (п. 24.1. ЄПП); контакти та відвідування можуть бути обмежені або поставлені під контроль, якщо це необхідно для продовження кримінального розслідування, підтримки порядку та безпеки, запобігання кримінальним злочинам та захисту жертв злочинів, проте такі обмеження, включаючи спеціальні обмеження, визначені судовим органом, повинні допускати прийнятний мінімальний рівень контактів (п. 24.2. ЄПП).

У національному законодавстві потрібно визначити національні та міжнародні органи і посадові особи, контакти ув'язнених з якими не обмежуються (п. 24.3. ЄПП); візити мусять бути організовані таким чином, аби надати ув'язненим можливість максимально природно підтримувати та зміцнювати сімейні стосунки (п. 24.4. ЄПП).

Адміністрація пенітенціарних установ мусить сприяти ув'язненим підтримувати адекватні контакти із зовнішнім світом та надавати їм із цією метою відповідну матеріальну підтримку (п. 24.5. ЄПП); будь-які відомості про смерть або важку хворобу будь-кого з близьких родичів мусять бути негайно повідомлені ув'язненому (п. 24.6. ЄПП).

Завжди, коли це дозволяють обставини, ув'язненому має бути дозволено із супроводом або самостійно залишати пенітенціарну установу для відвідування хворого родича, присутності на похованні або з інших гуманітарних мотивів (п. 24.7. ЄПП); ув'язненим має бути дозволено негайно повідомляти свої родини про ув'язнення або переведення до іншої пенітенціарної установи, а також про будь-яку важку хворобу або отриману травму (п. 24.8. ЄПП); при прийомі ув'язненого до пенітенціарної установи, смерті або тяжкій хворобі та при отриманні ним важкої травми або доправленні ув'язненого до лікарні адміністрація мусить, якщо тільки ув'язнений не забажає не робити цього, негайно поінформувати дружину (чоловіка) або партнера ув'язненого, або, якщо ув'язнений неодружений, найближчого родича або іншу особу, раніше визначену ув'язненим (п. 24.9. ЄПП).

Отже, побачення засуджених із членами родини та можливість отримання відпустки повинні займати важливе місце у розподілі ресурсів та повсякденному житті установи виконання покарань. Відпустки відіграють значну роль у зміцненні зв'язків з родиною та полегшують соціальну реінтеграцію засуджених. Вони також сприяють створенню атмосфери гуманності в місцях позбавлення волі та мають якомога ширше використовуватись в установах виконання покарань. На думку фахівців, короткотривалі відпустки, коли засудже-

на має можливість поїхати за межі місць позбавлення волі та зустрітися із рідними, близькими, попереднім оточенням дозволяють пом'якшити ізоляцію від суспільства, закріпити позитивні соціальні зв'язки. Тому важливим є аспект політики щодо надання відпусток, щоб підтримувати тісну взаємодію з персоналом та зовнішніми організаціями для поліпшення розуміння її цілей та підвищення ефективності як складової частини режиму виправного впливу.

ЄСПП також визнають, що візити членів родини до в'язня, надання відпусток повинні мати обов'язковий характер у повсякденній роботі виправних установ, а тюремна відпустка має особливе значення в зміцненні сімейних зв'язків, полегшенні соціальної адаптації після звільнення, створенні гуманності у в'язницях.

Особливо важливими при повазі засудженої особи права на сім'ю є необхідність зняття всіх обмежень у спілкуванні з дитиною, матір'ю, батьком, які опинилися в місцях позбавлення волі та перегляду у зв'язку з цим законодавства, що стосується осіб, заарештованих чи позбавлених волі за вироком суду⁵. На це указує низка норм національного законодавства. Зокрема, фізична особа має право на підтримання зв'язків з членами своєї сім'ї та родичами незалежно від того, де вона перебуває (ч. 3 ст. 291 Цивільного кодексу України); мати, батько та дитина мають право на безперешкодне спілкування між собою, крім випадків, коли таке право обмежене законом (ст. 153 СК). Тому якщо в останньому випадку особа, яка відбуває покарання в місцях позбавлення волі, не позбавлена батьківських прав, вона має право на спілкування із своїми батьками та дітьми.

Практика Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) вказує на деякі порушення збереження контактів з родиною під час відбування покарання у виді позбавлення волі в Україні. Зокрема, у своїх рішеннях ЄСПЛ вказує, що важливим є право засуджених на повагу до їх сімейного життя, яке забезпечується наданням державними органами можливості або, за потреби, допомоги у підтриманні зв'язків зі своїми близькими. Тому обмеження, які стосуються кількості побачень з родичами, нагляду за такими побаченнями або, якщо це виправдовується характером злочину, є втручанням у права засудженого за ст. 8 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод.

Основними видами порушень права засуджених та осіб, взятих під варту, на повагу до сімейного життя в Україні, зафіксованих у рішеннях ЄСПЛ, є: відмова у переведенні засудженого ближче до місця проживання його рідних (рішення у справі «Вінтман проти України»)⁶; обмеження частоти та тривалості побачень, кількість осіб, які одночасно можуть бути присутні на побаченні, та спосіб їх проведення (рішення у справі «Тросін проти України»)⁷ та ін.

У національному кримінально-виконавчому законодавстві з метою реалізації батьківських прав засуджених встановлено можливість створення при виправних колоніях, де відбувають покарання жінки, будинку дитини (ст. 141 КВК). Жінка має право проживати разом з дитиною в будинку дитини, а якщо такого бажання вона не виявляє, то їй має бути надано право без обмежень спілкуватись зі своєю дитиною. Крім того, щоб підтримувати стосунки зі своєю сім'єю, їй надається право на побачення, право на телефонні розмови без обмеження їх кількості під контролем адміністрації, а також користуватися глобальною мережею Інтернет (ч. 5 ст. 110 КВК). Право засудженого на сім'ю забезпечується і короточасними виїздами за межі виправних і виховних колоній (ст. 111 КВК) та одержанням засудженими посилок і бандеролей без обмеження їх кількості (ст. 112 КВК). Якщо засуджений у місцях позбавлення волі не порушує встановленого порядку виконання покарання і має сім'ю, після відбуття шести місяців строку покарання він може проживати за межами гуртожитку зі своїми сім'ями за постановою начальника виправного центру (ст. 59 КВК) та ін.

Усе це, безперечно, є важливими правовими заходами держави, які спрямовані на можливість хоч і мінімально, але все ж таки брати участь засудженій особі до позбавлення волі в реалізації свого права на сім'ю, яке проголошене в Конституції України, інших законах та низці міжнародних документів у сфері захисту прав людини.

На нашу думку, повага права засудженого на сім'ю, зокрема, яке проявляється у підтриманні ним зв'язків із родиною під час відбування покарання у виді позбавлення волі, має неоцінене значення як для самої засудженої особи, так і для суспільства. Це надає можливість не тільки реалізувати їх право на сім'ю у межах чинного законодавства, а й сприяє їх успішній ресоціалізації, оскільки є доведеним фактом, що тривале позбавлення волі сприяє десоціалізації засуджених. Внаслідок ізоляції у засуджених до позбавлення волі можуть виникати різні проблеми психологічного характеру (включаючи втрату почуття власної гідності та погіршення соціальних навичок), вони все більш відчують себе віддаленими від суспільства, у яке більшість засуджених з часом має повернутись.

Тому порушення персоналом установи виконання покарань поваги права на сім'ю засуджених, що проявляється у безпідставному обмеженні спілкування контактів із сім'єю, може призвести до розриву сімейних відносин та втрати сім'ї. Після звільнення з місць позбавлення волі особи, які не мають родини, можуть зіштовхнутися із низкою проблем: *соціально-побутового характеру* (відсутність житла чи роботи); *психологічного характеру* (відчуття того, що суспільство їх не приймає, відсторонення від них друзів чи колишніх знайомих); *економічного характеру* (відсутність коштів на задоволення своїх мінімальних потреб) та ін. і тому ресоціалізація цих осіб стає майже неможливою.

Зв'язок із сім'єю має велике психологічне значення для засудженої особи. Сам факт наявності сім'ї безпосередньо позитивно впливає на настрій та бажання скоріше вийти на волю, щоб після звільнення працювати та допомагати сім'ї. І навпаки, відсутність сім'ї створює психологічну напругу, обумовлює агресивну поведінку, систематичні порушення порядку та умов відбування покарання, а отже, суттєво впливає на процес виправлення засуджених⁸.

Особливо негативними наслідками втрати родини внаслідок порушення права на сім'ю можуть бути для неповнолітніх осіб та жінок у зв'язку з їх віковими чи біологічними особливостями. На думку психологів, саме ця категорія засуджених має особливу потребу в сім'ї після відбуття покарання. Чим більш різнобічним та міцним є зв'язок із зовнішнім світом, тим менший вплив на поведінку засудженого справляють норми асоціального суспільства в місцях позбавлення волі⁹. Тому нерідко такі особи, які втратили сім'ю, можуть знаходити підтримку серед інших колишніх засуджених, які не стали на шлях виправлення, починають вживати алкогольні або наркотичні речовини чи опиняються на вулиці та знову вчиняють тяжкі чи особливо тяжкі злочини.

Отже, вирішити окреслені питання можливо шляхом подальшого удосконалення національного кримінально-виконавчого законодавства та усунення суперечностей у чинному законодавстві з метою безумовного дотримання права засуджених на сім'ю. Крім того, діяльність персоналу установ виконання покарань повинна бути спрямована на всебічну повагу та дотримання права засудженого на сім'ю, не припускати безпідставного обмеження права у спілкуванні із членами родини, зокрема, щоб це не призвело до втрати засудженим зв'язків із сім'єю. Необхідно вжити й низку економічних заходів з боку держави, спрямованих на створення належних умов для реалізації сімейних прав, які полягають у достатньому фінансуванні, щоб побачення із родиною відбувалися в належних та комфортних умовах.

¹ Рішення Конституційного Суду України від 20 січня 2012 року № 2-рп/2012 у справі за конституційним поданням Жашківської районної ради Черкаської області щодо офіційного тлумачення положень частин першої, другої статті 32, частин другої, третьої статті 34 Конституції України. URL: <http://www.kadrovik01.com.ua/regulations/2343/2544/291486/>

² Правознавство: підручник / авт. кол.: Демський С.Е., Ковальський В.С., Колодій А.М. (керівник авт. кол.) та інші; за ред. В.В. Копейчикова. 7-е вид., стер. Київ: Юрінком Інтер, 2003. 736 с. С. 63. URL: http://librarium.hmarka.net/правознавство_копейчиков_підручник.html

³ Рішення по справі «Marckx v. Belgium». URL: european-court.eu/uploads/ECHR_Marckx_v_Belgium_13_06_1979.doc

⁴ Європейські пенітенціарні (в'язничні) правила. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_032

⁵ Ромовська З.В. Сімейний кодекс України: науково-практичний коментар. 3-тє вид., перероб. і доп. / З.В. Ромовська. Київ: Правова Єдність, 2009. С. 227.

⁶ Рішення у справі «Вінтман проти України». URL: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-147326>

⁷ Рішення у справі «Тросін проти України». URL: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/974_940

⁸ Михлин А.С. Роль социальных и демографических свойств личности в исправлении и перевоспитании осужденных к лишению свободы / А.С. Михлин. Москва: ВНИИ МВД СССР, 1970. С. 58–88.

⁹ Антонян Ю.М. Личность пре ступника / Ю.М. Антонян, В.Н. Кудрявцев, В.Е. Эминов. СПб.: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2004. 366 с. С. 320.

Резюме

Гальцова О.В. Збереження контактів з родиною як дотримання права засудженого на сім'ю.

Розглядається право засудженого на сім'ю та його зміст, аналізуються міжнародні документи у сфері захисту прав і свобод людини, міжнародні стандарти поводження із засудженими та національне кримінально-виконавче законодавство, вказується на значущість сім'ї в житті людини та її позитивний вплив на поведінку особи, наведено думки науковців щодо цього, окреслюється важливість збереження контактів з родиною як для суспільства, так і для ресоціалізації засудженого, наводяться приклади негативних наслідків для засудженої особи при порушенні права на сім'ю, висловлюються пропозиції щодо заходів по забезпеченню контактів з родиною.

Ключові слова: права і свободи, засуджений, право на сім'ю, контакти з родиною, відбування покарання.

Резюме

Гальцова Е.В. Сохранение контактов с семьей как соблюдение права осужденного на семью.

Рассматривается право осужденного на семью и его содержание, анализируются международные документы в сфере защиты прав и свобод человека, международные стандарты обращения с осужденными и отечественное уголовно-исполнительное законодательство, указывается на значимость семьи в жизни человека и ее позитивное влияние на его поведение, высказываются мнения ученых применительно этого, подчеркивается важность сохранения контактов с семьей как для общества, так и для ресоциализации осужденного, приводятся примеры негативных последствий для осужденного в случаях нарушения его права на семью, высказываются предложения по применению мероприятий по обеспечению контактов с семьей.

Ключевые слова: права и свободы, осужденный, право на семью, контакты с семьей, отбывание наказания.

Summary

Galtsova O. Family Contacts as Convict's Family Rights.

The author analyses convict's family rights and their purport, reviews rights and freedoms related international documents, international convict treatment standards and national penitentiary and enforcement law.

The article includes the decision of the Constitutional Court of Ukraine which recognises the family right a fundamental value essential for the full personal development in democratic society which is viewed as the right for life independent of state, local authorities, legal entities and individuals. The article underlines the importance of family for each person and emphasises the role of family in strengthening the state and society.

Key words: rights and freedoms, convict, family rights, family contacts, serving a prison term.

К.А. ГУСЄВА, І.А. ГОРБАЧ-КУДРЯ

Катерина Анатоліївна Гусєва, кандидат юридичних наук, доцент, старший науковий співробітник Національної академії внутрішніх справ

Іванна Анатоліївна Горбач-Кудря, магістрант Національної академії внутрішніх справ, старший інспектор з особливо важливих доручень Департаменту оперативної підтримки Національної поліції України

ОСОБЛИВОСТІ КВАЛІФІКАЦІЇ ПСИХОЛОГІЧНОГО ДОМАШНЬОГО НАСИЛЬСТВА У ПРАКТИЧНІЙ ДІЯЛЬНОСТІ ПРЕВЕНТИВНИХ ПІДРОЗДІЛІВ НАЦІОНАЛЬНОЇ ПОЛІЦІЇ УКРАЇНИ

Психологічне домашнє насильство в аспекті кваліфікації як злочину, відповідальність за яке передбачена ст. 126¹ Кримінального кодексу України («Домашнє насильство»)¹, або правопорушення, відповідальність за яке передбачена ст. 173² Кодексом України про адміністративні правопорушення («Вчинення домашнього насильства, насильства за ознакою статі, невиконання термінового заборонного припису або неповідомлення про місце свого тимчасового перебування»)², є доволі складним явищем. Попри численні наукові доробки у сфері протидії домашньому насильству, власне незаперечним є факт того, що основна увага зосереджується на таких формах домашнього насильства, як фізичне (М.І. Бажанов, В.О. Владіміров, О.О. Дудоров, А.А. Запорожець, М.І. Коржанський, Г.К. Костров, Г.А. Крігер, В.М. Кудрявцев, В.М. Куца, П.С. Матишевський, М.М. Мельник, Б.С. Нікіфоров, М.І. Панов, М.І. Хавронюк, Р.Д. Шарапов), економічне (І.В. Басиста, О.М. Василенко, А.К. Виноградова, Н.І. Гнатюк, Д.Г. Заброта, А.А. Запорожець, Л.В. Жарова, Г.В. Кобеньок, О.В. Полковенко, Т.В. Полковенко, О.М. Черевач, Я.І. Юрків) та сексуальне (О.О. Дудоров, А.Б. Утямішев, Д.П. Москаль, О.В. Піддубна, Ю.Є. Пудовочкін, С.В. Романцова, А.В. Савченко). У практиці превентивних підрозділів Національної поліції України існує спрощений підхід у кваліфікації психологічного домашнього насильства, який часто у «гонитві за перемогою справедливості» призводить до того, що поліцейські не помічають, що кривдник фізичного домашнього насильства є водночас жертвою психологічного домашнього насильства.

Актуальність обраної теми обумовлена необхідністю наукових, науково-методичних розробок, пов'язаних із функціонуванням Закону України «Про запобігання та протидію домашньому насильству»² та дискусійністю, що виникає між результатами превентивної діяльності підрозділів Національної поліції України та дослідженнями кримінології, криміналістичної віктимології (О.В. Ковальова, Н.В. Аніщук, К.Б. Левченко, Г.О. Христова, В.М. Бондаровська, О.О. Кочеміровська).

Мета цієї статті обумовлена актуальністю проблеми психологічного домашнього насильства, складнощами у його кваліфікації як особливої форми злочину або адміністративного правопорушення та необхідністю уточнення понятійного апарату існуючого законодавства.

Завдання формулюються виходячи із теми, актуальності та окресленої мети і полягають у такому: здійснити огляд основних тлумачень поняття «психологічного домашнього насильства» у законодавстві та науковій літературі, визначити основні ознаки, за якими здійснюється кваліфікація психологічного домашнього насильства, на прикладах із практики превентивних підрозділів Національної поліції дати аналіз вичерпності механізму кваліфікації психологічного домашнього насильства та накреслити перспективи вирішення існуючої проблеми, сформулювати відповідні пропозиції у висновках.

У Законі України «Про запобігання та протидію домашнього насильства» психологічне насильство визначено як форма домашнього насильства, до якого належать «словесні образи, погрози, у тому числі щодо третіх осіб, приниження, переслідування, залякування, інші діяння, спрямовані на обмеження волевиявлення особи, контроль у репродуктивній сфері, якщо такі дії або бездіяльність викликали у постраждалої особи побоювання за свою безпеку чи безпеку третіх осіб, спричинили емоційну невпевненість, нездатність захистити себе або завдали шкоди психічному здоров'ю особи»³.

За ст. 126¹ ККУ суб'єктивна сторона психологічного домашнього насильства як злочину характеризується системністю та наявністю умислу, що «призводить до фізичних або психологічних страждань, розладів здоров'я, втрати працездатності, емоційної залежності або погіршення якості життя потерпілої особи»⁴.

Статтею 173² КУпАП до психологічного домашнього насильства віднесено «погрози, образи чи переслідування, внаслідок чого могла бути чи була завдана шкода фізичному або психічному здоров'ю потерпілого»⁵.

Отже, психологічне домашнє насильство у законодавчому плані фактично позбавлено тієї межі, де адміністративне правопорушення переходить у злочин. Якщо Закон України «Про запобігання та протидію домашньому насильству» чітко вказує на завершеність діяння чи бездіяльності та обов'язковість завдання моральної шкоди особі жертви, так само, як і відповідна норма Кримінального кодексу України, але з акцентом на суспільну небезпечність такої моральної шкоди, то норма Кодексу України про адміністративні правопорушення передбачає, що і звичайні поодинокі випадки без кінцевого результату заподіяння моральної шкоди є психологічним домашнім насильством. Така плінність причинно-наслідкового зв'язку між суб'єктивною та об'єктивною сторонами правопорушення може провокувати виникнення ситуацій необ'єктивного оцінювання з боку поліцейського відсутності/наявності складу правопорушення.

Урядова уповноважена з питань гендерної політики, доктор юридичних наук, кандидат філософських наук, професор Катерина Левченко розглядає психологічне домашнє насильство як початковий етап до інших форм домашнього насильства, зокрема економічного, сексуального та фізичного. Науковець зазначає, що відсоток дзвінків на гарячу лінію з приводу психологічного насильства у 2016 р. перевищив відсоток скарг щодо фізичного насильства (50 % проти 39 %)⁶. Прояви психологічного домашнього насильства вона пояснює з позиції особи кривдника як наслідок «низької самооцінки агресора та нестабільності психіки, яка обертається бажанням контролювати або знущатися над іншими для того, щоб відчувати себе повноцінним і врівноваженим». Ознаками, за якими можна кваліфікувати психологічне домашнє насильство, К. Левченко вважає посягання на особистий простір жертви, коло друзів, родичів, обмеження спілкування з ними, ревності, постійне прискіпування до дрібниць, починаючи від якості прибирання вдома до зовнішнього вигляду. Дитину-свідка акту домашнього насильства, на думку К. Левченко, також слід вважати жертвою психологічного домашнього насильства.

Така позиція суперечить ранішнім науковим дослідженням Томісона Адама та Таччі Джоя, які доводять, що на відміну від фізичного та сексуального насильства поодинока подія не є психологічним домашнім насильством. Для цього виду насильства характерним є формування клімату або поведінкового паттерну, і важливим компонентом для кваліфікації психологічного домашнього насильства є його систематично повторюваний характер⁷. Психологічне домашнє насильство, на думку Андрю Вачсс, може бути навмисним або ненавмисним, але це завжди триваюча поведінка, а не поодинокий випадок⁸.

Експерт з питань емоційного насильства Саллі Браун, як і Адам Томізон, Джой Таччі та Андрю Вачсс, поділяє думку про систематичний тривалий характер такого правопорушення (злочину), як психологічне домашнє насильство. Вчинення такого виду правопорушення (злочину) пов'язане із поступовим підживленням впевненості жертви домашнього насильства та віри у себе. Ознаками, за якими можна кваліфікувати психологічне домашнє насильство, є такі: знущання, постійне почуття провини, постійний контроль за найдрібнішими діями, широкі жести за мовчання, маніпуляції, руйнація планів жертви з поясненням, що вона сама все може зруйнувати, «торги» компліментами, відсутність емпатії, переконання жертви, що вона не має рації, контроль за грошима жертви, втручання до стосунків третіх осіб, зміни в поведінці жертви, прагнення бути наодинці, ігнорування кривдника⁹.

В. Зубатенко, досліджуючи психологічне насильство, зазначає, що це «вплив на близьку людину з метою встановити контроль за її поведінкою і ствердити свою владу над нею»¹⁰. Воно виражається у вигляді заборон, агресії, контролю, засудження, погроз, приниження, ігнорування, дорікань, шантажу, лайки, маніпуляції, висміювання тощо. Загалом психологічним насильством, як зазначає В. Зубатенко, може бути будь-який словесний акт, спрямований на підживлення психоемоційного стану людини.

Отже, психологічне домашнє насильство у сфері законодавства України про адміністративні правопорушення – це продовжуване адміністративне правопорушення, яке складається із низки ідентичних проступків, що вчиняються неодноразово з однаковою метою, формою вини, тими ж суб'єктами, засобами дії і які становлять у сукупності єдине правопорушення¹¹. Ця форма такого адміністративного правопорушення, як домашнє насильство, на відміну від фізичного та економічного, не може характеризуватися незавершеністю. Тобто, психологічне домашнє насильство за своєю природою обов'язково завдає моральну шкоду особі, інакше маємо справу із звичайним міжособистісним конфліктом.

Психологічне насильство виникає скрізь, де є близькі стосунки чи авторитет однієї людини для іншої. На відміну від звичайного міжособистісного конфлікту психологічне домашнє насильство характеризується циклічністю та має, на думку В. Зубатенко¹², три фази розгортання. Перша фаза розгортання – загострення напруги. Друга фаза – безпосереднє насильство. Третя завершальна – примирення, яка з часом знову переходить у першу фазу – наростання напруги. Завершальна фаза – примирення насправді може містити широке каяття насильника, яке поступово у систематичному повторюванні може перетворюватися на ще одну маніпуляцію.

У практичні діяльності превентивних підрозділів Національної поліції трапляються випадки, коли виклик поліцейських за спецлінією «102» здійснює жертва фізичного або економічного домашнього насильства, яка при більш глибокому розслідуванні та розгляді правопорушення є кривдником у психологічному домашньому насильстві. Для ілюстрації наведемо декілька прикладів.

Гр. К має дружину, разом із якою мешкає у трикімнатній квартирі матері дружини – гр. З. Гр. З – особа похилого віку, проте це не заважає їй весь час дорікати зятеві, що він не зміг придбати помешкання у м. Києві. Комунальні послуги за помешкання сплачує гр. К, так само і усі побутові потреби. Особовий рахунок на квартиру записаний на ім'я гр. З, тому вона вважає, що у помешканні всі мають дотримуватися вста-

новлених нею правил. Гр. К та його дружина у шлюбі 20 років. Дітей не мають. Дружина гр. К любить і поважає матір, гр. З, тому не заперечує їй ні в чому. 15 червня 2018 р. о 19 год. 15 хв. гр. К повернувся додому нападпитку після святкування дня народження з колегами. Біля порогу його зустріла теща, висловлюючи словесні образи. Гр. К пройшов до кімнати, в якій мешкав разом із дружиною, та закрив двері. Гр. З увірвалася до кімнати, погрожуючи, що викличе поліцію, оскільки гр. К нападпитку і не прописаний в її помешканні. Виникла словесна перепалка, в результаті якої гр. З перетелефонувала на спеціальну лінію «102» і повідомила, що її зять прийшов додому у нетверезому стані та чинить домашнє насильство. Адресу виклику гр. З не повідомила та кинула телефонну слухавку. Через двадцять хвилин у помешкання з роботи повернулася дружина гр. К. Гр. З почала вимагати в неї, щоб остання вигнала чоловіка, гр. К, з квартири і викликала поліцію за спеціалією «102». Дружина гр. К вигнала чоловіка з квартири на вулицю та викликала поліцію. По приїзді поліцейських правопорушника виявлено не було, про що було зазначено у рапорті за результатами виїзду. Приблизно з 22 год. до 23 год. гр. К зробив дві спроби повернутися до квартири, але гр. З не дозволила дружині гр. К відчинити двері та змусила викликати поліцію, посилаючись на підвищення артеріального тиску та посилення серцебиття. Разом із поліцією дружина викликала бригаду швидкої допомоги для надання екстреної медичної допомоги гр. З. Для прийняття рішення усі матеріали за викликом поліції за лінією «102» передано дільничному офіцеру поліції.

Гр. Л доглядає похилого віку матір гр. М. Гр. Л прописана у двокімнатній квартирі матері, хоча і має власне помешкання в іншому районі. Щоб не кидати роботу і при цьому доглядати матір, гр. Л переїхала до квартири гр. М. Гр. М часто розказує сусідам як її донька гр. Л вчиняє по відношенню до неї домашнє насильство (напр., обливає водою, відмовляється виконувати дрібні побутові забаганки), проте поліцію у таких випадках вона не викликає, а просить, щоб зробили виклик особи, які час від часу винаймають квартиру навпроти і не знають подробиць співмешкання доньки та матері. Також гр. М має візитівку із номером дільничного офіцера поліції, який обслуговує адміністративну зону, на якій розташований її будинок. За словами гр. М, домашнє насильство гр. Л вчиняє у відповідь на зауваження першої.

В обох випадках маємо справу із психологічним домашнім насильством і в обох випадках «жертви домашнього насильства» – особи похилого віку, діагностувати особу кривдника в яких поліцейському дуже складно. Причинами такого стану справ є відсутність механізмів діагностування, збирання доказів вчинення психологічного домашнього насильства та водночас і його попередження як адміністративного правопорушення.

Отже, складність виявлення природи психологічного домашнього насильства потребує у випадках повідомлення про вчинення домашнього насильства залучення до діагностики особи кривдника та особи жертви кваліфікованого працівника із спеціальними знаннями у галузі психології. Лише після проведення психологічного дослідження фахівцем остаточно може бути встановлено, є особа кривдником чи жертвою.

Викладений вище матеріал дає змогу зробити такі висновки.

У п. 14 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про протидію та запобігання домашньому насильству» доречно уточнити вид злочину та адміністративного правопорушення за часом, конкретизувати причинно-наслідковий зв'язок між його об'єктивною та суб'єктивною сторонами, а також замінити словосполучення «шкода психічному здоров'ю» на більш юридично виправдане «моральна шкода»¹³ та викласти в такій редакції: *«психологічне насильство – форма домашнього насильства, що має продовжуваний характер та виявляється у словесних образах, погрозах, у тому числі щодо третіх осіб, приниженнях, переслідуваннях, залякуваннях, інших діях, спрямованих на обмеження волевиявлення особи, контроль у репродуктивній сфері і як результат викликали у постраждалої особи побоювання за свою безпеку чи безпеку третіх осіб, спричинити емоційну невпевненість, нездатність захистити себе або завдали моральної шкоди»*.

Частину 1 ст. 173² КУПАП у частині, що стосується психологічного домашнього насильства, доповнити уточненням у дужках, що вони повинні мати систематичний характер, і наслідок, визначений у п. 14 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про протидію та запобігання домашньому насильству», та викласти у редакції як *«вчинення домашнього насильства психологічного характеру (систематичні погрози, образи чи переслідування), внаслідок чого у постраждалої особи виникли побоювання за свою безпеку чи безпеку третіх осіб, емоційна невпевненість, нездатність захистити себе або завдано моральної шкоди потерпілому»*.

У виявленні факту домашнього насильства будь-якої форми обов'язковим є залучення фахівця із спеціальними знаннями у галузі психології для діагностики особи кривдника та особи жертви психологічного домашнього насильства, що потребує законодавчого закріплення у Законі України «Про протидію та запобігання домашньому насильству» та процесуальному законодавстві.

¹ Кримінальний кодекс України: Закон України від 05.04.2001 р. № 2341-III / База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14/ed20131215> (дата звернення: 04.05.2019).

² Кодекс України про адміністративні правопорушення: Закон України від 07.12.1984 р. № 8073-X / База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/80731-10> (дата звернення: 01.05.2019).

³ Про запобігання та протидію домашньому насильству: Закон України від 07.12.2017 р. № 2229-VIII / База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2229-19> (дата звернення: 01.05.2019).

⁴ Стаття 126¹ «Домашнє насильство». Кримінальний кодекс України: Закон України від 05.04.2001 р. № 2341-III / База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14/ed20131215> (дата звернення: 04.05.2019).

⁵ Стаття 173² «Вчинення домашнього насильства, насильства за ознакою статі, невиконання термінового заборонного припису або неповідомлення про місце свого тимчасового перебування». Кодекс України про адміністративні правопорушення: Закон України від 07.12.1984 р. № 8073-Х / База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/80731-10> (дата звернення: 01.05.2019).

⁶ Левченко К., Калашиник О. Тільки не мовчи... Домашнє насильство починається з «незначних дрібниць» *Українська правда*. 2017. 09 червня. URL: <https://life.pravda.com.ua/columns/2017/06/9/224605/> (дата звернення: 01.05.2019).

⁷ Tomison Adam M and Joe Tucci. Emotional Abuse: The Hidden Form of Maltreatment. *NCPIC Issues* № 8 September 1997. URL: <https://aifs.gov.au/cfca/publications/emotional-abuse-hidden-form-maltreatment> (дата звернення: 04.05.2019).

⁸ Vachss Andrew. 1994. «You Carry the Cure In Your Own Heart.» *Parade*, 28 August 1994. URL: http://www.vachss.com/av_dispatches/disp_9408_a.html (дата звернення: 04.05.2019).

⁹ 14 ознак емоційного насильства у стосунках *Українська правда*. 2017. 25 серпня. URL: <https://life.pravda.com.ua/society/2017/08/25/226022/> (дата звернення: 04.05.2019).

¹⁰ Валерія Зубатенко. Нотатки про психологічне насильство. *Гендер в деталях*. URL: <https://genderindetail.org.ua/season-topic/genderne-nasilstvo/zubatenko-134061.html> (дата звернення: 04.05.2019)

¹¹ Щодо скоєння особою триваючого правопорушення: лист Міністерства юстиції України від 01.12.2003 р. № 22-34-1465 / База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v1465323-03> (дата звернення: 04.05.2019).

¹² Валерія Зубатенко. Вказана праця.

¹³ Горбач-Кудря І.А. Фізичне насильство як форма скоєння адміністративного правопорушення, пов'язаного із вчиненням особою домашнього насильства. *Тридцять треті економіко-правові дискусії* (юридичне спрямування): матеріали міжнародної наук.-практ. інтернет-конференції. Львів, 2018. С. 85–87.

Резюме

Гусева К.А., Горбач-Кудря І.А. Особливості кваліфікації психологічного домашнього насильства у практичній діяльності превентивних підрозділів Національної поліції України.

У статті здійснено огляд основних тлумачень поняття «психологічного домашнього насильства» у законодавстві та науковій літературі, визначено основні ознаки, за якими здійснюється кваліфікація психологічного домашнього насильства. На прикладах із практики превентивних підрозділів Національної поліції проаналізовано питання вичерпності механізму кваліфікації психологічного домашнього насильства. Подано власне бачення вирішення існуючої проблеми, що оформлено відповідними пропозиціями у висновках.

Ключові слова: психологічне домашнє насильство, емоційне насильство, продовжуване адміністративне правопорушення, ознаки кваліфікації психологічного домашнього насильства, особа кривдника, особа жертви психологічного домашнього насильства.

Резюме

Гусева Е.А., Горбач-Кудря И.А. Особенности квалификации психологического домашнего насилия в практической деятельности превентивных подразделений Национальной полиции Украины.

В статье сделан обзор основных толкований понятия «психологического домашнего насилия» в законодательстве и научной литературе, определены основные признаки, по которым осуществляется квалификация психологического домашнего насилия. На примерах из практики превентивных подразделений Национальной полиции проанализирован вопрос совершенства механизма квалификации психологического домашнего насилия. Представлено видение решения существующей проблемы, оформленное соответствующими предложениями в выводах.

Ключевые слова: психологическое домашнее насилие, эмоциональное насилие, продолжающееся административное правонарушение, признаки квалификации психологического домашнего насилия, личность обидчика, личность жертвы психологического домашнего насилия.

Summary

Guseva K., Gorbach-Kudrya I. Specific qualification of psychological domestic violence in the practice of the preventive units of the National Police of Ukraine.

In this article reviews the main interpretations of the concept of «psychological domestic violence» in the legislation and scientific literature, defines the main features by which the qualification of psychological domestic violence is carried out. Examples from the practice of the preventive units of the National Police analyzed the issue of exhaustion of the mechanism of qualification of psychological domestic violence. The actual vision of the solution of the existing problem, presented in the relevant proposals in the conclusions, is presented.

Key words: psychological domestic violence, emotional violence, continuing administrative offense, signs of qualification of psychological domestic violence, person of the offender, person of the victim of psychological domestic violence.

Н.В. СМЕТАНІНА, О.В. МААЛУЛІ

Наталія Володимирівна Сметаніна, кандидат юридичних наук, асистент Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого
ORCID: 0000-0001-5949-3709

Олександра Володимирівна Маалулі, магістрант факультету правосуддя Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

АНТИКОРУПЦІЙНА ЕКСПЕРТИЗА ЯК НАПРЯМ ЗАПОБІГАННЯ КОРУПЦІЇ

Для подолання такого явища, як корупція, необхідним є комплексний підхід, а отже, розробка та впровадження заходів антикорупційного спрямування є одним з першочергових завдань державної влади сьогодні. На шляху до його реалізації зроблено чимало кроків: прийнято нове антикорупційне законодавство, низку нормативно-правових актів, спрямованих на запобігання та протидію корупції; ведеться постійний діалог Української держави із світовою спільнотою щодо вироблення ефективних механізмів протидії та подолання корупції; здійснюються наукові дослідження з питань запобігання корупції та боротьби з нею; формується публіцистика антикорупційного характеру. Слід згадати й про новостворений антикорупційний суд, який нещодавно почав працювати. Незважаючи на це, корупція продовжує залишатися однією із нагальних для вирішення проблем українського суспільства¹.

Багатогранність, складна структура корупційних правовідносин зумовлює значне коло пов'язаних із ними питань. Одним із таких питань є запровадження антикорупційної експертизи нормативно-правових актів та їх проектів у практику боротьби із корупційними злочинами. Зокрема, аналіз зарубіжного досвіду доводить, що проблема розробки основ антикорупційної експертизи є надзвичайно актуальною, для вирішення якої багато держав сьогодні докладають значних зусиль.

Погоджуємось з О.Р. Дашковською, що «ґрунтуючись на класичних положеннях загальної теорії права, слід зазначити, що попередження корупційних правопорушень повинно здійснюватися на всіх рівнях механізму правового регулювання, а не на окремих його стадіях. Початковий етап профілактики корупційних правопорушень повинен починатися саме на стадії формування правових норм. Отже, без нових за змістом законів, заснованих на ідеалах верховенства права, ідеях рівності, свободи, гуманізму, нетерпимості до різних видів правопорушень суспільних відносин (політичних, економічних, соціальних тощо) не можливо встановити справедливий правопорядок у суспільстві»².

Наразі напрям із вивчення причин виникнення корупції та вироблення рекомендацій щодо протидії, мінімізації й ліквідації її наслідків інтенсивно розвивається³. Серед комплексу заходів, передбачених українським законодавцем із запобігання і профілактики корупції, слід виокремити антикорупційну експертизу, що, безсумнівно, є одним із основних елементів превентивної антикорупційної політики. Тому останнім часом у роботах вчених і фахівців частіше порушуються питання, присвячені вирішенню проблем організації механізму проведення антикорупційної експертизи нормативно-правових актів. У своїх працях торкалися питання антикорупційної експертизи: В.Б. Авер'янов, О.М. Бандурка, Ю.П. Битяк, Н.П. Бортник, О.Р. Дашковська, М.О. Лисенко, Ю.В. Орлов, В.Л. Оргинський, М.М. Сербін, Н.В. Сметаніна, М.М. Тищенко, С.О. Шатрава, О.В. Юнацький та ін.

Саме тому **метою** цієї статті є розгляд розвитку та аналіз такого напрямку запобігання корупції, як антикорупційна експертиза, завданням якої є ефективне виявлення й усунення корупціогенних факторів у нормативно-правових актах та проектах нормативно-правових актів.

Спочатку хотілося б визначитися з поняттям «антикорупційна експертиза», тобто з тим смисловим навантаженням, яке вкладають в це словосполучення, оскільки серед науковців немає єдиної точки зору в його розумінні. Відповідно, М.О. Лисенко зазначає, що антикорупційна експертиза – це діяльність суб'єктів проведення антикорупційної експертизи, яка полягає у дослідженні проектів нормативно-правових актів та чинних нормативно-правових актів, які регулюють певні суспільні відносини, на наявність в акті корупціогенних властивостей норм, сприяють або можуть сприяти вчиненню корупційних правопорушень у процесі застосування цього нормативно-правового акта⁴. Я.Є. Наконечний вважає, що під експертизою проектів нормативно-правових актів слід розуміти проведення фахівцем (групою фахівців або спеціальним закладом) дослідження наданих текстів із використанням професійних знань у відповідній галузі і подання висновку, що містить результати такого дослідження та відповіді на поставлені запитання⁵. Деякі інші науковці антикорупційну експертизу розглядають як додатковий інструмент забезпечення якості актів, їх більшої ефективності.

У чинному Законі України «Про запобігання корупції» (далі – Закон) законодавець у ст. 1 закріпив положення, відповідно до якого антикорупційна експертиза – це діяльність із виявлення в нормативно-правових актах, проектах нормативно-правових актів положень, які самостійно чи у поєднанні з іншими нормами можуть сприяти вчиненню корупційних правопорушень або правопорушень, пов'язаних з корупцією⁶. Зазначене визначення поняття вважаємо дуже влучним, але, на нашу думку, необхідно додати окрім дієслова в майбутньому часі ще й у теперішньому – [...сприяють або можуть сприяти вчиненню...]. Оскільки завданням антикорупційної експертизи є не лише виявлення й усунення корупціогенних факторів у нормативно-правових актах та проектах нормативно-правових актів, які приймаються, але також й тих, які вже існують і є чинними в нашій державі. Залишається незрозумілим, чому у визначенні поняття в ст. 1 Закону законодавець обмежився дієсловом майбутнього часу, а в ст. 55 Закону, зазначаючи мету й завдання антикорупційної експертизи використав, і теперішній. Було б логічним і в ст. 1, і в ст. 55 Закону використовувати обидва часи дієслова.

Варто звернути увагу, що Україна – не єдина держава серед країн Східної Європи, яка запровадила антикорупційну експертизу проектів нормативно-правових актів. Наприклад, Російська Федерація антикорупційну експертизу своїх нормативно-правових актів та проектів нормативно-правових актів запровадила у 2009 р. Федеральним законом «Про антикорупційну експертизу нормативно-правових актів та проектів нормативно-правових актів». Положеннями зазначеного Федерального закону встановлено правові й організаційні засади проведення антикорупційної експертизи та визначено органи, на які покладено завдання проведення такої експертизи. У Республіці Вірменія вимога щодо проведення антикорупційної експертизи була започаткована з 2009 р. у зв'язку з постановою Уряду Республіки Вірменія від 22 жовтня 2009 р. № 1205-Н «Про оцінку регулюючого впливу антикорупційних нормативно-правових актів». Антикорупційну експертизу в Республіці Вірменія здійснює спеціальний орган Міністерства юстиції – Агентство експертизи правових актів. Проведення антикорупційної експертизи проектів нормативно-правових актів в Республіці Молдова на законодавчому рівні визначено в 2008 р. Законом Республіки Молдова «Про запобігання корупції і боротьбу з нею». Наведений міжнародний досвід певною мірою показав, що Україна рухається із своїми сусідами аналогічним шляхом у напрямі протидії корупції⁷.

Розглядаючи це питання в історичному аспекті, зазначимо, що в нашій країні антикорупційна експертиза, як інструмент запобігання корупції вперше було запроваджено Урядом у 2008 р. із введенням посади Урядового уповноваженого з питань антикорупційної політики. Зокрема, в п. 2 постанови Кабінету Міністрів України (далі – КМУ) «Деякі питання реалізації державної антикорупційної політики» від 4 червня 2008 р. № 532 було встановлено, що проекти нормативно-правових актів, які подаються на розгляд Уряду, підлягають обов'язковій антикорупційній експертизі, що проводиться міжвідомчою експертною групою (склад цієї групи затверджується КМУ за пропозицією Урядового уповноваженого з питань антикорупційної політики). Згодом, у п. 4 Рішення Ради національної безпеки і оборони України «Про стан злочинності у державі та координацію діяльності органів державної влади у протидії злочинним проявам та корупції» від 11 вересня 2009 р. йшлося про необхідність «реального» впровадження антикорупційної експертизи проектів нормативно-правових актів. 16 вересня 2009 р. Урядом було прийнято постанову «Питання реалізації державної антикорупційної політики» № 1057, якою затверджено Порядок проведення антикорупційної експертизи проектів нормативно-правових актів. Відповідно до нього антикорупційну експертизу мав робити Урядовий уповноважений з питань антикорупційної політики самостійно. При цьому, за наявності відповідного рішення, об'єктом експертизи могли бути і проекти нормативно-правових актів, розроблені Президентом чи народними депутатами України, а також проекти актів центральних органів виконавчої влади. 20 травня 2010 р. Міністерство юстиції України (далі – МЮУ) видало наказ «Питання проведення експертизи на наявність корупціогенних норм» № 1085/5, згідно з яким антикорупційна експертиза проектів нормативно-правових актів стала невід'ємною частиною правової експертизи і відображається окремим пунктом у висновку МЮУ за результатами опрацювання відповідного проекту акта. Через місяць МЮУ затвердило Методичні рекомендації щодо проведення експертизи проектів нормативно-правових актів на наявність корупціогенних норм, згідно з якою антикорупційній експертизі підлягали проекти актів у певних сферах. Цим документом (з деякими змінами) фахівці МЮУ користуються й досі (наразі він називається Методологія проведення антикорупційної експертизи). У 2011 р. цей правовий механізм запобігання корупції було закріплено на рівні закону, а саме у ст. 15 Закону «Про засади запобігання і протидії корупції» від 7 квітня 2011 року. У 2013 р. до числа суб'єктів, зобов'язаних здійснювати експертизу, було віднесено Комітет Верховної Ради України (далі – Комітет ВРУ), до предмета відання якого належить питання боротьби з корупцією, а до числа його об'єктів – чинні нормативно-правові акти Парламенту, Президента та Уряду, а також всі (а не лише у певних сферах) нормативно-правові акти, які підлягають державній реєстрації МЮУ. Із набранням чинності нині чинним Законом України «Про запобігання корупції» (введено в дію 26 квітня 2015 р.) інститут антикорупційної експертизи зазнав подальшого розвитку (ст. ст. 1 і 55 Закону). До суб'єктів, уповноважених здійснювати експертизу, віднесено і Національне агентство з питань запобігання корупції (далі – НАЗК). На сьогодні антикорупційна експертиза в Україні – це діяльність певних суб'єктів із виявлення в нормативно-правових актах чи їх проектах норм (положень), які самостійно чи у поєднанні з іншими нормами (положеннями) можуть сприяти вчиненню корупційних правопорушень або правопорушень, пов'язаних з корупцією (корупціогенних факторів)⁸.

Важливість впровадження антикорупційної експертизи виражається насамперед через її функції, серед яких можна виокремити контрольну функцію, здійснення якої забезпечує контроль проектів нормативно-

правових актів та чинних нормативно-правових актів; попереджувальну (превентивну), здійснення якої забезпечує попередження наявності корупціогенних чинників у проектах нормативно-правових актах та корупційних правопорушень при застосуванні нормативно-правового акта; інформаційну (аналітична), здійснення якої забезпечує аналіз та оцінку якості проектів нормативно-правових актів⁹.

Таким чином, перед антикорупційною експертизою як напрямом запобігання корупції постає низка завдань, серед яких: 1) правове регулювання проведення антикорупційної експертизи нормативно-правових актів та їх проектів; 2) визначення суб'єктів такої антикорупційної експертизи, їх компетенції; 3) методичне забезпечення проведення антикорупційної експертизи та правове регулювання висновку експерта за результатами проведення антикорупційної експертизи; 4) створення незалежного органу, який проводитиме антикорупційну експертизу (під час проведення експертизи має виключатися участь органу, який є автором проекту, що досліджується). І більшість із названих питань вже вирішені у національному законодавстві¹⁰.

Згідно із ст. 55 Закону «Про запобігання корупції»¹¹ антикорупційна експертиза буває: 1) обов'язковою (її зобов'язані здійснювати на постійній основі Міністерство юстиції України та Комітет Верховної Ради України, до предмета відання якого належить питання боротьби з корупцією); 2) необов'язковою (її можуть здійснювати Національне агентство з питань запобігання корупції та громадськість). Відповідно законодавець поділяє антикорупційну експертизу на обов'язкову та необов'язкову залежно від суб'єктів, які її здійснюють, що у свою чергу має низку своїх особливостей як щодо законодавчого регулювання, так і щодо практики застосування.

Таким чином, відповідно до чинного Закону Міністерство юстиції України здійснює антикорупційну експертизу згідно із затвердженим ним щорічним планом. Вказана експертиза здійснюється щодо законів України, актів Президента України та Кабінету Міністрів України у таких сферах:

- 1) прав і свобод людини і громадянина;
- 2) повноважень органів державної влади та органів місцевого самоврядування, осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування;
- 3) надання адміністративних послуг;
- 4) розподілу та витрачання коштів державного бюджету та місцевих бюджетів;
- 5) конкурсних (тендерних) процедур¹².

Так, відповідно Міністерство юстиції України здійснює перевірку:

– всіх проектів нормативно-правових актів, що вносяться на розгляд Кабінету Міністрів України. Виходячи з положень Регламенту КМУ, такими актами є лише проекти постанов і розпоряджень Уряду. Як впливає з положень розділу IV Порядку проведення антикорупційної експертизи, така експертиза є складовою частиною їх правової експертизи;

– всіх нормативно-правових актів державних органів, які підлягають державній реєстрації. Перелік таких органів і актів наразі визначено в Указі Президента «Про державну реєстрацію нормативно-правових актів міністерств та інших органів виконавчої влади» від 3 жовтня 1992 р. № 493/92. Їх антикорупційна експертиза здійснюється безпосередньо під час державної реєстрації (розділ III Порядку проведення антикорупційної експертизи);

– чинних законів, актів Президента та Уряду у певних сферах. Така експертиза має здійснюватися згідно зі щорічним планом, що затверджується Міністерством юстиції України до 31 грудня року, що передує року реалізації такого плану. У разі виявлення корупціогенних факторів результати антикорупційної експертизи чинних нормативно-правових актів підлягають обов'язковому оприлюдненню на офіційному веб-сайті Міністерства юстиції України (розділ II Порядку проведення антикорупційної експертизи).

Процедурні аспекти виписані у Порядку проведення антикорупційної експертизи (затв. наказом Міністерства юстиції України від 18 березня 2015 р. № 383/5), та у Методології проведення антикорупційної експертизи (затв. наказом Міністерства юстиції України від 24 квітня 2017 р. № 1395/5)¹³. До речі, в зазначеній методології і закріплено, що основними корупціогенними факторами, які виявляються і оцінюються під час здійснення експертизи є:

- нечітке визначення функцій, прав, обов'язків і відповідальності органів державної влади та місцевого самоврядування, осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування;
- створення надмірних обтяжень для одержувачів адміністративних послуг;
- відсутність або нечіткість адміністративних процедур;
- відсутність чи недоліки конкурсних (тендерних) процедур¹⁴.

Що ж стосується Комітету Верховної Ради України, то виходячи зі змісту ч. 2 ст. 55 Закону «Про запобігання корупції» Комітет уповноважений здійснювати антикорупційну експертизу нормативно-правових актів, що вносяться народними депутатами на розгляд Верховної Ради України, до предмета відання якого належить питання боротьби з корупцією¹⁵. А порядок і методологію проведення комітетом Верховної Ради України антикорупційної експертизи визначає Міністерство юстиції України, тобто за власною ініціативою комітет нічого не розробляє, а користується наданою міністерством.

До повноважень Національного агентства з питань запобігання корупції віднесено проведення за власною ініціативою у встановленому ним порядку антикорупційної експертизи проектів нормативно-правових актів, що вносяться на розгляд Верховної Ради України або Кабінету Міністрів України.

Порядок проведення експертизи НАЗК встановлює самостійно, але при цьому: 1) для проведення НАЗК антикорупційної експертизи Уряд зобов'язаний надсилати йому проекти всіх відповідних норматив-

но-правових актів; 2) НАЗК зобов'язано інформувати відповідний комітет ВРУ або КМУ про проведення антикорупційної експертизи відповідного проекту нормативно-правового акта, що може бути підставою для зупинення процедури його розгляду або прийняття, але на строк не більше 10 днів; 3) до проведення експертизи залучається Громадська рада при НАЗК¹⁶.

Згідно з ч. 7 ст. 55 Закону «Про запобігання корупції» за ініціативою фізичних осіб, громадських об'єднань, юридичних осіб може проводитися громадська антикорупційна експертиза чинних нормативно-правових актів та проектів нормативно-правових актів. Проведення її та оприлюднення результатів здійснюються за рахунок відповідних фізичних осіб, громадських об'єднань, юридичних осіб або інших джерел, не заборонених законодавством. Закон не вимагає розробки спеціального порядку та/або методології проведення такої експертизи. Попри це, громадські організації, що опікуються цим питанням, такі методології (методичні рекомендації) розробляли та продовжують розробляти¹⁷.

Проведення антикорупційної експертизи потребує розв'язання низки завдань: 1) правового регулювання проведення антикорупційної експертизи нормативно-правових актів та їх проектів; 2) визначення суб'єктів такої антикорупційної експертизи, їх компетенції; 3) методичного забезпечення проведення антикорупційної експертизи та правового регулювання висновку експерта за результатами проведення антикорупційної експертизи; 4) створення незалежного органу, який проводитиме антикорупційну експертизу (під час проведення експертизи має виключатися участь органу, який є автором проекту, що досліджується). І більшість із названих питань вже вирішені у національному законодавстві.

Але головною проблемою залишається розробка методичного забезпечення юридико-лінгвістичної антикорупційної експертизи, оскільки саме у текстових формулюваннях містяться корупціогенні фактори. Тому незалежно від сфери регулюваних відносин при проведенні антикорупційної експертизи нормативно-правових актів та їх проектів повинна проводитись юридико-лінгвістична антикорупційна експертиза.

Вважаємо, що сьогодні в українському суспільстві, в органах державної влади має формуватися і розвиватися негативне ставлення до корупційних діянь як у внутрішніх відносинах у державі, так і у відносинах із міжнародними організаціями та закордонними державами. Антикорупційна експертиза має стати потужним інструментом протидії корупції. Якісне очищення значного масиву проектів нормативно-правових актів, а також чинних нормативно-правових актів допоможе зупинити розвиток корупційних норм у законодавстві. Розумне запозичення міжнародного досвіду у боротьбі з корупцією сприятиме зменшенню цього деструктивного явища і в українському суспільстві¹⁸.

Чітке та неухильне дотримання вимог законності є важливою умовою реалізації цих норм, їх фактичного втілення в життя, а правопорядок – це вже досягнутий результат реалізації норм права і законності, який є правовою основою, певним суспільним режимом¹⁹. Отже, антикорупційна експертиза – це необхідний напрям для запобігання корупції, але важливим є й те, щоб змінювались не лише нормативно-правові акти, а щоб змінювалось суспільство і його свідомість. Оскільки навіть досконало написані нормативно-правові акти не будуть дієвими без доброчесної поведінки суспільства та його бажання їх неухильного виконання.

¹ Молдован Е.С. Напрями запобігання та протидії корупції на державній службі: морально-ідеологічний аспект. URL: <http://academy.gov.ua/ej/ej12/txts/10mesmia.pdf>

² Дашковська О.Р. Антикорупційна експертиза як складова єдиного правового моніторингу нормативних правових актів. *Порівняльно-аналітичне право*. 2015. № 25. С. 18–21. URL: http://www.pap.in.ua/5_2015/5.pdf

³ Ортинський В.Л. Правові питання організації проведення антикорупційної експертизи нормативно-правових актів. *Вісник Національного університету «Львівська політехніка»*. Серія: Юридичні науки: зб. наук. праць. 2015. № 813. С. 66–70.

⁴ Лисенко М.О. Антикорупційна експертиза нормативно-правових актів як засіб забезпечення законності в правотворчій діяльності органів виконавчої влади. *Держава і право* : зб. наук. праць. Київ : Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2014. Вип. 66. С. 125–133.

⁵ Армазасов Ю.Г., Наконечный Я. Мониторинг в правотворчестве: теория и методология. Москва: Изд-во МГТУ, 2009, 196 с. С. 106.

⁶ Про запобігання корупції: Закон України від 28.12.2014 р. *Відомості Верховної Ради (ВВР)*. 2014. № 49. Ст. 2056. Ст. 1. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1700-18>

⁷ Порядок проведення антикорупційної експертизи: затверджено наказом Міністерства юстиції України від 18.03.2015 р. № 383/5. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/z0303-15>

⁸ Альтернативний звіт з оцінки ефективності впровадження державної антикорупційної політики / М.І. Хавронюк, І.Б. Коліушко, В.П. Тимошок та ін.; за заг. ред. М.І. Хавронюка. Київ, 2017. 445 с. С. 157–158. URL: http://pravo.org.ua/img/books/files/1495028329az_final.pdf

⁹ Лисенко М.О. Антикорупційна експертиза нормативно-правових актів як засіб забезпечення законності в правотворчій діяльності органів виконавчої влади. *Держава і право* : зб. наук. праць. Київ : Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2014. Вип. 66. С. 125–133.

¹⁰ Про запобігання корупції: Закон України від 28.12.2014 р. *Відомості Верховної Ради (ВВР)*. 2014. № 49. Ст. 2056. Ст. 55. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1700-18> ; Порядок проведення антикорупційної експертизи: наказ Міністерства юстиції України від 18.03.2015 р. № 2 38315. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0303-15> ; Сметаніна Н.В. Антикорупційна експертиза нормативно-правових актів та їх проектів як інститут запобігання корупції: вітчизняний і міжнародний досвід. Кримінально-правові та криминологічні засади протидії корупції. Харків, 2016. С. 146–149.

¹¹ Про запобігання корупції: Закон України від 28.12.2014 р. *Відомості Верховної Ради (ВВР)*. 2014. № 49. Ст. 2056. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1700-18>

¹² Там само.

¹³ Альтернативний звіт з оцінки ефективності впровадження державної антикорупційної політики / М.І. Хавронюк, І.Б. Коліушко, В.П. Тимошук та ін.; за заг. ред. М.І. Хавронюка. Київ, 2017. 445 с. С. 157–158. URL: http://pravo.org.ua/img/books/files/1495028329az_final.pdf

¹⁴ Методології проведення антикорупційної експертизи: затверджено наказом Міністерства юстиції України від 24 квітня 2017 р. № 1395/5. URL: <https://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/v1395323-17/para8>

¹⁵ Про запобігання корупції: Закон України від 28.12.2014 р. *Відомості Верховної Ради (ВВР)*. 2014. № 49. Ст. 2056. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1700-18>

¹⁶ Альтернативний звіт з оцінки ефективності впровадження державної антикорупційної політики / М.І. Хавронюк, І.Б. Коліушко, В.П. Тимошук та ін.; за заг. ред. М.І. Хавронюка. Київ, 2017. 445 с. С. 157–158. URL: http://pravo.org.ua/img/books/files/1495028329az_final.pdf

¹⁷ Там само.

¹⁸ Сметаніна Н.В. Антикорупційна експертиза нормативно-правових актів та їх проектів як інститут запобігання корупції: вітчизняний і міжнародний досвід. *Кримінально-правові та кримінологічні засади протидії корупції* : зб. матеріалів IV Міжнар. наук.-практ. конф. / МВС України ; Харківський нац. ун-т внутр. справ; квіт. 2016 р., м. Харків ; Кримінол. асоц. України. Харків, 2016. С. 146–149.

¹⁹ Дашковська О.Р. Антикорупційна експертиза як складова єдиного правового моніторингу нормативних правових актів. *Порівняльно-аналітичне право*. 2015. № 25. С. 18–21. URL: http://www.pap.in.ua/5_2015/5.pdf

Резюме

Сметаніна Н.В., Маалулі О.В. Антикорупційна експертиза як напрям запобігання корупції.

У статті розкрито зміст поняття антикорупційної експертизи, зазначені її функції, а також розвиток запровадження такого напрямку запобігання корупції в нашій державі. Визначено суб'єктів, на яких покладено обов'язок здійснювати антикорупційну експертизу. Розглянуто повноваження суб'єктів щодо її здійснення.

Ключові слова: антикорупційна експертиза, нормативно-правовий акт, корупція, напрям запобігання корупції.

Резюме

Сметаніна Н.В., Маалулі А.В. Антикоррупционная экспертиза как направление предотвращения коррупции.

В статье раскрыто содержание понятия антикоррупционной экспертизы, указаны ее функции, а также развитие введения такого направления предотвращения коррупции в нашем государстве. Определены субъекты, на которых возложено обязательство проведения антикоррупционной экспертизы. Рассмотрены полномочия данных субъектов относительно ее проведения.

Ключевые слова: антикоррупционная экспертиза, нормативно-правовой акт, коррупция, направление предотвращения коррупции.

Summary

Smetanina N., Maaluli O. Anticorruption Expertise as the Way of Preventing Corruption.

The article determines the content of the concept of anti-corruption expertise, indicates its functions as well as the development of the introduction of such a way of preventing corruption in our state. The subjects are assigned to carry out anti-corruption expertise. The author considered the powers of the subjects concerning its implementation.

Key words: anticorruption expertise, regulatory act, corruption, a way to prevent corruption.

Л.В. ОМЕЛЬЧУК, А.С. ЛАЗАРЕНКО

Любов Василівна Омельчук, кандидат юридичних наук, заступник завідувача кафедри Національного університету ДФС України

ORCID: 0000-0002-2457-0118

Аліна Сергіївна Лазаренко, аспірант Національного університету державної фіскальної служби України, помічник адвоката

ORCID: 0000-0001-9320-9521

ПРИЗНАЧЕННЯ ПОЗАПЛАНОВОЇ ПОДАТКОВОЇ ПЕРЕВІРКИ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ ТА ЇЇ ОСКАРЖЕННЯ

Сучасна ринкова економіка формується і функціонує на основі підприємницької діяльності, без якої важко уявити нинішній уклад сфери торгівлі та надання послуг. Конституцією України надається можливість всім громадянам України, а також громадянам інших країн чи осіб без громадянства, займатися підприємництвом на території України, за винятком випадків, передбачених законом¹. Відповідно, право на зайняття підприємницькою діяльністю підлягає певним обмеженням.

Цілком очевидно, що обмеження прав і свобод особи з боку держави, у тому числі й вищезгаданого права, передбачає розв'язання окремих завдань, насамперед підтримку правопорядку, забезпечення внутрішньої і зовнішньої безпеки суспільства та держави, а також створення сприятливих умов для економічної діяльності і охорони всіх форм власності. Однак вже упродовж тривалого часу запеклих протистоянь правоохоронців і адвокатів продовжуються дискусії щодо неправомірного обмеження права особи на зайняття підприємницькою діяльністю шляхом здійснення державою в уособленні правоохоронних органів тиску на бізнес, у тому числі за рахунок безпідставного призначення численних перевірок дотримання вимог податкового законодавства як суб'єктів підприємницької діяльності, так і їх контрагентів.

У ході досудового розслідування у кримінальних провадженнях органами, що здійснюють контроль за додержанням податкового законодавства, доволі часто слідчі та прокурори вдаються до ініціювання проведення позапланової податкової перевірки, обґрунтовуючи це формальним встановленням ознак неправомірної діяльності у сфері підприємницької діяльності тих чи інших осіб, ухилення від сплати податків та інших обов'язкових платежів або сприяння останньому посадовими особами суб'єктів господарювання. Однак здебільшого дані ініціативи мають скоріше характер неправомірного тиску на бізнес і необґрунтованого обмеження права особи на зайняття підприємницькою діяльністю. У зв'язку із цим дослідження питань правової процедури призначення в рамках кримінального провадження позапланових податкових перевірок суб'єктів підприємницької діяльності, оскарження таких рішень, а також оцінки результатів даних перевірок потребує актуалізації.

Проблеми вказаної теми, що здебільшого виникають у правозастосовній техніці, стали предметом досліджень З. Топорецької, О. Капліної, Н. Маринів, А. Марушева, Р. Степанюка, О. Шаповалова та ін. Однак актуальні проблеми, зокрема щодо можливості оскарження рішень про проведення позапланових податкових перевірок у кримінальному провадженні, ними не окреслено, у зв'язку із чим вбачається за необхідне здійснити аналіз комплексного характеру.

Метою статті є характеристика позапланової податкової перевірки та використання результатів останньої у кримінальному провадженні. Завданням є з'ясування особливостей порядку призначення позапланової перевірки з питань дотримання вимог податкового законодавства в рамках досудового розслідування у кримінальному провадженні, окреслення судової практики у контексті розгляду відповідних клопотань органів досудового розслідування та процесуального керівництва, а також виокремлення можливостей, підстав і механізму оскарження судового рішення про проведення позапланової перевірки.

Проведення контролюючими органами перевірок щодо дотримання вимог податкового законодавства являє собою один із способів здійснення податкового контролю, що передбачено п.п. 62.1.3 п. 62.1 ст. 62 Податкового кодексу України (далі – ПКУ)².

Пунктом 75.1 ст. 75 ПКУ передбачено, що контролюючі органи мають право проводити камеральні, документальні (планові або позапланові; виїзні або невиїзні) та фактичні перевірки. Камеральні та документальні перевірки проводяться контролюючими органами у межах їх повноважень виключно у випадках та у порядку, встановленому цим Кодексом.

Підстави та порядок призначення і проведення документальної позапланової перевірки визначені положеннями ст. 78 ПКУ. Зокрема, однією із таких підстав є отримання судового рішення суду (слідчого судді) про призначення перевірки, винесену відповідно до закону³.

Таким чином, визначаючи однією із підстав для проведення позапланової податкової перевірки винесе- не відповідно до закону судове рішення, законодавець посилається на положення нормативно-правових актів, що регламентують порядок прийняття такого рішення.

У зв'язку із цим розглянемо процесуальні можливості органів досудового розслідування та процесуаль- ного керівництва щодо ініціювання вказаного виду перевірок.

Насамперед зазначимо, що лише п.п. 12 п. 5 Розділу XII Прикінцевих положень Закону України «Про прокуратуру» від 14 жовтня 2014 р. № 1697-VII⁴ були внесені зміни до Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України), що набрали законної сили з 15 липня 2015 р. та виключили повнова- ження слідчого і прокурора щодо призначення ревізій і перевірок, що є законними та обґрунтованими.

У розділі 3 Пояснювальної записки до Закону України від 14 жовтня 2014 р. № 1697-VII вказані зміни обґрунтовувалися тим, що останні «дозволять уникнути дублювання повноважень прокуратури та інших органів, на які покладаються повноваження щодо нагляду (контролю) за додержанням законів, що дасть змогу, з одного боку, чітко зрозуміти, який орган несе відповідальність за стан справ у певній сфері суспіль- них відносин, а з іншого боку, – зменшити кількість перевірок та інших заходів, які можуть впливати на діяльність фізичних та юридичних осіб, насамперед у сфері підприємницької діяльності». Фактично ж до внесення відповідних змін, контролюючі органи, посилаючись на винесену в рамках кримінального провад- ження постанову слідчого або прокурора, були зобов'язані здійснити позапланову документальну перевірку з питань дотримання вимог податкового законодавства.

Із 1 січня 2017 р. набув чинності Закон України «Про внесення змін до Податкового кодексу щодо покращення інвестиційного клімату в Україні» від 21 грудня 2016 р. № 1797-VIII⁵, яким змінено положення п.п. 78.1.11 ст. 78 ПКУ, а саме виключено одну із підстав для проведення перевірки – отримання постанови органу, що здійснює оперативно-розшукову діяльність, слідчого, прокурора, винесеної відповідно до закону.

Таким чином, нині слідчий та прокурор можуть скористатися у ході досудового розслідування крими- нального провадження лише процесуальною можливістю звернення до слідчого судді із клопотанням, оскільки саме судове рішення слугує підставою для видання контролюючим органом відповідного наказу про проведення документальної позапланової перевірки.

Однак виникають сумніви у правомірності і даної процесуальної дії з боку правоохоронців, адже чин- ним КПК України не передбачено механізм звернення із клопотанням такого виду, не визначено вимоги до останнього, порядок його розгляду слідчим суддею та підстави для задоволення тощо.

Однією із засад кримінального провадження законодавцем визначено диспозитивність, що відповідно до ч. 3 ст. 26 КПК України передбачає можливість вирішення слідчим суддею, судом у кримінальному провад- женні лише тих питань, що винесені на їх розгляд сторонами та віднесені до їх повноважень цим Кодексом⁶.

Згідно з п. 18 ч. 1 ст. 3 КПК України слідчий суддя – суддя суду першої інстанції, до повноважень якого належить здійснення у порядку, передбаченому цим Кодексом, судового контролю за дотриманням прав, сво- бод та інтересів осіб у кримінальному провадженні⁷.

Окремої норми КПК України, що визначала б повноваження слідчого судді у кримінальному провад- женні, не існує, натомість останні виокремлюються зі змісту норм, що регламентують порядок застосування заходів забезпечення та проведення слідчих (розшукових) дій у кримінальному провадженні. Разом із тим перелік заходів забезпечення та слідчих (розшукових) дій, які можуть бути застосовані у кримінальному про- вадженні, не включає проведення перевірок та ревізій.

Тобто, кримінальним процесуальним законом не передбачено можливість звернення із відповідним кло- потанням до слідчого судді місцевого суду та порядок його розгляду як такий. Водночас не існує норми, яка б прямо заборонила слідчому судді призначати позапланові документальні перевірки дотримання вимог подат- кового законодавства. Пунктом 5 ч. 2 ст. 40 КПК України визначено перелік клопотань, із якими слідчий упов- новажений звернутися до слідчого судді, до яких також не належить клопотання про проведення позапланової документальної перевірки. У зв'язку із цим судова практика щодо вказаного питання доволі неоднозначна, що підтверджується статистикою чисельності розглянутих клопотань та прийнятих судових рішень.

Так, упродовж 2018 р. згідно з даними Єдиного державного реєстру досудових розслідувань (далі – ЄДРСР), було розглянуто загалом 2 946 клопотань про призначення позапланової документальної перевірки суб'єктів підприємницької діяльності з питань дотримання вимог податкового законодавства. Для порівнян- ня, кількість розглянутих клопотань у 2017 р. становила загалом 6 138.

Навіть незважаючи на відсутність у слідчого судді повноважень щодо ухвалення рішення про призна- чення перевірок, у 2017 р. було задоволено 4 731 клопотань (що становить 77 % від загальної кількості), у 2018 р. – 2 066 клопотань (тобто 70 % від числа розглянутих)⁸.

Отже, всупереч приписам закону, слідчі судді не лише відкривають судові провадження та розглядають по суті клопотання слідчих і прокурорів, а й задовольняють останні у переважній більшості. Тим самим судді виходять за межі власних повноважень і сприяють ситуації, коли здійснюється відкритий тиск на біз- нес з боку правоохоронних органів, особливо коли йдеться про досудове розслідування у кримінальних про- вадженнях органами, що здійснюють контроль за додержанням податкового законодавства. У випадку при- буття співробітників контролюючих органів на підприємство з метою проведення таких перевірок на підста- ві ухвали слідчого судді, яка не була оскаржена, їх дії згідно з ПКУ апіорі є законними.

Що ж стосується фактично проведених позапланових перевірок, то відповідно до даних, зазначених у звітах Державної фіскальної служби України, опублікованому на офіційному сайті центрального органу

виконавчої влади, у 2018 р. за рішенням суду (слідчого судді) було проведено лише 461 перевірку, за результатами яких донараховано 3,2 млрд грн⁹. Для порівняння, згідно з аналогічним звітом за 2017 р., було здійснено 0,8 тис. перевірок¹⁰.

Таким чином, кількість винесених судових рішень про призначення перевірок значно перевищує фактичну численність проведених, що свідчить про неефективність заходу, до якого вдаються правоохоронні органи у ході досудового розслідування кримінального провадження.

Враховуючи вказані обставини, правники упродовж тривалого часу ініціювали формування практики оскарження рішень суду першої інстанції та скасування ухвал про призначення позапланових податкових перевірок.

Перешкодою насамперед ставало те, що визначений законодавцем у КПК України перелік ухвал слідчого судді, які можуть бути оскаржені під час досудового розслідування, не містить судового рішення, яким задоволено у клопотанні про проведення позапланової податкової перевірки.

Натомість тривалі непоодинокі спроби аргументувати власну позицію на захист суб'єктів підприємницької діяльності і бізнесу як такого, принесли правозахисникам вагомий результат у вигляді позиції судів апеляційної інстанції щодо невідповідності ухвал суду першої інстанції, якими надано дозвіл на проведення перевірок, вимогам ст. 370 КПК України.

Як вважають О. Капліна та Н. Маринів, можливість оскарження ухвали про призначення позапланової перевірки забезпечує доступ особи до правосуддя¹¹.

Суди апеляційної інстанції вказують на те, що право сторони обвинувачення на збирання доказів, зокрема шляхом витребування та отримання від органів державної влади актів перевірок, що передбачено ч. 2 ст. 93 КПК України, забезпечується не шляхом призначення у кримінальному провадженні позапланових документальних перевірок, а в інший спосіб, який чітко регламентований положеннями КПК України.

На думку З. Топорецької, ПКУ не надає актам перевірок окремої юридичної сили акта індивідуальної дії, а визначає, що за результатами перевірок контролюючий орган виносить повідомлення-рішення щодо платника податків, який вже є актом індивідуальної дії щодо такого платника. Складений за результатами ініційованої в рамках кримінального процесу перевірки акт перевірки використовується одночасно і для доведення обставин кримінального правопорушення, і є підставою для застосування податкових санкцій¹².

Натомість існують істотні сумніви стосовно того, що акт перевірки, проведеної на підставі рішення суду, може стати доказом у кримінальному провадженні, оскільки згідно з положеннями ст. 84 КПК України доказами в кримінальному провадженні є фактичні дані, отримані виключно у передбаченому цим Кодексом порядку, на підставі яких вже слідчий, прокурор, слідчий суддя і суд встановлюють наявність чи відсутність обставин, що мають значення для кримінального провадження та підлягають доказуванню.

Оскільки норми КПК України не містять повноважень слідчого судді на призначення позапланової документальної перевірки та порядок розгляду клопотання про її призначення, на переконання суду апеляційної інстанції, слідчий суддя суду першої інстанції, задовольнивши клопотання слідчого, або прокурора, виходить за межі повноважень, наданих йому чинним кримінальним процесуальним законом, та ухвалює рішення, яке не передбачено КПК України, а відтак, і не відповідає вимогам ст. 370 КПК України.

Більше того, частково вказана позиція підтверджена судом касаційної інстанції і викладена у постанові Великої палати Верховного Суду України від 23 травня 2018 р. у справі № 243/6674/17-к (далі – Постанова)¹³.

Так, колегією суддів у п. 21 Постанови зазначається про те, що Конституційний Суд України, розглядаючи положення п. 8 ч. 3 ст. 129 Конституції України, дійшов висновку, що апеляційне оскарження судового рішення можливе в усіх випадках, крім тих, коли закон містить заборону на таке оскарження (абз. 2 пп. 3.2. Рішення Конституційного Суду України від 27 січня 2010 р. № 3-рп/2010 у справі за конституційним зверненням громадянина ОСОБА_5 щодо офіційного тлумачення положення п. 18 ч. 1 ст. 293 Цивільного процесуального кодексу України у взаємозв'язку зі ст. 129 Конституції України (про апеляційне оскарження ухвал суду). Оскільки ухвалу слідчого судді про надання дозволу на проведення позапланової перевірки не передбачено КПК, то немає ні дозволу, ні заборони щодо апеляційного оскарження такої ухвали¹⁴.

Відповідно до п.п. 26, 28 Постанови, зважаючи на важливість для суб'єктів, щодо діяльності яких слідчі судді надають дозволу на проведення позапланових перевірок, прав, установлених ст. 8 Конвенції та ст. 1 Першого протоколу до Конвенції, та враховуючи відсутність надійних процесуальних механізмів захисту прав під час підготовчого провадження, Велика Палата вважає практичним та ефективним право на апеляційний перегляд таких ухвал у стадії досудового розслідування. Велика Палата Верховного Суду вважає, що апеляційні суди зобов'язані відкривати апеляційне провадження за скаргами на ухвали слідчих суддів про надання дозволу на проведення позапланових перевірок¹⁵.

Практика ініціювання та призначення позапланових перевірок з питань дотримання вимог податкового законодавства у ході досудового розслідування кримінальних проваджень існує та обґрунтовується положеннями п. 78.1.11 ПКУ, який передбачає здійснення позапланової перевірки у випадку отримання судового рішення суду (слідчого судді), винесеного відповідно до закону.

Дедалі частіше слідчі судді відмовляють у задоволенні відповідних клопотань, однак значна частка у відсотковому співвідношенні підлягає задоволенню. Разом із тим згідно зі звітами Державної фіскальної служби України кількість проведених перевірочних заходів значно нижча, ніж кількість винесених судових рішень, які відображені у Єдиному державному реєстрі судових рішень. Це вказує передусім на те, що механізм ініціювання клопотань про проведення позапланових податкових перевірок, до якого вдаються співро-

бітники правоохоронних органів у ході досудового розслідування кримінального провадження, низько ефективний. Більше того, відсутність визначеного у кримінальному процесуальному законі порядку призначення таких перевірок призводить загалом до того, що визнання результатів останніх належними доказами у кримінальному провадженні ставиться під сумнів.

Неоднозначність оскарження таких ухвал слідчих суддів полягає в тому, що відповідно до положень ст. 309 КПК України останні не можуть бути оскаржені під час досудового розслідування.

Натомість сформована судова практика показує, що насправді ухвала слідчого судді про призначення позапланової перевірки цілком може бути оскаржена до суду апеляційної інстанції, і суд апеляційної інстанції розглядає такі скарги та ухвалює судові рішення по суті на користь скажника.

Можливість скасування ухвали суду першої інстанції суд апеляційної інстанції обґрунтовує тим, що КПК України не передбачає права слідчого або прокурора на звернення до слідчого судді із клопотанням про призначення позапланової перевірки, і у кримінальному процесуальному законі відсутня процедура розгляду такого клопотання. Тому, задовольняючи вказане клопотання, слідчий суддя виходить за межі своїх повноважень і діє у спосіб, який не відповідає процесуальному закону.

¹ Конституція України від 28.06.1996 р., редакція від 21.02.2019 р. / База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96%D0%B2%D1%80>

² Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон від 13.04.2012 р. № 4651-VI в редакції від 11.01.2019 р. / База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17/paran492#n492>

³ Там само.

⁴ Про прокуратуру: Закон України від 14.10.2014 р. № 1697-VII в редакції від 28.08.2018 р. / База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1697-18>

⁵ Про внесення змін до Податкового кодексу щодо покращення інвестиційного клімату в Україні: Закон України від 26.12.2016 № 1797-VIII / База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1797-19>

⁶ Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон від 13.04.2012 р. № 4651-VI в редакції від 11.01.2019 р. / База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17/paran492#n492>

⁷ Там само.

⁸ Електронний ресурс «Єдиний державний реєстр судових рішень». URL: <http://reyestr.court.gov.ua>

⁹ Звіт Державної фіскальної служби України за 2018 рік. URL: <http://sfs.gov.ua/data/files/240396.pdf>

¹⁰ Звіт Державної фіскальної служби України за 2017 рік. URL: <http://sfs.gov.ua/data/files/223549.PDF>

¹¹ Капліна О., Маринів Н. Проведення ревізій та перевірок у кримінальному провадженні: дисонанс законодавства та правозастосовної практики. *Підприємництво, господарство і право*. 2018. № 2. С. 197–206.

¹² Топорецька З. Позапланові перевірки в кримінальному провадженні. *Підприємництво, господарство і право*. 2017. № 7. С. 148–152. URL: <http://pgp-journal.kiev.ua/archive/2017/7/32.pdf>

¹³ Постанова Великої палати Верховного Суду України від 23.05.2018 р. у справі № 243/6674/17-к. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/74475959>

¹⁴ Там само.

¹⁵ Там само.

Резюме

Омельчук Л.В., Лазаренко А.С. Призначення позапланової податкової перевірки у кримінальному провадженні та її оскарження.

У даній статті окреслено актуальні проблеми ініціювання правоохоронними органами позапланових перевірок з питань дотримання вимог податкового законодавства у кримінальному провадженні, судову практику в частині розгляду відповідних клопотань, а також виокремлено окремі підстави та механізм оскарження судового рішення про проведення позапланової податкової перевірки.

Ключові слова: позапланова перевірка, податок, кримінальне провадження, клопотання, ухвала, контролюючі органи, оскарження.

Резюме

Омельчук Л.В., Лазаренко А.С. Назначение внеплановой налоговой проверки в уголовном производстве и ее обжалование.

В данной статье обозначены актуальные проблемы инициирования правоохранительными органами внеплановых проверок по вопросам соблюдения требований налогового законодательства в уголовном производстве, судебную практику в части рассмотрения соответствующих ходатайств, а также выделены отдельные основания и механизм обжалования судебного решения о проведении внеплановой налоговой проверки.

Ключевые слова: внеплановая проверка, налог, уголовное производство, ходатайство, определение, контролирующие органы, обжалование.

Summary

Omelychuk L., Lazarenko A. The appointment and appeal of an unscheduled tax audit in a criminal proceeding.

This article identifies topical issues of initiation of unscheduled inspections by law enforcement agencies on issues of compliance with tax legislation in criminal proceedings, judicial practice regarding the consideration of relevant petitions, as well as separate grounds and mechanism for appealing a court decision on an unscheduled tax audit.

Key words: unscheduled audit, tax, criminal proceedings, petition, court decision, regulatory authorities, appeal.

Р.В. ПЕРЕЛИГІНА, С.В. КОЗИР

Раїса Володимирівна Перелигіна, кандидат юридичних наук, завідувач відділу аспірантури Київського університету права НАН України
ORCID: 0000-0002-3798-0861

Сергій Володимирович Козир, здобувач Київського університету права НАН України

СОЦІАЛЬНА СУТНІСТЬ ТА МЕХАНІЗМИ ПРОТИДІЇ КОРУПЦІЇ У СФЕРІ МЕДИЦИНИ

Корупція проникає в усі сфери суспільного життя, створює соціальну напруженість та економічні колізії, сприяє поширенню нелегітимних видів соціальних практик, загрожує національній безпеці, реально протиставляється конституційному та суспільному ладу, є причиною масштабного зростання «тіньової» економіки, пронизує владні інституції, створюючи передумови для зростання рівня злочинності. Оцінка поширеності корупції у сфері охорони здоров'я надзвичайно ускладнюється соціальною та правовою неоднозначністю неформальних відносин у цій сфері, з якої, власне, і формується уявлення про «медичну корупцію» як феномен повсякденного життя населення України.

Як справедливо зазначає професор М.І. Мельник, корумповані відносини все більше витісняють правові, етичні відносини між людьми, із аномалії поступово перетворюються на норму поведінки¹. На жаль, сфера охорони здоров'я не є винятком. Через свою масштабність корупція стала питанням номер один для України, охоплюючи величезні обсяги активів держави та завдаючи чималих збитків. За оцінками Світового банку, щорічні збитки від корупції у світі становлять 1 трлн дол. США, що є великим економічним тягарем. У світовому Індексі сприйняття корупції за 2019 р. Україна набрала 32 бали зі ста можливих. 32 бали зі 100 можливих, 122 місце, поруч із Мали, Малаві та Ліберією. Такими є показники України в оприлюдненому 29 січня рейтингу «Індекс сприйняття корупції-2018», який щороку укладає міжнародна організація [Transparency International](#). Рейтинг спирається на опитування експертів та бізнесу, які проводить низка міжнародних організацій².

Найвищий бал у рейтингу мають держави, в яких корупцію вважають мінімальною; найнижчий – найбільш корумповані, за сприйняттям, країни. Так, Данія в останньому рейтингу набрала 88 балів зі ста можливих і посіла перше місце (вважається найменш корумпованою за сприйняттям країною), Нова Зеландія – 87 балів, Фінляндія, Сінгапур та Швеція – по 85 балів. Менш корумпованими за сприйняттям, ніж Україна, є всі країни ЄС, включно з Болгарією, яка має найгірші показники в Євросоюзі – 42 бали. Із пострадянських держав Україну випередили всі країни Балтії, а також Грузія, Вірменія, Молдова і Білорусь³.

У всесвітньому рейтингу СРІ Україна посіла 131 місце зі 176 країн, розділивши цю сходинку разом з Казахстаном, Росією, Непалом та Іраном. Але найбільшими викликами можна визнати слабкість інституцій, покликаних забезпечувати верховенство права, надмірну зарегульованість економіки та зосередження влади в руках олігархічних кланів. Безкарність, яку досі відчувають корупціонери, зводить нанівець позитивні досягнення і не дає реформі діяти. Тобто, без реального очищення системи правосуддя, що в свою чергу призводить до безкарності, Україна не зможе перейти на якісно новий рівень.

За своєю суттю корупція, як «корозія», негативно впливає на всі сфери суспільного розвитку. У наш час характерною рисою корупції стала універсальність. Так, незалежно від рівня соціально-економічного розвитку держави корупція існує у всіх сферах життя та вже давно носить міжнародний характер. Так, досліджуючи причинно-наслідкові зв'язки корупції у різних сферах суспільних відносин, професор В.М. Попович зазначає: «Можна без перебільшення сказати, що корупція в Україні руйнує основи української держави, стала загрозою для національної безпеки країни, оскільки сама держава у особі її органів стала корупційним інструментом первісного накопичення капіталів, здатним до саморегулятивно-інституційного відтворення тіньових відносин, корупції та організованих форм злочинності, як джерела накопичення первісних капіталів. Моделюючи кредитну, монетарну та податкову політику й командно-кланові принципи її реалізації, держава змодельовала такий тип економічних відносин, які на рівні причинно-наслідкових зв'язків зумовлюють девіантну поведінку людини⁴.

Не є винятком і сфера охорони здоров'я. Статтю 3 Основного Закону людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю. Статтю 49 Конституції закріплено право кожного громадянина на охорону здоров'я, медичну допомогу та медичне страхування⁵.

Корупція в медицині – це соціальне явище, яке має соціальну обумовленість, соціальні закономірності розвитку та здійснює негативний вплив на соціальні процеси, які існують саме в сфері охорони здоров'я. Причому соціальною ціною такого явища зазвичай є життя та здоров'я людини та суспільства в цілому. Як

наслідок, в Україні наявна виражена тенденція до депопуляції, погіршення стану здоров'я та захворюваності населення.

У своїй статті «Подарунок лікарю – корупція чи подяка?» Т. Семігіна, І. Грига та Т. Степурко наводять дані Державної служби статистики України, які підтверджують поширеність неформальних платежів у медицині та їхній згубний вплив на доступність медичних послуг⁶.

З прийняттям 14 жовтня 2014 р. за № 1700-VII Закону України «Про запобігання корупції» законодавчо в ч. 1 ст. 1 закріплено визначення поняття корупції, а саме використання особою, зазначеною у частині першій ст. 3 цього Закону, наданих їй службових повноважень чи пов'язаних з ними можливостей з метою одержання неправомірної вигоди або прийняття такої вигоди чи прийняття обіцянки/пропозиції такої вигоди для себе чи інших осіб або відповідно обіцянка/пропозиція чи надання неправомірної вигоди особі, зазначеній у частині першій ст. 3 цього Закону, або на її вимогу іншим фізичним чи юридичним особам з метою схилити цю особу до протиправного використання наданих їй службових повноважень чи пов'язаних з ними можливостей⁷. Більше того, 23 березня 2017 р. з прийняттям Закону України «Про внесення змін до деяких законів України щодо особливостей фінансового контролю окремих категорій посадових осіб» за № 1975-VIII законодавцем суттєво збільшено перелік осіб, вказаних в частині першій ст. 3 Закону України «Про запобігання корупції»⁸. Надання такої правової оцінки з боку держави свідчить, що корупція в сфері медицини на сьогоднішній день досягла вкрай небезпечної висоти.

Вважаємо, що після політичної корупції (яка, на думку багатьох науковців, є найбільш небезпечною) саме медична – найнебезпечніша за своїм характером, оскільки, як вже зазначалося вище, у всіх випадках вчинення корупційних правопорушень в медичній сфері іншою стороною медалі буде життя чи здоров'я людини, а відтак – суспільства та нації в цілому.

Будь-яка поведінка особистості розглядається в системі суспільних відносин. Людина в державі повинна виконувати його закони, а в суспільстві – жити відповідно до його традицій, соціальних норм і норм моралі. Для цього держава має бути правовою, а суспільство – цивілізованим. Проте сьогодні в Україні більше половини населення схильне до вчинення корупційних правопорушень у разі, якщо це може сприяти вирішенню проблеми⁹.

Соціальний характер злочинності виявляється в тому, що вона пронизує різні сфери суспільства, різні суспільні відносини. Історія людського суспільства показує, що рівень злочинності збільшувався або зменшувався залежно від економічного, політичного, соціального чи духовного стану суспільства. Зростання злочинності обумовлює формування у людей негативних культурних установок, які, у свою чергу, чинять зворотний вплив на злочинність, сприяючи подальшому підвищенню її рівня.

Розкриваючи механізм злочинної поведінки, необхідно мати на увазі, що саме у свідомості полягає специфіка людської поведінки. Основними передумовами виникнення корупції в сфері охорони здоров'я є насамперед кризовий стан галузі, повільне, непослідовне та незавершене її реформування і системна корупція в країні¹⁰. Одним із шляхів вирішення цієї проблеми мало б стати введення страхової медицини в Україні, що останнім часом активно обговорюється фахівцями. Основними факторами, які пояснюють кричущі масштаби поширення корупції в Україні, є не тільки відсутність у населення сформованого негативного ставлення до корупції, вкрай низькі, неадекватні та економічно необґрунтовані зарплати державних службовців і прирівняних до них осіб, а й багато чого іншого – зволікання із реальним покаранням корупціонерів, збільшення корупційної складової у стосунках бізнесу і влади, неефективність діяльності органів, що виявляють, запобігають і ведуть боротьбу з корупцією, неврахування результатів наукових досліджень з питань запобігання та протидії корупції, прогалини національного антикорупційного законодавства тощо¹¹.

Слід погодитися з О.М. Костенко, що брак у громадян належної соціальної (політичної, економічної, правової, моральної) культури робить їх інструментом для використання політичними маргіналами у власних цілях. Це і є причиною корупційної активності «верхів». Неналежний рівень соціальної культури громадян спричиняє корупційну активність і в «низах»¹².

Останнім часом набуло розмаху шахрайство у фармакологічному бізнесі: в аптеках без рецепта можна придбати практично будь-які ліки, за винятком психотропних та наркотичних препаратів. Ці препарати відпускаються винятково за спеціальними рецептурними бланками, на яких повинен бути наявний штамп медичної установи, особиста печатка і підпис лікаря. Проте, незважаючи на це, такі препарати великими партіями потрапляють у незаконний обіг наркотичного ринку. Ще одна корупційна схема фармакологічного бізнесу – продаж рецептурних засобів особами, які не мають на це ліцензії. Насамперед це стосується Інтернет-аптек. Існують і інші схеми отримання незаконних доходів для медичного персоналу. Наприклад, таємні домовленості з похоронними конторами щодо інформації про те, яка людина і де померла або знаходиться на межі життя і смерті, задля того, щоб помираючий згодом поступив до певної похоронної контори¹³.

Як уже зазначалося вище, на сьогоднішній день державою було зроблено певні кроки щодо подолання корупційних проявів у сфері охорони здоров'я. Разом із тим аналіз судової практики та антикорупційної діяльності свідчить про те, що на території України, основна увага органів, які здійснюють протидію корупції, зосереджується здебільшого на репресивних заходах. Причому розуміння «корупції в сфері медицини» зводиться здебільшого до концепції відносин між «лікарем та пацієнтом». Також реагування відбувається здебільшого на незначні, в масштабах держави, корупційні прояви.

Водночас будь-які зміни до законодавства повинні відповідати потребам практики, рівню розвитку суспільства та менталітету тієї країни, де діятиме зазначене законодавство. Насамперед зміни у законодавстві

повинні враховувати національні інтереси, що полягають у збалансованій діяльності правоохоронних органів, компетенція і порядок дій яких чітко визначені законодавством. Крім того, важливе значення має і людський фактор. Адже, як зазначає О.М. Костенко, «без участі людського фактора українське право не вдасться узгодити з правом країн ЄС. Текст українського законодавства очевидно можна привести у відповідність із текстами законодавства країн ЄС, але без «європеїзації» соціальної культури громадян України, і, зокрема, без «європеїзації» української правової доктрини, цей текст буде все одно застосовуватись по-українськи, тобто відповідно до стану українського людського фактора. Якщо мати на увазі, що правова доктрина – це прояв соціальної (в тому числі правової) культури громадян, то можна зробити висновок, що правова реформа не може відбуватися без «реформування» правової культури громадян України. А останнє означає узгодження волі і свідомості громадян України із законами природного права, як це сьогодні має місце у громадян Швеції, Німеччини чи Японії»¹⁴.

Зокрема, з метою протидії корупції в Ізраїлі для державних службовців та урядовців на законодавчому рівні розроблена й закріплена система значних соціальних пільг. При цьому, одночасно, введена система безжалюного покарання осіб, які були спіймані на вчиненні корупційних правопорушень. Також ряд урядових організацій і спеціальних підрозділів поліції, відомством Державного контролера, що володіє незалежністю від міністерств і державних відомств, і громадські організації здійснюють дослідження можливих корупційних ризиків. За результатами досліджень, у випадку виявлення корупційних фактів, вищевказані установи інформують органи розслідування. Також проведена свого часу серед населення правильна кампанія, щодо небезпеки корупції сформувала настільки стійку громадську думку, що репутація людини, замішаної в корупційному скандалі, стала вкрай небажана на території Ізраїлю. Як наслідок, комплекс цих заходів привів до практичної відсутності «низової» корупції.

У свою чергу США, які накопичили практично найбільший досвід боротьби з корупцією в цілому, з метою протидії цьому негативному явищу в сфері медицини шляхом прийняття низки законів визначили досить солідні розміри заробітних плат лікарів, одночасно зобов'язавши їх звітувати, шляхом оприлюднення перед громадськістю на відповідних сайтах, джерела свого фінансування та сумарні доходи. Іншою стороною медалі є проведення вибіркового аудиту, величезні розміри штрафів (із позбавленням ліцензії) та притягнення до відповідальності всіх сторін корупційного правопорушення, в тому числі й до позбавлення волі.

У свою чергу, на теренах України передусім необхідно провести реформування сфери медицини, яка б носила прозорий для громадськості характер в частині залучення та використання грошових коштів, встановлення достойної заробітної плати працівникам медичних установ та надання їм значних соціальних пільг. З метою забезпечення дієвого громадського контролю слід провести кампанії серед населення щодо небезпеки корупції та підвищення рівня громадянської свідомості. О.М. Костенко вказує: «радикальним чинником у методології реформ в Україні має стати створення – саме за допомогою освіти і науки – таких умов у суспільстві, щоб жити і працювати чесно було вигідно. Тоді, наприклад, корупційний тип соціальної поведінки громадян, який і породжує кризу в Україні, трансформується в антикризовий. А тим часом саме «людський фактор» і є тим «нарідним каменем», яким нехтують наші реформатори і який має бути покладений в основу нової України»¹⁵.

Таким чином, беззаперечним залишається той факт, що корупція в сучасних умовах стала чинником, який реально загрожує національній безпеці та конституційному ладу України, а також створює умови для скоєння серйозних злочинів міжнародного характеру. Зміни в культурній сфері, соціальна криза в державі неминуче впливають на злочинність. У свою чергу, зміни злочинності завжди, так чи інакше, пов'язані з культурними процесами. Важливими моментами для створення ефективних та дієвих механізмів протидії корупції мають стати стабільність антикорупційного кримінального законодавства, усунення соціальних причин, які породжують саму соціальну кризу, правові та моральні реформи.

¹ Мельник М.І. Корупція – корозія влади (соціальна сутність, тенденції та наслідки, заходи протидії): монографія. Київ: Юридична думка, 2004. 400 с.

² The Costsof Corruption. URL: <http://web.worldbank.org>

³ Індекс сприйняття корупції: Україна дещо зміцнила позиції. Дані «Transparency International» – Україна від 29 січня 2019. URL: <https://www.radiosvoboda.org>

⁴ Попович В.М. Економіко-криминологічна теорія детінізації економіки. Ірпінь, 2001. 524 с.

⁵ Конституція України зі змінами та доповненнями. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.

⁶ Подарунок лікарю – корупція чи подяка? Тетяна Семігіна, Ірена Грига, Тетяна Степурко. *Віче*. 2011. № 19. URL: <http://www.viche.info/journal>

⁷ Про запобігання корупції: Закон України від 14 жовтня 2014 р. URL: <http://zakon.rada.gov.ua>

⁸ Про внесення змін до деяких законів України щодо особливостей фінансового контролю окремих категорій посадових осіб від 23 березня 2017 року № 1975-VIII: Закон України. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua>

⁹ Про засади державної антикорупційної політики в Україні (Антикорупційна стратегія) на 2014–2017 роки: Закон України від 14 жовтня 2014 року № 1699-VII. URL: <http://zakon3.rada.gov>

¹⁰ Попченко Т.П. Розвиток державно-управлінських механізмів протидії виникненню корупції у сфері охорони здоров'я в Україні: автореф. дис. ... канд. наук по держ. управ.: 25.00.02. Київ, 2010. 20 с.

¹¹ Савченко А.В. Корупційні злочини (кримінально-правова характеристика): навч. посіб. Київ: Центр учбової літератури, 2016. 168 с.

¹² Костенко О.М. Корупція в Україні у світлі політичної криминології. *Політичний менеджмент*. 2009. № 1. С. 49–54

¹³ В Одессе вместо «скорой» к безнадежным пациентам приезжают агенты похоронного бюро. URL: <http://dumskaya.net/news>

¹⁴ Костенко О.М. «Соціально-натуралістична» юриспруденція – доктринальна основа для правової реформи в Україні. *Часопис Київського університету права*. 2011. № 4. С. 309–313.

¹⁵ Костенко О.М. Про модернізацію протидії корупційній злочинності в Україні (концепція «активної юстиції» у протидії корупції). URL: <http://pravoznavec.com.ua>

Резюме

Перелигіна Р.В., Козыр С.В. Соціальна сутність та механізми протидії корупції у сфері медицини.

У статті розкрито сучасний стан корупції у сфері медицини, особливості та наслідки впливу цього явища на розвиток суспільства, а також окреслено шляхи протидії корупції у зазначеній галузі в Україні.

Ключові слова: корупція, корупційна злочинність, суспільні відносини, механізми протидії, медицина, медична допомога, антикорупційна політика.

Резюме

Перелигіна Р.В., Козыр С.В. Социальная сущность и механизмы противодействия коррупции в сфере медицины.

В статье раскрыто современное состояние коррупции в сфере медицины, особенности и последствия влияния этого явления на развитие общества, а также намечены пути противодействия коррупции в указанной области в Украине.

Ключевые слова: коррупция, коррупционная преступность, общественные отношения, механизмы противодействия, медицина, медицинская помощь, антикоррупционная политика.

Summary

Perelyhina R., Kozyr S. Social essence and mechanisms of combating corruption in the field of medicine.

The article reveals the current state of corruption in the field of medicine, the peculiarities and consequences of the impact of this phenomenon on the development of society, and also outlines the ways of counteracting corruption in this area in Ukraine.

Key words: corruption, corruption crime, social relations, mechanisms of counteraction, medicine, medical aid, anticorruption policy.

УДК 343.8

І.Р. СЕРКЕВИЧ, Г.Я. ЛУК'ЯНОВА

Ірина Ростиславівна Серкевич, кандидат юридичних наук, доцент Львівського державного університету внутрішніх справ

Галина Юріївна Лук'янова, кандидат юридичних наук, доцент Львівського державного університету внутрішніх справ

ЗАХИСТ ІНТЕРЕСІВ НЕПОВНОЛІТНІХ: ЗАСТОСУВАННЯ МЕДІАЦІЇ В ПОПЕРЕДЖЕНІ ЗЛОЧИНІВ

Політика, спрямована на захист дітей, стала одним із національних пріоритетів в Україні в останнє десятиліття. У рекомендаціях Ради Європи передбачається створення низки систем забезпечення прав і захисту інтересів дітей. На цій основі наша держава виконує свої міжнародно-правові зобов'язання у сфері захисту прав дитини, які вміщені в доповіді, представленій до Універсального періодичного огляду Організації Об'єднаних Націй на XIV сесії Ради з прав людини ООН у 2012 р. коаліцією неурядових організацій, а саме Коаліцією НУО «Права дитини в Україні», Міжнародним жіночим правозахисним центром «Ла Страда-Україна» та Всеукраїнською мережею з протидії комерційній сексуальній експлуатації дітей¹. Зокрема, найбільш проблемними з погляду дотримання та забезпечення державою прав дитини є: комплексна система захисту прав дитини; розподіл функціональних обов'язків у різних державних органах стосовно дітей після так званої адміністративної реформи, ефективні механізми реагування на порушення прав дитини; порушення права дитини на сім'ю та каральне ставлення до батьків (позбавлення батьківських прав), що перебувають у складних обставинах, замість допомоги їм тощо.

Вирішення конфліктів за участю неповнолітніх, які вчинили протиправні діяння, застосування альтернативних форм є одним із пріоритетних напрямів політики держави в галузі, зокрема і кримінального судочинства.

Сучасне українське законодавство передбачає достатньо передумов для можливості примирення між потерпілим і правопорушником, а відтак, і для застосування програм відновного правосуддя, у тому числі й

медіації. Правовими інститутами, в межах яких може застосовуватись медіація у кримінальному процесі України, є звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням підозрюваного (обвинуваченого) з потерпілим та угоди в кримінальному провадженні. Тобто чинне законодавство (ст. ст. 45–49, 52–53 КПК України, п. 7 ч. 1 ст. 284 КПК України) передбачає можливість звільнення обвинуваченого (підозрюваного) від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням з потерпілим як альтернативу покаранню.

Як зауважує А. Біцай, дедалі більше європейських держав запроваджує в національні системи кримінальної юстиції нові заходи щодо вирішення кримінально-правових конфліктів, такі, як відновне правосуддя, зокрема й медіацію «між жертвою та правопорушником». У деяких країнах такі підходи є звичним явищем, тоді як в інших їх запровадження перебуває лише на початковому етапі. Відновне правосуддя є новою моделлю реагування на злочинну поведінку, яка враховує баланс інтересів потерпілого, правопорушника та суспільства, оскільки основною метою тут є не покарання, а примирення підозрюваного (обвинуваченого) з потерпілим (що, як правило, здійснюється за участю адвоката) та відшкодування збитків. На сьогодні програми примирення діють в Австралійському Союзі, Великій Британії, Канаді, Королівстві Нідерландів, Новій Зеландії, Республіці Польщі, Сполучених Штатах Америки, Федеративній Республіці Німеччини, Французькій Республіці, Чеській Республіці та інших країнах².

Основні принципи й елементи дружнього до дитини правосуддя чітко визначені в Державній соціальній програмі «Національний план дій щодо реалізації Конвенції ООН про права дитини» на період до 2021 року, затвердженій 30 травня 2018 р. Кабінетом Міністрів України. Ратифікувавши 27 вересня 1991 р. Конвенцію ООН про права дитини, Україна взяла на себе відповідні зобов'язання, на виконання яких було прийнято Закон України «Про Загальнодержавну програму «Національний план дій щодо реалізації Конвенції ООН про права дитини» на період до 2016 року».

Поняття «медіація» походить від латинського «*mediare*», що означає посередництво. Вчені визначають медіацію як самостійний спосіб у системі альтернативних підходів до вирішення конфліктів, який полягає в забезпеченні прийняття сторонами самостійного компромісного взаємоприйняттого рішення зі спору в процесі безпосереднього або опосередкованого спілкування за сприяння обраної сторонами за взаємною згодою незалежної третьої особи³. Проект закону України «Про медіацію» визначає її також як альтернативний (позасудовий) метод вирішення спорів, за допомогою якого дві або більше сторони спору в рамках структурованого процесу намагаються самостійно, на добровільній основі досягти згоди для вирішення їх спору за допомогою медіатора⁴.

Медіація належить до так званих альтернативних способів вирішення спорів, скорочена назва – ADR (Alternative Dispute Resolution). Поняття ADR було введено у практику в 70-х роках ХХ ст. у Сполучених Штатах Америки і вже через десять років набуло досить широкого застосування. Без медіаторів у сфері економіки, політики, бізнесу в цій державі не відбувається жоден серйозний переговорний процес. Функціонує Національний інститут вирішення спорів, який розробляє нові методи медіації, діють приватні та державні служби медіації. Великий вплив має Американська арбітражна асоціація (American Arbitration Association), яка затвердила свої Правила третейського розгляду (арбітражу) та медіації, що використовуються, зокрема, і під час розгляду внутрішніх спорів⁵.

Процедура медіації – це спосіб врегулювання суперечок за сприяння медіатора на основі добровільної згоди сторін задля досягнення ними взаємоприйняттого рішення. Це процес, під час якого учасники конфлікту через посередництво одного або кількох незалежних і нейтральних осіб (медіаторів) приходять до угоди щодо суперечливих питань, причому медіатор не має права втручатися в діяльність сторін і схилити їх до будь-якого рішення.

Наділення сторін можливістю і правом контролювати не тільки зміст прийнятого рішення, а й процес його пошуку і вироблення – ключова особливість медіації. Саме вона виділяє медіацію в системі способів врегулювання конфліктів і запобігання відхиленням у поведінці особи. Принципи медіації, зазначені в проекті закону, орієнтовані на зародження в процесі переговорів певної співпраці. Процедура медіації здійснюється при взаємному волевиявленні сторін на основі чотирьох головних принципів:

- добровільності;
- конфіденційності;
- співпраці та рівноправності сторін;
- неупередженості та незалежності медіатора.

Сучасна школа, на жаль, наповнена різними конфліктними взаємодіями. Тому дедалі очевиднішим стає те, що потрібні ефективні методи вирішення конфліктів. Одним із таких сучасних методів, на нашу думку, є медіація.

Порівняно з медіацією в інших сферах, шкільна медіація має особливості, зумовлені розширеним спектром завдань. Так, окрім власне вирішення поточного конфлікту в навчальному закладі надзвичайно важливою є навчально-виховна функція. У медіації діти навчаються управляти конфліктами, ухвалювати рішення і відповідати за свої вчинки, слухати опонента тощо – тобто всього арсеналу навичок, володіння якими сприятиме формуванню майбутньої емоційно компетентної нації. Для шкільного середовища важливим є акцент на відновленні взаємин між учасниками конфлікту та створенні дружньої атмосфери, що сприятиме навчанню⁶. При цьому потрібно зазначити такі важливі моменти: відповідність віку і розвитку дитини; невідкладне ухвалення рішень; визнання ключової ролі сім'ї для виживання, захисту прав та розвитку дитини; активне використання в судовому процесі даних про дітей, умови їх життя і виховання; пріоритет від-

новлювального підходу і заходів виховного впливу; спеціальна підготовка суддів у справах неповнолітніх; наявність системи спеціалізованих допоміжних служб (зокрема і шкільні служби примирення в аспекті застосування шкільної медіації).

Структурою, що допомагає впроваджувати медіативну практику в освітні установи, на нашу думку, є саме шкільна служба примирення, в основі діяльності якої є ідея відновного правосуддя, що передбачає відновлення стосунків, зруйнованих під час конфліктів, насильства, булінгу, злочинів. Також одним із пріоритетних напрямів роботи цієї служби є профілактика суїцидальної поведінки.

До складу шкільної служби примирення мають входити самі учні, батьки, педагоги, психолог і класний керівник. У попередженні вчинення злочинів одним із найважливіших є вміння батьків встановити довірчі взаємини з дітьми. Введення батьків до складу шкільної служби примирення дало б змогу залучити їх до вирішення конфліктів всередині сімей. Батьки-медіатори беруть участь і в профілактичній роботі, виступаючи на батьківських зборах, розповідають про дитячі проблеми й можливості їх вирішення, діляться досвідом щодо вибору стратегії встановлення конструктивних взаємин з дітьми. Навчання медіативних технологій класних керівників, які долучені до профілактичної роботи школи, допоможе уникнути помилок у спілкуванні вчителя з дітьми, тим самим забезпечуючи їх «комфортне» спілкування. Профілактику злочинної поведінки підлітків вчителі повинні здійснювати під час виховної години, пропагуючи цінність життя.

Нині в різних школах світу представлено три основні підходи до запровадження медіації в школі. Перший підхід передбачає наявність у школі дорослого медіатора, до якого скеровують учасників конфлікту. Медіатор також проводить зустрічі примирення, шкільні конференції. За такого підходу переваги медіаційного врегулювання отримують учасники конфлікту або відновних практик, які проводить медіатор, враховуючи взяття відповідальності на себе, усвідомлення вчиненого, відчуття справедливості відшкодування (якщо необхідно) та зниження вірогідності повторення порушення. Саме дорослий медіатор ефективний, коли у конфлікті задіяні дорослі учасники (педагоги або батьки), та в роботі із серйозними проблемами, наприклад, цькування або правопорушення, вчинені школярами. Другий підхід передбачає створення шкільної служби порозуміння (далі – ШСП), тобто наявність щонайменше одного дорослого медіатора, який виступає координатором служби, та залучення до врегулювання конфліктів медіаторів-ровесників – учнів, які пройшли спеціальне навчання медіації. Крім медіацій, проект передбачає проведення кіл примирення, зустрічей примирення, інших відновних практик. Запуск ШСП потребує розширеної просвітницької роботи серед батьків, педагогічного колективу та адміністрації школи. Від підтримки дорослих у діяльності учнів-медіаторів здебільшого залежить успіх проекту.

Як зазначає О. Дацко, шкільна служба порозуміння дає змогу найефективніше досягати всіх цілей, які стоять перед шкільною медіацією, оскільки самі учні стають носіями ідеї відновного підходу. Третій, суцільний підхід до шкільної медіації охоплює всі заходи, що впроваджуються у шкільній службі порозуміння, а також навчання основ медіації і навичок ненасильницького спілкування всіх педагогів та адміністрації. Додатково кожен педагог поглиблено вивчає певний аспект медіації та презентує його колегам. Так, хтось спеціалізується на проведенні кіл цінностей і примирення, хтось знається на проблемах цькування, хтось глибоко розуміється на роботі з почуттям сорому, а хтось є експертом у відновленні відносин між учнем-правопорушником і громадою учнів. Програма підтримується проведенням шкільних конференцій, семінарів для батьків і навчанням грамотної комунікації. Такий підхід – це перспектива, на яку можуть орієнтуватися школи, що вже запровадили ШСП і мали можливість відчутти переваги від її діяльності⁷.

Тож загальний порядок проведення процедури примирення у справах за участю неповнолітніх виглядає так:

- а) інформація про кримінальну ситуацію;
- б) відвідування сторонами кімнати примирення (інформація про можливість використання процедури примирення, передача контактів сторін, за їх згодою, посереднику (медіаторові);
- в) робота посередника (медіатора): консультація; отримання згоди сторін на проведення процедури примирення; індивідуальні зустрічі зі сторонами (виявлення ситуації, що склалася, визначення реальної шкоди, варіанти вирішення проблеми); спільна зустріч – примирювальна процедура (угода про примирення);
- г) відновна сімейна медіація.

Новим підходом до питання, як суспільству потрібно реагувати на злочин, є відновне правосуддя. Будь-яке правопорушення має спричинити зобов'язання неповнолітнього правопорушника загладити вину та шкоду, завдану потерпілому. Основними принципами правосуддя, доброзичливого ставлення до дітей варто назвати: цінність особистості підлітка; захист прав і розвитку дитини; посилення охоронної функції суду стосовно неповнолітнього; перевага відновного підходу та заходів виховного впливу; спеціальна підготовка суддів у справах неповнолітніх; наявність системи спеціалізованих допоміжних служб (зокрема служб медіації/примирення); наявність процедур і норм громадського контролю за дотриманням прав дитини.

Відновлювальний підхід залучає до активної участі обидві сторони. Головним завданням відновної медіації є орієнтованість передусім на налагодження процесу взаємопорозуміння, спрямована на комунікацію і набуття здатності до діалогу, а також здатності вирішити конфліктну ситуацію.

Зараз захист дітей-підлітків, пов'язані з конфліктами, актуалізуються в неповному обсязі. Відомо, що соціалізація неповнолітніх відбувається в освітніх установах. В основі конфліктів, що виникають за участю підлітків, потрібно враховувати стадію ескалації, у якій перебуває неповнолітній. В основі асоціальної поведінки дитини може бути той чи інший конфлікт, а найчастіше їх сукупність, наприклад: батько – дитина;

батько – матір; між дітьми; педагог – батьки. Для створення умов для подальшого добробуту дитини наявні конфлікти потрібно вирішити.

Можна виділити п'ять основних напрямів діяльності шкільних служб примирення в освітніх організаціях:

1. Вирішення конфліктів однолітків у шкільному середовищі.
2. Реалізація інтерактивних заходів з однолітками щодо профілактики протиправної поведінки.
3. Навчання неповнолітніх навичок конструктивного спілкування та толерантного ставлення до інших.
4. Підтримка однолітків у важкій життєвій ситуації.
5. Взаємодія і комунікація.

Практика впровадження медіативних технологій, шкільних служб примирення в Україні здійснюється по-різному. Варто зазначити, що медіативних технологій потрібно навчати адміністрацію дошкільних та середніх закладів освіти (дитячих садків і шкіл), класних керівників, кураторів груп коледжів, вищих навчальних закладів, що дасть змогу ефективно вирішувати і попереджати конфліктні ситуації, тим самим сприяючи розвитку соціальної й емоційної компетенції підлітків і запобігаючи проявам з їх боку асоціальної, девіантної поведінки.

Отже, шкільна медіація спрямована на те, щоб виявляти больові точки, ситуації неблагополуччя серед учнів. Участь самих школярів у процесі медіації – це питання самоорганізації громадянського суспільства задля зниження і припинення епідемії дитячих злочинів. Шкільна служба примирення вчить педагогів, батьків і дітей спілкування, а відповідно – безконфліктності. Тільки досягнувши дійсно конструктивної взаємодії всіх учасників школа зможе протистояти злочинній поведінці серед підлітків.

¹ Універсальний періодичний огляд Організації Об'єднаних Націй на чотирнадцятій сесії Ради з прав людини ООН, травень 2012 р. *Українська гельсінська спілка з прав людини*: офіц. веб-сайт. URL: http://helsinki.org.ua/index.php?id=1337349079#_edn17 (дата звернення: 10.05.2019).

² Біцай А.В. Участь адвоката в медіації у кримінальному провадженні у контексті реалізації права на справедливий суд. *Вісник кримінального судочинства*. 2018. № 2. С. 8–9.

³ Спектор О.М. Альтернативні способи вирішення цивільно-правових спорів: дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2012. С. 135.

⁴ Про медіацію: Проект закону № 2480 від 27.03.2015 / Офіційний веб-портал Верховної Ради України. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?id=&pf3516=2480&skl=9 (дата звернення: 10.05.2019).

⁵ Подоковенко Т. Медіація як спосіб альтернативного розв'язання конфліктів: генеза та інституційні засади. *Актуальні проблеми правознавства*. 2017. Вип. 1 (9). С. 18.

⁶ Шкільна медіація: ефективне вирішення конфліктів у навчальних закладах. *Шкільний світ*: сайт. URL: <http://www.osvita.ua.com/2017/05/57985/?v=3943d8795e03> (дата звернення: 10.05.2019).

⁷ Там само.

Резюме

Серкевич І.Р., Лук'янова Г.Я. Захист інтересів неповнолітніх: застосування медіації в попередженні злочинів.

У статті досліджено проблеми злочинної поведінки неповнолітніх та застосування медіації у її попередженні. Зазначено, що загальний порядок проведення процедури примирення у справах за участю неповнолітніх виглядає так: інформація про кримінальну ситуацію; відвідування сторонами кімнати примирення (інформація про можливість використання процедури примирення, передача контактів сторін, за їх згодою, посереднику (медіаторові); робота посередника (медіатора): консультація; отримання згоди сторін на проведення процедури примирення; індивідуальні зустрічі зі сторонами (виявлення ситуації, що склалася, визначення реальної шкоди, варіанти вирішення проблеми); спільна зустріч – примирювальна процедура (угода про примирення); відновна сімейна медіація. Зроблено висновок про те, що шкільна медіація спрямована на виявлення больових точок, ситуацій неблагополуччя серед учнів. Участь самих школярів у процесі медіації – це питання самоорганізації громадянського суспільства задля зниження і припинення епідемії дитячих злочинів. Шкільна служба примирення вчить педагогів, батьків і дітей спілкування, а відповідно, безконфліктності. Тільки досягнувши дійсно конструктивної взаємодії всіх учасників, школа зможе протистояти злочинній поведінці серед підлітків.

Ключові слова: медіація, медіативні технології, неповнолітні, злочин, злочинна поведінка, конфлікти, примирювальна процедура, шкільна служба примирення.

Резюме

Серкевич И.Г., Лукьянова Г.Я. Защита интересов несовершеннолетних: применение медиации в предупреждении преступлений.

В статье исследованы проблемы преступного поведения несовершеннолетних и применения медиации в ее предупреждении. Отмечено, что общий порядок проведения процедуры примирения по делам с участием несовершеннолетних выглядит так: информация о криминальной ситуации; посещение сторонами комнаты примирения (информация о возможности использования процедуры примирения, передача контактов сторон, с их согласия, посреднику (медиатору), работа посредника (медиатора): консультация, получение согласия сторон на проведение процедуры примирения, индивидуальные встречи со сторонами (выявление ситуации, ситуации определения реального ущерба, варианты решения проблемы); совместная встреча – примирительная процедура (соглашение о примирении) восстановительная семейная медиация. Сделан вывод о том, что школьная медиация направлена на выявление болевых точек, ситуации неблагополучия среди учеников. Участие самих школьников в процессе медиации – это вопрос самоорганизации гражданского общества для снижения и прекращения эпидемии детских преступлений. Школьная служба примирения учит педагогов, родителей и детей общению, а соответственно, бесконф-

ликтности. Только достигнув действительно конструктивного взаимодействия всех участников, школа сможет противостоять преступному поведению среди подростков.

Ключевые слова: медиация, медиативные технологии, несовершеннолетние, преступление, преступное поведение, конфликты, примирительная процедура, школьная служба примирения.

Summary

Serkevich I., Lukyanova G. Protecting the interests of minors: the use of mediation in preventing crimes.

The article examines the problems of criminal behavior of minors and the use of mediation in its prevention. It is noted that the general procedure for reconciliation in cases involving minors is as follows: information of the criminal situation; visits by the parties to the conciliation room (information on the possibility of using the conciliation procedure, transferring the contacts of the parties, with their consent, to the mediator, the work of the mediator: consultation, obtaining the consent of the parties to the conciliation procedure, individual meetings with the parties (identifying the situation, determining real damage, solutions to the problem); joint meeting – conciliation procedure (agreement on reconciliation) restorative family mediation.

Key words: mediation, mediating technology, minors, crime, criminal behavior, conflicts, conciliation procedure, school reconciliation service.

УДК 342.565.2(477):343.13

М.С. ІВАНОВ

Михайло Сергійович Іванов, аспірант Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ПОНЯТТЯ ОБ'ЄКТА ПРАВОВОГО МЕХАНІЗМУ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВ УЧАСНИКІВ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ В КОНСТИТУЦІЙНІЙ ЮРИСДИКЦІЇ

Забезпечення прав людини є одним з головних завдань правової системи країни. Задля визначення ефективних шляхів забезпечення прав людини була напрацьована значна кількість юридичних механізмів і засобів. Більшість із них, шляхом еволюційного відбору, були визнані неефективними та недієвими, наприклад, божий суд або суд поєдинком.

Сучасні механізми захисту прав людини, наприклад, такі як інститути омбудсмена або слідчого судді у кримінальному провадженні, кардинально відрізняються від своїх попередників. У свою чергу, і сучасні механізми захисту прав людини в кримінальному провадженні не визнаються бездоганними. Однак ретельний аналіз діяльності існуючих механізмів захисту прав людини та їх академічне й практичне модернізування, безсумнівно, збільшує їх ефективність і надає можливість громадянам використовувати найбільш результативні механізми захисту своїх прав. Водночас одним із найважливіших етапів в процесі створення ефективного правового механізму забезпечення прав учасників кримінального провадження є постійне його удосконалення, що забезпечить відповідність його функціонування сучасним вимогам рівня захищеності прав людини в суспільстві.

Варто зауважити, що зазвичай реальною метою правових реформ виступає бажаний правовий стан або конкретний юридичний статус групи осіб. Правові реформи, метою яких є запровадження дієвого механізму забезпечення прав учасників кримінального провадження, повинні реалізовувати невимірну кількість юридичних можливостей для незліченної кількості громадян. Відповідно формальна і фактична мета таких реформ найчастіше знаходиться за межами розуміння реформаторів, а виконання такої реформи може знаходитися за межами можливостей людини чи групи осіб. Однак прагнення свідомих громадян до ефективного реалізації інституту прав людини повинно набути привілейованого статусу у сьогоденні. Використовуючи інститут прав людини як соціальну призму, ми можемо впевнитися у тому, що однією з найбільш проблемних галузей українського законодавства щодо забезпечення прав людини є сфера дії кримінальних процесуальних правовідносин. Постійні порушення прав людини, які, на жаль, стали нормою для України, зводять до мінімуму фактичну можливість громадян реалізовувати свої права. Підтримання ефективної діяльності правових механізмів забезпечення прав людини, зокрема за допомогою правових інструментів конституційної юрисдикції, повинно стати першочерговим завданням для всіх гілок влади в Україні. При цьому саме наукове дослідження механізмів забезпечення прав людини повинно слугувати загальнотеоретичною основою якісної правової реформи в Україні і належного правозабезпечення, як її результату.

Правовий механізм забезпечення прав учасників кримінального провадження, зокрема в конституційній юрисдикції, був предметом дослідження таких науковців, як О.В. Славна, О.Б. Горова, В. Веклич, І. Шматко, М.Г. Братасюк, О.М. Руднев, О.Ф. Скакун, А.М. Колодій, Ю.А. Олійник, Б.Н. Кашникова та інші.

З метою визначення правильного шляху підвищення ефективності функціонування правового механізму забезпечення прав учасників кримінального провадження в конституційній юрисдикції необхідним є здійснення дослідження поняття об'єкта забезпечення даним правовим механізмом. Також важливим завданням нашої наукової роботи є встановлення змісту цього об'єкта та його захисту правовими інструментами конституційної юрисдикції як елементом національного правового механізму забезпечення прав учасників кримінального провадження.

Одним із основних чинників ефективності механізму захисту прав людини є його вузька спеціалізація, зокрема у визначеності кінцевого об'єкта впливу. Адже без розуміння кінцевого результату, який повинен досягатися окремими правовими інструментами забезпечення прав учасників кримінального провадження, важко буде визначити, які саме правові засоби повинні бути включені у відповідний механізм. Чітке формулювання об'єкта впливу правового механізму забезпечення прав людини є запорукою успіху такого механізму.

Спеціалізація таких правових механізмів повинна стати одним із основних напрямів їх удосконалення. Для посилення рівня спеціалізації, а отже, і ефективності таких правових механізмів, потрібно визначити межі, що будуть розділяти об'єкти їх впливу.

Виявивши особливості і характерні риси об'єкта правового механізму забезпечення прав учасників кримінального провадження в конституційній юрисдикції, ми зможемо встановити її взаємозв'язок з іншими елементами національного правового механізму забезпечення прав людини, зокрема прав учасників кримінального провадження, що, в свою чергу, дасть можливість визначити особливості конституційної юрисдикції у системі такого національного правового механізму.

Справді, як слушно зазначає О.В. Славна, останнім часом поняття прав людини настільки укорінилося у політико-правове й навіть побутове спілкування та стало такою мірою звичним для використання у програмних документах різноманітних суб'єктів політичної діяльності, що його смислове навантаження іноді здається самоочевидним¹.

Поняття «права людини» має багату історію у світовій правотворчості. З найдавніших часів покоління філософів, богословів і юристів намагалися виміряти та визначити поняття прав людини. З плином часу підходи і трактування прав людини змінювалися, іноді кардинально, що мало безпосереднє значення для суспільства відповідного часу. Юридична свобода людей, можливість захищати себе, свою власність і свободу не опосередковано залежала від тлумачення державою прав людини. О.Б. Горова зазначає, що уявлення та поняття про права людини розпочали формуватися з найдавніших часів розвитку суспільства. Вже в цей період визнавалася актуальність окресленого питання, його важливість для життєдіяльності і окремої людини, і держави загалом. І сьогодні, через багато століть, воно важливе для кожної країни світу. Про це свідчать античні часи, періоди Відродження та Просвітництва, буржуазних революцій, результати світових війн, демократичні процеси побудови правової держави та визначальні події становлення громадянського суспільства². Схожу думку висловлює і В. Веклич: «Розвиток концепції, а в подальшому теорії прав і свобод людини та громадянина, відбувався протягом тривалого часу. Зазвичай вона розглядається в контексті європейської правової думки, яка має дещо відмінні риси порівняно з азіатською та африканською (традиціоналістською чи мусульманською). Також по-різному її трактують науковці різних регіонів планети. Фактичний її вплив спостерігається насамперед у сфері людських переконань і традицій, які були панівними протягом багатьох років, а отже, стали домінуючою у сприйнятті більшості людей на певній території»³. Як зазначено в одному із найавторитетніших світових енциклопедичних видань – «Британіці», права людини – це словосполучення, що увійшло у мовний лексикон лише після Другої світової війни, ознаменувавши народження сучасної концепції прав людини, яка прийшла на зміну доктрині природного права⁴.

Розвиток поняття «права людини» йде довгим шляхом еволюції цього терміна. Однак важливо акцентувати увагу на тому, що розвиток поняття «права людини», в цілому відбувався в межах двох наукових концепцій. Так, І. Шматко зазначає, що у правовій теорії існує два домінуючі підходи до праворозуміння: позитивістська та природно-правова концепції. Теоретична суперечка між ними не вшухає й донині, проте насправді вони мають більше спільного, ніж відмінного, а їх виникнення, генезис і нинішнє існування такі чи інакше взаємопов'язані⁵.

Дійсно, позитивістська та природно-правова концепції і понині залишаються основними шляхами тлумачення прав людини. Однак важко погодитись із тим, що позитивістська та природно-правова концепції мають більше спільного, ніж відмінного. На наш погляд, зазначені концепції мають лише один спільний елемент – людину. Людина є об'єднуючим елементом відповідних концепцій тому, що саме людина є як ініціатором, так і реалізуючим елементом та безпосереднім об'єктом впливу конкретної концепції прав людини. Водночас, джерела, засоби, механізми, функції та завдання відповідних концепцій кардинально відрізняються.

Досить повно зміст позитивістської концепції прав людини описав М.Г. Братасюк, який зазначає, що юридичний позитивізм отожднює права людини з нормами законодавства, тобто приписами державної влади. Науковець звертає увагу на те, що у науковій літературі слушно наголошується, що звідси неминуче постає суто октройований (похідний від волі суверена) характер прав людини. Вони розглядаються як поведінкові можливості, надані людині владою. До того ж вони трактуються як імперативні веління, які мають бути прийняті людиною та виконані безумовно. Держава виступає у цьому випадку благодійницею, яка «дбає» про людину, обдаровуючи її приписами – правами. Людина ж має бути зобов'язаною прийняти такі

подарунки. Природні права в контексті юридичного позитивізму або взагалі не існують, або не є правами в прямому розумінні, які в результаті можуть не визнаватися національним чи міжнародним правом⁶.

Щодо природно-правової концепції нам також імпонує думка О.М. Рудневої, яка слушно зауважує, що у процесі формування ідеї забезпечення прав людини важливу роль відіграла теорія природного права внаслідок обґрунтованої нею концепції невід'ємних прав і свобод людини, які повинні гарантуватись і забезпечуватись незалежно від волі державної влади в певний історичний період. У межах вказаної парадигми було аргументовано положення, що факт виділення специфічної групи прав людини, які позначаються поняттям «невід'ємні права», зумовлений розвитком і науково-теоретичним обґрунтуванням доктрини природного права, яка, надаючи тлумачення феномену права, апелювала не до тих чи інших зовнішніх інстанцій (держава, Бог тощо), а насамперед до сутності чи природи людини, виділяючи таку її іпостась, яка й дає змогу нам вживати як поняття «право», так і поняття «людина»⁷.

Важливим буде зазначити, що в українському законодавстві тлумачення прав людини базується саме на природно-правовій концепції, і права людини визнаються найвищою соціальною цінністю (ст. 3 Конституції України). А ось їх реалізація більше застосовує принципи позитивістського підходу. Як зазначає О.Ф. Скакун, права людини й громадянина, закріплені в Конституції України, базуються на концепції прав людини, визначені в міжнародно-правових документах, які ратифіковані Україною, та інших, які встановлюють загальноправові стандарти прав і свобод людини⁸. Автор підкреслює, що визнання та юридична захищеність прав і свобод людини й громадянина вважаються головною ознакою правової держави, за якою правова державність істотно відрізняється від організації політичної влади, заснованої на будь-яких інших засадах, зокрема й лише на законі, який може бути за умов авторитарного режиму і несправедливим⁹.

Однак правові концепції розвитку поняття «права людини» є не єдиним критерієм розмежування тлумачень прав людини. Значну роль у питанні тлумачення прав людини відіграють так звані покоління або хвилі розвитку прав людини. За часом виникнення розрізняють права першого, другого та третього покоління. До прав першого покоління належать громадянські та політичні. Правами другого покоління виступають соціально-економічні та культурні. Крім того, вчені доводять існування групи прав «третього покоління», прав «солідарності» – на мир, чисте навколишнє середовище, рівне користування спільною спадщиною людства тощо¹⁰. Ми можемо лише доповнити і зазначити, що на даний момент у світовій науковій спільноті відбувається дискусія щодо існування четвертого покоління прав людини, до якого мають включатись такі права, як право на тіло і життя.

Різні концепції і покоління прав людини мали безпосередній вплив на тлумачення вченими сучасності або давнини поняття «права людини». Яскравим прикладом цього може слугувати визначення прав людини Аристотелем, філософом, який жив і творив в період існування рабства, за часів стародавньої Греції. Права індивіда за Аристотелем мають політичний характер і можливі лише в державі (полісі), до того ж це стосується лише вільно народжених та рівних пропорційно чи арифметично¹¹. До природних прав людини він відносив приватну власність та індивідуальну сім'ю¹².

Один із найважливіших доробків у розвитку розуміння інституту прав людини здійснив великий філософ і економіст Дж. Локк, який сформував концепцію прав людини, де назвав такими, що не залежать від волі держав, право на власність, рівність і свободу¹³. Ці права належали індивідам у «природному стані» до будь-якого державного життя й визнавалися один за одним згідно з «природним законом», або законом природи, який проголошував, що оскільки всі люди рівні й незалежні, ніхто з них не повинен завдавати шкоди життю, здоров'ю, свободі або власності іншого, тому що всі люди створені одним всемогутнім і нескінченно мудрим творцем¹⁴. Вважаємо за необхідне зазначити, що хоча Дж. Локк був прихильником природної школи права і трактував права людини як такі, що походять від природи, він визнавав необхідність існування держави, хоча і не в тому вигляді, в якому держава існувала у XVII сторіччі.

Проаналізувавши загальні концепції, наукові підходи та тлумачення поняття прав людини, окремі думки великих діячів минулого і сучасності, можемо наголосити, що поняття «права людини» доцільно розглядати як у загальнотеоретичному, так і у праксеологічному значенні.

Так, права людини у загальнотеоретичному значенні – це напрями життєдіяльності людини, які є похідними від природи людини і які людина використовує задля задоволення своїх життєво необхідних потреб, зокрема задля реалізації, охорони і захисту своїх свобод і інтересів. Такі права визнаються правовими державами і вважаються такими, що не можуть бути відчуженні від людини.

Водночас права людини у праксеологічному значенні – це юридичні можливості, що переходять людині разом із правосуб'єктністю чи набуваються за її допомогою і використовуються у передбачений та забезпечений законом спосіб задля досягнення конкретної чи абстрактної мети, визначеної учасником правовідносин.

Ми вважаємо, що визначаючи сутність об'єкта правового механізму забезпечення прав учасників кримінального провадження, слід насамперед звертати увагу на праксеологічний аспект поняття «права людини», тобто таке розуміння, що відображає практичні можливості особи, зокрема учасника кримінального провадження, використовувати свої права для забезпечення своїх свобод і інтересів.

Очевидним є те, що визначення об'єкта правового механізму забезпечення прав учасників кримінального провадження в конституційній юрисдикції вимагає врахування функціонального спрямування діяльності органу конституційної юстиції, яким є Конституційний Суд України. Так, відповідно до ст. 1 Закону України «Про Конституційний Суд України», Конституційний Суд України (далі – КСУ) є органом консти-

туційної юрисдикції, який забезпечує верховенство Конституції України, вирішує питання про відповідність Конституції України законів України та у передбачених Конституцією України випадках інших актів, здійснює офіційне тлумачення Конституції України, а також інші повноваження відповідно до Конституції України. Згідно зі ст. 8 згаданого Закону межі повноважень КСУ обмежуються тим, що він розглядає питання щодо відповідності Конституції України (конституційності) чинних актів (їх окремих положень), а також, з метою захисту та відновлення прав особи, КСУ розглядає питання щодо відповідності Конституції України (конституційності) акта (його окремих положень), який втратив чинність, але продовжує застосовуватись до правовідносин, що виникли під час його чинності.

Таким чином, правові інструменти конституційної юрисдикції щодо забезпечення прав учасників кримінального провадження обмежені, з одного боку, тими правовими нормами, що визначають права людини, які реалізуються в кримінально-процесуальних правовідносинах, та, з іншого боку, нормами, які визначають окремі права людини та містяться в Основному Законі – Конституції України.

Виходячи з цього та запропонованих нами визначень прав людини в теоретичному та праксеологічному аспектах, можемо дійти висновку, що об'єктом правового механізму забезпечення прав учасників кримінального провадження в конституційній юрисдикції є конституційні права людини, що реалізуються в межах кримінально-процесуальних правовідносин та охороняються і захищаються одночасно правовими інструментами кримінальної та конституційної юрисдикції.

¹ Славна О.В. Забезпечення прав і свобод людини і громадянина в умовах євроінтеграції України. *Вісник пенітенціарної асоціації України*. 2018. № 1 (3). С. 22.

² Горова О.Б. Громадянські права в системі конституційних прав і свобод людини та громадянина. *Часопис Київського університету права*. 2006. № 2. С. 38.

³ Веклич В. Історичні передумови сучасної концепції прав людини і громадянина. *Віче*. 2010. № 18. URL: <http://www.viche.info/journal/2195>

⁴ New Encyclopedia Britannica. Oxford. 1992. URL: <https://www.britannica.com/topic/Encyclopaedia-Britannica-English-language-reference-work/Fifteenth-edition>

⁵ Шматко І. Права людини: критика. Спільне. 2011. URL: <http://commons.com.ua/prava-lyudini-kritika>

⁶ Братасюк М.Г. Сучасна концепція прав людини: методологія дослідження. *Науковий вісник Херсонського державного університету*. 2013. Вип. 4. Т. 1. С. 37.

⁷ Руднєва О.М. Розвиток концепції прав людини під впливом глобалізаційних та інтеграційних процесів. *Бюлетень міністерства юстиції*. 2010. № 11. С. 31.

⁸ Скакун О.Ф. Теорія держави і права (енциклопедичний курс): підручник для студентів вузів. Харків: Еспада, 2006. С. 385.

⁹ Там само. С. 133–134.

¹⁰ Мацкевич Н.М. Генезис прав человека: правовой и философский аспекты. *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ*. Серія «Юридична». 2014. № 4. С. 60.

¹¹ Аристотель. Этика. Москва: АСТ, АСТ Москва, Харвест, 2010. С. 234.

¹² Кашиников Б.Н. Концепция общей справедливости Аристотеля: Опыт реконструкции. *Сектор этики Института философии РАН Этическая мысль*. Москва, 2001. Вып. 2. URL: <http://ethics.iph.ras.ru/em/em2/6.html>

¹³ Колодій А.М., Олійник Ю.А. Права людини і громадянина в Україні: навч. посіб. Київ: Юрінком Інтер, 2003. С. 36.

¹⁴ Максимов С.І. Концепція прав людини Дж. Локка як вияв сили і слабкості класичної теорії природного права. *Проблеми правознавства і правотворчої діяльності*. 2002. № 1. С. 4.

Резюме

Іванов М.С. Поняття об'єкта правового механізму забезпечення прав учасників кримінального провадження в конституційній юрисдикції.

У даній статті проаналізовано підходи до розуміння об'єкта правового механізму забезпечення прав учасників кримінального провадження крізь призму аналізу тлумачення поняття права людини. Досліджено різні підходи до розуміння ролі прав людини у суспільстві, взаємозв'язок прав людини і обов'язків держави щодо їх захисту, нормативне трактування прав людини на міжнародному і національному рівні.

Ключові слова: права людини, забезпечення прав, механізм забезпечення прав учасників кримінального провадження, конституційна юрисдикція, порушення прав людини.

Резюме

Іванов М.С. Понятие объекта правового механизма обеспечения прав участников уголовного производства в конституционной юрисдикции.

В данной статье проанализированы подходы к пониманию объекта правового механизма обеспечения прав участников уголовного производства через призму анализа толкования понятия «права человека». Исследованы различные подходы к пониманию роли прав человека в обществе, взаимосвязь прав человека и обязанностей государства по их защите, нормативная трактовка прав человека на международном и национальном уровне.

Ключевые слова: права человека, обеспечение прав, механизм обеспечения прав участников уголовного судопроизводства, конституционная юрисдикция, нарушения прав человека.

Summary

Ivanov M. Concept of the legal mechanism for ensuring the rights of participants in criminal proceedings in constitutional jurisdiction.

The article analyzes the approaches to understanding the legal mechanism of ensuring the rights of participants in criminal proceedings through the prism of the analysis of the interpretation of the concept of "human rights". The article investigates various scientific approaches to understanding the role of human rights in society, the relationship between human rights and the state's obligations to protect them, and the normative interpretation of human rights at the international and national levels.

Key words: human rights, provision of human rights, legal mechanism for ensuring the rights of participants in criminal proceedings, constitutional jurisdiction, violation of human rights.

УДК 343.58

Т.І. СИНОВЕРСЬКА

Тетяна Іванівна Синоверська, ад'юнкт Національної академії внутрішніх справ

ORCID: 0000-0002-6085-1638

МІЖНАРОДНЕ ТА НАЦІОНАЛЬНЕ ЗАКОНОДАВСТВО У СФЕРІ ЗАХИСТУ ТВАРИН ВІД ЖОРСТОКОГО ПОВОДЖЕННЯ

Сьогодні все частіше зустрічаються випадки жорстокого поводження з тваринами. Протиправна діяльність набуває нових форм і методів, має прихований характер. Гуманне ставлення до тварин характеризує моральні та етичні засади суспільства і вказує на рівень людської правосвідомості та правової культури. З метою захисту тварин від жорстокого поводження на міжнародному та національному рівні прийнято низку нормативно-правових актів, які регламентують правила поводження з тваринами.

У нашій державі ст. 229 Кримінального кодексу (далі – КК) України закріплює кримінальну відповідальність за жорстоке поводження з тваринами. Також регулює правовідносини у сфері поводження з тваринами Закон України «Про захист тварин від жорстокого поводження» 2006 року¹.

Проте законодавство України у сфері захисту тварин від жорстокого поводження залишається недосконалим, не відповідає повною мірою положенням відповідних міжнародних договорів.

Метою статті є характеристика міжнародного та національного законодавства у сфері захисту тварин від жорстокого поводження.

З позиції міжнародно-правового регулювання питання забезпечення добробуту тварин та їх захисту від жорстокого поводження розкриваються у монографії Н.І. Зубченко². Кримінально-правові та кримінологічні аспекти захисту тварин від жорстокого поводження досліджували І.А. Головка³, О.О. Шуміло⁴. Серед робіт, в яких розглядалися окремі криміналістичні аспекти даної тематики, можна назвати лише монографію російської вченої В.М. Кітасової⁵.

Демократія кожної розвиненої країни світу приділяє значну увагу правам тварин та захисту їх від насильства, жорстокого поводження, каліцтва та навмисного винищення. Жорстокість щодо тварин у багатьох випадках свідчить про початок злочинної діяльності особи та в подальшому тягне за собою можливість вчинення більш тяжких злочинів.

Жорстоке поводження з тваринами є не просто злочином проти тваринного світу, а відповідно до чинного КК України дане діяння віднесено до Розділу XII «Злочини проти громадського порядку та моральності»⁶. Адже воно сприяє поширенню жорстокості серед дітей та молоді, закріплює почуття байдужості до страждань живих істот, породжує агресивність і насильство щодо оточуючих, вандалізм, знущання над людьми, інші антигромадські вчинки та злочини. Також дане діяння не сумісне з принципами гуманізму та чинним міжнародним і національним законодавством, є антиподом гуманного ставлення до тварин.

Останнім часом в Україні досить поширеними стали випадки жорстокого поводження з тваринами. Як свідчать статистичні дані за 2017 р., в Україні зареєстровано 232 кримінальні провадження за ст. 299 (жорстоке поводження з тваринами), з яких 127 проваджень були закриті і тільки 25 дійшли до суду⁷.

Запорукою забезпечення належного поводження з тваринами є досконале законодавство у даній сфері. Сьогодні питання захисту тварин від жорстокого поводження регулюється як міжнародними договорами, так і національним законодавством України. Однак існують прогалини та неузгодженості, що негативно впливає на правозастосування в даній сфері. Саме тому вважаємо за доцільне розглянути дане питання та сформулювати чітку правову систему захисту тварин від жорстокого поводження.

Найважливіше місце серед законодавства всіх демократичних держав світу посідає Конституція, в якій містяться основоположні принципи, які є основою для створення інших нормативно-правових актів.

В Основному Законі нашої держави у ст. 1 зазначається, що Україна є суверенна і незалежна, демократична, соціальна, правова держава. З цього випливає, що права людини цінуються і дотримуються лише у тому суспільстві, яке поважає права інших живих істот, адже утвердження демократичного громадянського суспільства неможливе в країні, де панує жорстокість щодо тварин. Окрім цього, у ст. 66 Конституції України закріплено обов'язок кожного не заподіювати шкоду природі, культурній спадщині, відшкодовувати завдані ним збитки⁸. Зважаючи на те, що невід'ємною частиною навколишнього природного середовища є також і об'єкти тваринного світу, ця норма також поширюється і на них.

Проте в Конституції України відсутня норма, яка б опосередковано закріплювала на державному рівні обов'язок забезпечення захисту тварин від жорстокого поводження, на відміну від інших європейських держав. Для прикладу, Німеччина є першою країною світу, яка ввела захист тварин до Конституції країни (грауен 2002 р., ст. 20а). Німецька держава відповідальна перед майбутніми поколіннями та зобов'язана захищати природні основи життя і тварин у конституційному порядку за допомогою законодавства, виконавчої та судової влади⁹.

Поряд із Конституцією України визначальне місце в національному законодавстві належить міжнародним договорам. Зокрема, в ч. 1 ст. 9 Основного Закону зазначено, що «чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України»¹⁰.

Закон України «Про міжнародні договори» 2004 р. тлумачить міжнародний договір України як укладений у письмовій формі з іноземною державою або іншим суб'єктом міжнародного права, який регулюється міжнародним правом, незалежно від того, міститься договір в одному чи декількох пов'язаних між собою документах, і незалежно від його конкретного найменування (договір, угода, конвенція, пакт, протокол тощо) (ст. 2). Відповідно до ст. 19 Закону чинні міжнародні договори України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства і застосовуються у порядку, передбаченому для норм національного законодавства. Якщо міжнародним договором України, який набрав чинності в установленому порядку, встановлено інші правила, ніж ті, що передбачені у відповідному акті законодавства України, то застосовуються правила міжнародного договору¹¹.

Міжнародними договорами, що регламентують захист тварин від жорстокого поводження є: Європейська конвенція про захист домашніх тварин 1987 р.¹², Європейська конвенція про захист хребетних тварин, що використовуються для експериментів або в інших наукових цілях 1986 р.¹³, Європейська конвенція про захист тварин, що утримуються для сільськогосподарських цілей (що утримуються на фермах) 1976 р.¹⁴, Директива 98/58/ЄС щодо захисту тварин, що утримуються для сільськогосподарських цілей 1998 р.¹⁵ та інші.

Найвагомим міжнародним договором у сфері захисту тварин від жорстокого поводження є Європейська конвенція про захист домашніх тварин № 125, підписана у м. Страсбурзі 13 листопада 1987 року¹⁶.

Європейська конвенція «Про захист домашніх тварин» в основному присвячена гарантіям добробуту не окремих категорій тварин, а «тварин-компаньйонів», тобто, тих які утримуються в домашніх умовах та які найчастіше зазнають людських знущань. Як показує практика, саме жорстоке поводження з домашніми тваринами найчастіше залишається прихованим злочином, розслідування якого викликає низку труднощів.

У Преамбулі Конвенції безпосередньо наголошується на цінності життя та благополуччя кожної тварини, а також на тому, що людина має моральне зобов'язання поважати всіх живих істот.

Згідно з основним принципом Конвенції щодо утримання домашніх тварин, ніхто не має права завдати тварині болю, страждання або шкоди, і ніхто не може кинути тварину. Окрім цього у даній Конвенції містяться такі основні визначення, як «домашня тварина» та «безпритульна тварина».

Так, відповідно до ч. 1. ст. 1 Конвенції, під домашньою твариною мається на увазі будь-яка тварина, яку утримує чи збирається утримувати людина, зокрема у своїй оселі для власного задоволення й товариства.

Під безпритульною твариною мається на увазі домашня тварина, яка або не має притулку, або знаходиться за межами оселі свого власника чи хазяїна й не перебуває під контролем чи безпосереднім наглядом будь-якого власника чи хазяїна (ч. 5. ст. 1 Конвенції)¹⁷.

Варто зазначити, що ці поняття мають важливе значення для розслідування жорстокого поводження з тваринами, оскільки ст. 299 КК України передбачає кримінальну відповідальність за «жорстоке поводження з тваринами, що відносяться до хребетних, у тому числі безпритульними тваринами...»¹⁸. У коментарі до ст. 299 КК України зазначається, що предметом злочину є будь-які хребетні тварини, птахи та інші живі істоти, які мають кістковий хребет, головний та спинний мозок, кровоносну та нервову системи, незалежно від їхньої належності і того, де вони мешкають та з якою метою використовуються. Тобто, закон однаково охороняє тварин, які утримуються в домашніх умовах, у зоопарках, на фермах, звірофермах, тих, які використовуються в сільському господарстві, на іподромах, в цирках, і тих, які перебувають у природному середовищі¹⁹.

Також у ст. 3-11 Конвенції містяться основні принципи утримання домашніх тварин, невиконання яких тягтиме за собою відповідальність, визначену законом. Зокрема, у ст. 10 міжнародного договору містяться такі важливі положення, що стосуються заборони проведення хірургічних операцій у домашніх тварин (купірування хвоста чи вух, позбавлення голосу, видалення зубів чи пазурів)²⁰.

Саме такі дії щодо тварин є досить поширеними та в більшості випадків болісними і такими, що спричиняють тварині страждання та стрес. Законодавство України не деталізує порядок і умови операцій тварин. Тому, на нашу думку, варто імплементувати дані положення Конвенції в законодавство України, доповнивши

таким чином Закон України «Про жорстоке поводження з тваринами» ст. 10-1 «Порядок проведення хірургічних операцій», в якій чітко визначити, які хірургічні операції відповідно до породи тварини, забороняється проводити.

Окрема стаття Конвенції присвячена питанню евтаназії тварини. Так відповідно до ст. 11 Конвенції про захист домашніх тварин ця процедура має здійснюватися при надзвичайних обставинах, гуманно і виключно ветеринаром або іншою компетентною особою; вводиться заборона на утоплення, використання електричного струму (якщо це не призводить до миттєвої непритомності) та отруйних речовин (які не забезпечують необхідного ефекту)²¹. Тобто, недотримання вимог щодо евтаназії тварин можуть розглядатися як способи жорстокого поводження з тваринами.

Важливими є положення Європейської конвенції про захист хребетних тварин, що використовуються для експериментів або в інших наукових цілях, підписана у Страсбурзі 18 березня 1986 року²².

Конвенція спрямована на створення загальних положень з метою захисту тварин, що використовуються під час процедур, здатних привести до болю та страждання, а також забезпечити, щоб такі наслідки, в разі їх неминучості, були зведені до мінімуму, визначає необхідність реєстрації відповідних установ-користувачів, а також ведення статистичного обліку тварин²³. Україна підписала цю Конвенцію, проте на даний момент вона ще не ратифікована. Це пов'язано з тим, що для ратифікації даного міжнародно-правового акта необхідно внести низку змін до існуючих законів у сфері захисту тварин від жорстокого поводження, проекти яких готуються до розгляду в комітетах Верховної Ради України.

Ще одним не менш важливим міжнародним нормативно-правовим актом є Європейська конвенція про захист тварин, що утримуються для сільськогосподарських цілей (що утримуються на фермах) 1976 року. Конвенція поширюється на тварин, які розводяться або утримуються для виробництва продуктів харчування, шерсті, шкіри або хутра чи для інших цілей сільського господарства. Конвенція закликає уникати завдань тваринам непотрібних страждань або травм, а також забезпечити їм нормальні умови життя, включаючи життєвий простір, харчування та піклування²⁴.

Для забезпечення добробуту тварин Конвенція зобов'язує держави перевіряти здоров'я тварин, а контроль здійснює спеціально утворений Комітет. Комітет відповідає за розробку і прийняття рекомендацій країнами-учасницями Конвенції, робить консультативні висновки, сприяє дружньому врегулюванню будь-яких проблем, які можуть виникнути між учасниками Конвенції щодо імплементації її положень. На жаль, на даний час Україна не є учасником даної Конвенції²⁵.

Як зазначалось вище, положення ст. 299 КК України також поширюються і на сільськогосподарських тварин, а тому важливість імплементації норм даної Конвенції не втрачає своєї актуальності. Окрім того, за наявності спеціального Комітету, який систематично перевірятиме законність дотримання вимог Конвенції, це сприятиме виявленню порушень правил поведінки з сільськогосподарськими тваринами, розслідуванню відповідних фактів.

Також у 1998 р. була прийнята Директива 98/58/ЄС щодо захисту тварин, що утримуються для сільськогосподарських цілей, яка встановила загальні правила поводження з тваринами всіх видів, які утримуються для виробництва харчових продуктів, шерсті, шкіри, хутра або інших цілей сільського господарства²⁶.

Зазначена Директива містить нормативне визначення сільськогосподарської тварини – це будь-яка тварина (включаючи риб, рептилій і амфібій), яка розводиться або утримується для виробництва харчових продуктів, вовни, шкіри, хутра або інших сільськогосподарських потреб. Директива 98/58/ЄС відображає насамперед п'ять основних свобод, схвалених Радою з добробуту сільськогосподарських тварин (Farm Animal Welfare Council): 1) свободу від голоду і спраги – шляхом надання доступу до води і їжі, які підтримують здоров'я і активність; 2) свободу від дискомфорту – шляхом надання відповідного середовища, включаючи житло і місце для сну та відпочинку; 3) свободу від болю, травм або хвороби – шляхом превентивних заходів або ранньої діагностики та лікування; 4) свободу природної поведінки – шляхом надання достатнього місця, відповідних сприятливих умов, а також контакту з іншими представниками виду; 5) свободу від страху і стресу – шляхом забезпечення відповідних умов і поводження, яке виключає психологічні страждання тварини²⁷. Саме на основі цих п'яти свобод і формується міжнародне законодавство щодо захисту тварин від жорстокого поводження.

У свою чергу, нормативно-правові акти України у сфері захисту тварин від жорстокого поводження, умовно можна об'єднати у групи.

1. Нормативно-правові акти, які регламентують кримінально-правову відповідальність за жорстоке поводження з тваринами.

Так криміналізація даного діяння знайшла свій вираз у ст. 299 КК України, де указаний злочин визначається як «жорстоке поводження з тваринами, що відносяться до хребетних, у тому числі безпритульними тваринами, що вчинене умисно та призвело до каліцтва чи загибелі тварини, а також нацькування тварин одна на одну чи інших тварин, вчинене з хуліганських чи корисливих мотивів, публічні заклики до вчинення діянь, які мають ознаки жорстокого поводження з тваринами, а також поширення матеріалів із закликами до вчинення таких дій».

У 2017 р. було підписано Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо запровадження гуманного ставлення до тварин», який вніс суттєві зміни до ст. 299 КК України. Таким чином, якщо раніше дія кримінального закону поширювалась лише на хребетних, то у новій редакції було додано також і безпритульних тварин.

Таким чином, згідно з коментарем до ст. 299 КК України предметом злочину є будь-які хребетні тварини, птахи та інші живі істоти, які мають кістковий хребет, головний та спинний мозок, кровоносну та нервову системи, незалежно від їхньої належності і того, де вони мешкають та з якою метою використовуються. Закон однаково охороняє тварин, які утримуються в домашніх умовах, в зоопарках, на фермах, тих, які використовуються в сільському господарстві, у цирках, і тих, які безпритульні чи перебувають у природному середовищі²⁸.

Не мають кримінального правового значення наявність чи відсутність у таких тварин господарів, їх перебування в стані природної свободи чи в неволі господарське призначення стан організму тощо. Злочин може вчинятися як стосовно тварин, які перебувають у власності винного, так і будь-яких інших (належних іншим власникам, безгосподарних диких)²⁹.

У цій статті жорстоке поводження розглядається як спосіб вчинення суспільно небезпечного діяння.

Загалом саме поняття «жорстокість» одні науковці характеризують як «безжалісну, грубу поведінку, яка завдає фізичних і психічних страждань»³⁰, інші – як лютість, нелюдність, садизм, варварство, звірство, шкуродерство³¹.

Під час з'ясування змісту поняття жорстокого поводження слід зазначити, що воно може вчинятися як шляхом активної жорстокості (це умисні дії, що полягають у намірі завдати тварині шкоду, яка викликає біль і страждання, так і шляхом пасивної жорстокості (шкода, що завдається шляхом навмисного нехтування своїми обов'язками по догляду за тваринами і викликає тривалі страждання тварини).

Також, якщо раніше відповідальність за ст. 299 КК України наставала незалежно від наслідків, то після внесення змін важливою умовою прояву жорстокого поводження в даному складі злочину стало те, що вона може вчинятися тільки умисно та обов'язковим стало настання наслідків, а саме каліцтва чи загибелі тварини. Тобто, винна особа усвідомлює суспільно небезпечний характер свого діяння та передбачає його наслідки, а отже розуміє, що своїми діями чи бездіяльністю вона завдає фізичних страждань тварині, які можуть призвести до тілесних ушкоджень чи смерті, та завжди бажає діяти саме в такий спосіб.

Відповідно до Проекту Закону «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України (щодо імплементації положень деяких міжнародних угод та директив ЄС у сфері охорони тваринного та рослинного світу)» до Закону України «Про захист тварин від жорстокого поводження» пропонується до ст. 1 додати пункт шістнадцятий наступного змісту: «каліцтво тварини – акт здійснення тілесного ушкодження, який призвів до зміни зовнішнього вигляду або завдав шкоди функціям живого організму» та пункт сімнадцятий наступного змісту: «тілесне ушкодження – це порушення анатомічної цілості тканин, органів або їх функцій, що виникає як наслідок дії одного чи кількох зовнішніх ушкоджуючих факторів – фізичних, хімічних, біологічних»³².

Вважаємо внесення даних змін доцільними, оскільки на даний момент незрозумілим залишається, які саме тілесні ушкодження вважатимуться каліцтвом тварини.

Окрім цього, зважаючи на конструкцію ст. 299 КК України, у ній законодавець до жорстокого поводження відносить і нацькування тварин одна на одну, тобто це дії, спрямовані на те, щоб примусити битися, кусатися, іншим чином змагатися тваринам між собою. На практиці в житті такі дії називають «бої тварин» – форма жорстоких азартних ігор з використанням тварин (собачі, півнячі, перепелині бої тощо), під час яких тварини отримують каліцтва або гинуть.

Диспозиція кримінально-правової норми, закріпленої у ст. 299 КК України, передбачає поділ жорстокого поводження з тваринами за критерієм мотиву – хуліганський і корисливий. У цілому ми погоджуємося з такою позицією, однак, разом із тим, жорстоке поводження з тваринами має свою специфіку. По-перше, хуліганський мотив досі не має єдиного розуміння серед вітчизняних науковців. Як зазначає А. В. Савченко, із такого визначення випливає, що коли слідчий або суд намагалися, але не встановили причини вчиненого вбивства, то можна говорити, що його скоєно без причини, тобто з хуліганських мотивів³³.

Окрім того, відповідно до ст. 299 КК України кримінально караними вважаються також такі дії, як «публічні заклики до вчинення діянь, які мають ознаки жорстокого поводження з тваринами, а також поширення матеріалів із закликами до вчинення таких дій». Стаття 5 Закону України «Про захист тварин від жорстокого поводження» забороняє пропаганду жорстокого поводження з тваринами, заклики до жорстокого поводження з ними, а також пропаганду мисливства в системі дошкільної, загальної середньої, професійно-технічної і вищої освіти. Проте на даний момент поки не існує роз'яснення про те, які саме форми публічних звернень необхідно кваліфікувати як публічні заклики. Вважаємо за необхідне доповнити ст. 1 Закону п. 18 та викласти його в наступній редакції: «публічні заклики до вчинення жорстокого поводження з тваринами – це прохання, вимоги, побажання, настанови звернені до значного кола осіб, щодо вчинення діянь, які мають ознаки жорстокого поводження з тваринами».

Також варто розглянути зміст поняття «особлива жорстокість», яка є кваліфікуючою ознакою даного злочину. Особлива жорстокість відповідно до судової практики відрізняється тим, що потерпілому завдаються особливі страждання, які можуть проявлятися у формі численних побоїв, мучення, катування, мордування тощо.

Таким чином, проаналізувавши ст. 299 КК України, можна сформулювати таке визначення «жорстокого поводження з тваринами»: це умисне, безжальне діяння, або їх комплекс, яке спрямоване проти тварини і характеризується такими методами впливу на організм, у результаті яких заподіюється шкода життю, здоров'ю тварини та яке вчиняється з хуліганських чи корисливих мотивів.

Отже, розглянувши міжнародне та національне законодавство у сфері захисту тварин, варто зазначити, що Україна зробила значні кроки щодо приведення нормативно-правових актів України до високих гуманістичних стандартів. Однак роботу в даному напрямі не можна вважати завершеною, у зв'язку з чим пропонуємо:

1. На конституційному рівні закріпити обов'язок держави забезпечувати захист тварин від жорстокого поводження.

2. Імплементувати до законодавства України норми таких міжнародних конвенцій, як: Європейська Конвенція «Про захист тварин, що утримуються для сільськогосподарських цілей» та Європейська Конвенція «Про захист хребетних тварин, що використовуються для експериментів або в інших наукових цілях». На їх основі внести відповідні зміни до Закону України «Про захист тварин від жорстокого поводження» в частині правил поводження з сільськогосподарськими тваринами, а також хребетними тваринами, що використовуються для експериментів чи в інших наукових цілях.

3. Переглянути норми Закону України «Про захист тварин від жорстокого поводження» та привести його у повну відповідність із Європейською Конвенцією «Про захист домашніх тварин», зокрема доповнивши його положеннями, які регламентуватимуть порядок проведення хірургічних операцій; процедуру введення ідентифікації тварин; а також визначеннями таких понять, як: «каліцтво тварини», «тілесне ушкодження», «публічні заклики до вчинення жорстокого поводження».

Також слід створити правову основу взаємодії державних та правоохоронних органів України із зоозахисними організаціями як у межах країни, так і на міжнародному рівні.

¹ Про захист тварин від жорстокого поводження: Закон України від 21.02.2006 р. № 3447-IV URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3447-15>.

² *Зубченко Н.І.* Міжнародно-правове співробітництво держав у сфері забезпечення добробуту тварин та їх захисту від жорстокого поводження: монографія; під наук. ред. Т.Р. Короткого. Одеса: Фенікс, 2016. 284 с.

³ *Головка І.А.* Кримінальна відповідальність за жорстоке поводження з тваринами: автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08; Київ. нац. ун-т внутр. справ. Київ, 2010. 20 с.

⁴ *Шуміло О.О.* Кримінологічна характеристика та запобігання жорстокому поводженню з тваринами : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08; кер. роботи В.В. Голіна ; Клас. прив. ун.-т. Запоріжжя, 2016. 20 с.

⁵ *Китаєва В.Н.* Животные и преступления: уголовно-правовое и криминалистическое исследование. Иркутск : Изд-во БГУЭП, 2010. 284 с.

⁶ Кримінальний кодекс України від 05.04.2001 р. № 2341-III URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14> (дата звернення: 22.10.2018).

⁷ Закон є, відповідальності нема: як «карають» за жорстоке поводження з тваринами. *ТРИМАЙ КУРС*: веб-сайт. URL: https://kurs.if.ua/blogs/zakon_ie_vidpovidalnosti_nema_yak_karayut_za_zhorstoke_povodzhennya_z_tvarynamy_67631.html

⁸ Конституція України від 26.08.1996 р. № 254к/96-ВР. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр/conv> (дата звернення: 22.10.2018).

⁹ *Август І.С.* Любов у законі: місто, гроші та собаки. Харків: Мачулін, 2018. С. 14.

¹⁰ Там само.

¹¹ Про міжнародні договори України: Закон України від 29 черв. 2004 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2004. № 50. Ст. 540. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/rada/show/1906-15>

¹² Про ратифікацію Європейської конвенції про захист домашніх тварин: Закон України від 18 вересня 2013 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2014. № 20–21. Ст. 734.

¹³ Європейська конвенція про захист хребетних тварин, що використовуються для експериментів або в інших наукових цілях від 18.03.1986 р. № 994_137 URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_137

¹⁴ European Convention for the Protection of Animals kept for Farming Purposes CETS No.: 087. *Official site of Council of Europe*. URL: <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=087&CM=8&DF=23/03/2013&CL=ENG>

¹⁵ Council Directive 98/58/EC of 20 July 1998 concerning the protection of animals kept for farming purposes. *Official Journal of the European Communities*, L 221. Vol. 41, 08.08.1998. P. 23–27.

¹⁶ Про ратифікацію Європейської конвенції про захист домашніх тварин: Закон України від 18 вересня 2013 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2014. № 20–21. Ст. 734.

¹⁷ Там само.

¹⁸ Кримінальний кодекс України від 05.04.2001 р. № 2341-III URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14> (дата звернення: 22.10.2018).

¹⁹ Кримінальний кодекс України: Науково-практичний коментар / Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, С.Б. Гавриш та ін.; за заг. ред. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. Київ: Видавничий Дім «Ін Юре», 2003. С. 885.

²⁰ Про ратифікацію Європейської конвенції про захист домашніх тварин: Закон України від 18 вересня 2013 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2014. № 20–21. Ст. 734.

²¹ Там само.

²² Європейська конвенція про захист хребетних тварин, що використовуються для експериментів або в інших наукових цілях від 18.03.1986 р. № 994_137 URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_137

²³ Там само.

²⁴ European Convention for the Protection of Animals kept for Farming Purposes CETS No. : 087. *Official site of Council of Europe*. URL: <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=087&CM=8&DF=23/03/2013&CL=ENG>

²⁵ Там само.

²⁶ Council Directive 98/58/EC of 20 July 1998 concerning the protection of animals kept for farming purposes. *Official Journal of the European Communities*, L 221. Vol. 41, 08.08.1998. P. 23–27.

²⁷ Там само.

²⁸ Кримінальний кодекс України: Науково-практичний коментар / Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, С.Б. Гавриш та ін.; за заг. ред. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. Київ: «Видавничий Дім Ін Юре», 2003. С. 885.

²⁹ Там само. С. 886.

³⁰ *Сташис В.В., Бажанов М.И.* Преступления против личности в УССР и судебной практике. Харьков, 1981. С. 72.

³¹ Словарь синонимов русского языка. Ок. 9000 синонимических рядов / под ред. Л.А. Чешко. Изд. 5-е, стереот. Москва: Рус. яз., 1986. С. 137–138.

³² Про внесення змін до деяких законодавчих актів України (щодо імплементації положень деяких міжнародних угод та директив ЄС у сфері охорони тваринного та рослинного світу): проект Закону від 21 червня 2017 р. № 6598 URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=62062

³³ *Савченко А.В.* Мотив і мотивація злочинів : монографія. Київ : Атіка, 2002. С. 106.

Резюме

Синюверська Т.І. Міжнародне та національне законодавство у сфері захисту тварин від жорстокого поводження.

У статті розглянуто міжнародне та національне законодавство в сфері захисту тварин від жорстокого поводження. У результаті аналізу обґрунтовано необхідність вдосконалення національного законодавства в сфері захисту тварин від жорстокого поводження. Надано пропозиції щодо внесення змін та доповнень для приведення його у відповідність до міжнародних конвенцій та договорів.

Ключові слова: жорстоке поводження з тваринами, законодавство в сфері захисту тварин від жорстокого поводження, правила поводження з тваринами, кримінальна відповідальність за жорстоке поводження з тваринами, тварини, домашня тварина, безпритульна тварина.

Резюме

Синюверська Т.И. Международное и национальное законодательство в сфере защиты животных от жестокого обращения.

В статье рассмотрены международное и национальное законодательство в сфере защиты животных от жестокого обращения. В результате анализа обоснована необходимость совершенствования национального законодательства в сфере защиты животных от жестокого обращения. Представлены предложения о внесении изменений и дополнений для приведения его в соответствие с международными конвенциями и договорами.

Ключевые слова: жестокое обращение с животными, законодательство в сфере защиты животных от жестокого обращения, правила обращения с животными, уголовная ответственность за жестокое обращение с животными, животные, домашнее животное, бездомное животное.

Summary

Synoverska T. International and national legislation in the field of protection of animals from cruelty.

The article deals with international and national legislation on the protection of animals against ill-treatment. As a result of the analysis, the need to improve national legislation in the area of animal protection against ill-treatment was substantiated. It is proposed to make changes and additions to bring them in line with international conventions and treaties.

Key words: ill-treatment with animals, legislation on the protection of animals against ill-treatment, rules for handling animals, criminal liability for the abuse of animals, animals, pet, homeless animal.

УДК 341.9

Г.В. КОЧКОВА, М.О. ДЕЙ

Ганна Вікторівна Кочкова, докторант Varna Free University «Chernorizets Hrabar», Bulgaria

ORCID: 0000-0003-4939-9692

Марина Олександрівна Дей, кандидат юридичних наук, доцент Національного авіаційного університету

ORCID: 0000-0002-0626-8089

КРИТЕРІЇ ДО КАНДИДАТІВ ТА ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ВИНИКНЕННЯ ТРУДОВИХ ПРАВОВІДНОСИН ІЗ СУДДЕЮ: ДОСВІД НІМЕЧЧИНИ ТА ФРАНЦІЇ

Правосуддя у будь-якій державі є однією із ключових гарантій прав людини, оскільки саме на систему правосуддя покладено обов'язок захисту цих прав. Саме професійні судді можуть від імені держави вершити правосуддя і від них залежать законність та справедливість прийняття рішення, що забезпечується неупередженістю і незалежністю судді. Все це свідчить про важливість функцій, виконуваних суддями, і значущості професії судді як для суспільства, так і для держави в цілому.

Однак, не зважаючи на те, що судді виступають гарантом захисту прав людини, часто їхні права можуть бути порушені. Професія судді має певні особливості, пов'язані із трудовими обов'язками судді. Проте вони наділені такими ж правами, як і інші особи, у тому числі і трудовими правами. Крім того, в силу специфіки обов'язків судді його трудові права повинні особливо дотримуватись та захищатись, адже вони виступають гарантіями його незалежності й неупередженості.

Окрему увагу варто приділити питанню виникнення трудових прав суддів, оскільки саме з цього моменту в судді виникають трудові права і обов'язки. Загалом проблеми, з якими стикаються судді в питанні виникнення цих трудових правовідносин, можуть здійснити негативний вплив при розгляді інших питань, пов'язаних з працевлаштуванням і трудовими правами суддів, зокрема, питання винагороди, відпустки, пенсійного забезпечення та ін. Тому саме закріплення єдиних стандартів у питанні встановлення правовідносин із суддею є запорукою подальшого забезпечення його прав.

Своєї актуальності питання набуває також у контексті того, що нормами міжнародного права жодним чином не врегульовано питання встановлення правовідносин із суддею. Хоча окремі міжнародно-правові норми регулюють питання статусу та прав судді, все ж особливості працевлаштування виникнення правовідносин регулюються окремо правовими нормами національного законодавства держав, спираючись, фактично, на особливості їх правових систем та державного устрою. У деяких країнах, серед яких і Україна, існує неоднозначність у питанні виникнення правовідносин із суддею, що призводить до ряду порушень прав судді, зокрема у контексті оплати праці, соціального забезпечення, відпустки тощо. З урахуванням цього виникає необхідність дослідження відповідного питання у провідних європейських державах, наприклад у Німеччині та Франції, які є класичними представниками романо-германської системи права, а отже, їх досвід буде корисним для вдосконалення українського законодавства щодо питань встановлення правовідносин із суддями.

Проблеми правового статусу та трудових прав суддів, а також трудових правовідносин з суддею розглядалося такими вітчизняними та іноземними дослідниками, як: М.В. Баглай, В.Н. Бібіло, С.Я. Вавженчук, М. Варрен, М. Діжу, І.Г. Запорожець, І.Б. Іваночко, М. Кошук, О.Л. Кучма, Л. Мадісе, Р. Піллей, Б. Сомоді, Ф. Спіропулос, А.Я. Сухарев, І.А. Філіпова, Дж. Ді Федеріко, Л. Фелд, Т. Форкакіса, Г.Х. Шафікова, Г.Н. Хілл, К.Т. Хілл, І.В. Юревич, В.А. Ярема та іншими.

Статус судді належить до спеціального статусу особи та визначає особливості правового положення особи у зв'язку з займаною посадою і відповідною службовою діяльністю від імені держави. Поряд із

загальними особливостями трудової правосуб'єктності, трудова правосуб'єктність судді має свої особливості, обумовлені специфікою правового статусу цієї категорії осіб, що виходять насамперед з його дуальності.

Здійснюючи діяльність від імені держави, на виконання завдань і функцій держави, суддя є працівником певного органу держави, і поєднання загального статусу особи, статусу державного службовця, посадової особи, працівника вимагає з'ясування меж дії кожного, їх взаємного впливу в аспекті особливостей реалізації певних прав та обов'язків, встановлення додаткових вимог, пільг, привілеїв, обмежень чи заборон.

Судді є такими ж носіями суб'єктивних трудових прав і обов'язків, як і інші працівники, але їх правовий статус має особливості, обумовлені специфікою службової діяльності. Ці особливості не дискримінують суддів порівняно з іншими працівниками, а навпаки, забезпечують необхідні умови для здійснення суддею службових повноважень¹.

Проте, як уже було зазначено, єдиного механізму виникнення трудових правовідносин із суддею не існує, тому й вирішення відповідного питання залишено на врегулювання національних правових систем.

Показовими прикладами, на нашу думку, виступають розвинені європейські країни Німеччина та Франція, які, крім того, є типовими представниками континентальної правової системи, а отже, їхній досвід у контексті встановлення правовідносин із суддею буде корисним і для України, особливо з урахуванням її європейського розвитку. Для початку зазначимо, що на території Німеччини трудові права суддів, а також виникнення трудових правовідносин регулюється низкою законів, зокрема Основним законом Німеччини 1949 р., Законом Німеччини «Про суддів» 1972 р., Законом Німеччини «Про судоустрій» 1975 р. та іншими нормативно-правовими актами. Особливістю цієї країни є її адміністративний устрій. До складу Німеччини входить 16 федеральних земель. Відповідно до Основного закону Німеччини 1949 р.², кожна земля має абсолютний суверенітет щодо питань їх державного управління, через що в адміністративній структурі кожної із земель існують суттєві відмінності. З урахуванням цього, судова система Німеччини також має деякі особливості, наприклад, судді можуть обиратися як на федеральному рівні, так і на рівні судів землі. Крім того, процедура вступу ними на посаду має відмінності. Насамперед зазначимо, що в Німеччині суддею може стати тільки кандидат, який отримав спеціальну юридичну освіту і склав необхідні державні іспити. Підкреслимо, що така вимога висувається до кандидатів на посаду судді і в інших європейських країнах.

У Основному законі Німеччини 1949 р. зазначено, що судді назначаються на свою посаду довічно, однак передбачено, що вони можуть раніше піти із займаної посади в разі звільнення, відсторонення від посади, переведення на іншу посаду або виходу на пенсію³. Таким чином, слід зазначити, що не зважаючи на довічне призначення суддів на їх посади, все ж фактично виконання ними їхніх повноважень здійснюється до досягнення пенсійного віку.

Законодавство Німеччини виокремлює різні терміни перебування суддів на посаді, відповідно до чого розрізняє чотири суддівські посади: судді, які призначаються до настання пенсійного віку, судді, які призначаються на певний термін, судді з випробувальним терміном, судді за дорученням⁴. Однак саме посада судді, який призначається до настання пенсійного віку, є такою, що зустрічається найчастіше. Слід зазначити, судді займають певну посаду до настання пенсійного віку, який може відрізнятися в різних землях і для різних інстанцій, але не перевищує шістдесяті восьми років.

Суддями, які призначаються на певний термін, виступають ті судді, які можуть займати цю посаду протягом певного часу, передбаченого законодавством. Наприклад, судді Федерального конституційного суду займають свою посаду протягом терміну, який становить дванадцять років.

Судді, призначені на випробувальний термін, займають цю посаду протягом певного терміну, який, як правило, становить від трьох до п'яти років. Протягом цього терміну суддя може бути звільнений у зв'язку з непридатністю до займаної посади. Якщо ж він проявив високі моральні якості, глибоке знання законів та інші якості, необхідні судді для здійснення правосуддя, він може бути призначений на посаду до досягнення ним пенсійного віку.

Разом із тим, судді за дорученням – це особи, які тільки готуються до заняття будь-якої судової посади і проходять відповідні практики або стажування. На нашу думку, більш доцільно називати їх кандидатами на посаду судді.

Досвід Франції у цьому контексті дещо відрізняється від німецького. Насамперед Франція відрізняється за адміністративно-територіальним устроєм. Вона являє собою унітарну державу, і усі судді, відповідно, призначаються на національному рівні. Відповідно до ст. 64 Конституції Французької Республіки від 1958 р., статус суддів встановлюється законом. Судді є незмінними⁵. Тобто, судді у Франції назначаються довічно. Таким чином, можна стверджувати, що у Франції, так само як і у Німеччині, основи правосуддя та судової системи закладає Конституція, однак вони розширені та доповнені у спеціалізованих правових актах. У Франції питання статусу та працевлаштування суддів врегульоване відповідно до Закону Франції «Про статус магістратури» 1958 року⁶.

Схоже правове регулювання існує і в Україні, зокрема, згідно зі ст. 126 Конституції України 1996 р. незалежність і недоторканність судді гарантуються Конституцією і законами України. Вплив на суддю у будь-який спосіб забороняється. Суддя обіймає посаду безстроково. Тим не менш, не зважаючи на таке формулювання статті, Конституція України передбачає, що повноваження судді завершуються із досягненням ним 65 років. Тобто, можна стверджувати, що в Україні судді призначаються на посаду до досягнення ними конкретного віку, передбаченого Конституцією України⁷. Таким чином, поняття «безстроковий» обмежуєть-

ся досягненням пенсійного віку. Однак оскільки таке поняття може трактуватися по-різному, на нашу думку, більш доречним замінити поняття «безстроково» на поняття «по досягненню пенсійного віку».

Разом із тим виокремлено інші підстави звільнення судді з посади, серед яких: неспроможність виконувати повноваження за станом здоров'я; порушення суддею вимог щодо несумісності; вчинення істотного дисциплінарного проступку, грубе чи систематичне нехтування обов'язками, що є несумісним зі статусом судді або виявило його невідповідність займаній посаді; подання заяви про відставку або про звільнення з посади за власним бажанням; незгода на переведення до іншого суду у разі ліквідації чи реорганізації суду, в якому суддя обіймає посаду; порушення обов'язку підтвердити законність джерела походження майна⁸. В Україні, так само як і у Франції та Німеччині, особливості судової системи, закладені Конституцією, розширені у положеннях спеціального законодавства, зокрема, Закону України «Про судоустрій та статус суддів» 2016 року.

Таким чином, проаналізувавши особливості правового регулювання працевлаштування суддів, можна зазначити, що у всіх досліджених країнах існує схожа система законодавчого регулювання відповідного питання, яка засновується на Конституції держави, а розширюється та доповнюється у актах спеціального законодавства із відповідного питання.

Важливо сказати про особливості призначення суддів на посаду. Наприклад, у Німеччині, відповідно до Закону «Про суддів» 1972 р.: «Судді вищих федеральних судів призначаються Указом Президента Німеччини за пропозицією міністра юстиції і комітету з виборів суддів, в який входять всі міністри юстиції земель і одинадцять членів комітету, обраних Бундестагом (законодавчий орган Німеччини)»⁹. Стосовно суддів Федерального конституційного суду, необхідно зазначити, що вони обираються Бундесратом і комітетом бундестагу з виборів, який складається з дванадцяти депутатів Бундестагу. Щодо суддів Федеральної судової палати, необхідно зауважити, що вони призначаються на посаду після виходу відповідного Указу Президента, за поданням спеціальної комісії, до якої входять міністри юстиції земель і така ж кількість членів, що обираються Бундестагом і є його депутатами. Кандидат на пост члена Федеральної судової палати повинен бути старше тридцяти п'яти років і мати досвід судової роботи. Усього у складі палати понад сто членів.

На посаду суддів до п'яти найбільших федеральних судів, серед яких Конституційний суд, Федеральний адміністративний суд, Федеральний соціальний суд, Федеральний фінансовий суд і Федеральний верховний суд, судді призначаються Комітетом з відбору суддів. Зазначений Комітет являє собою орган, який складається з тридцяти двох членів і всі рішення приймає шляхом таємного голосування. До складу Комітету з відбору суддів входять шістьнадцять міністрів юстиції з земель і шістьнадцять експертів, призначених Бундестагом. Призначені експерти не обов'язково повинні бути депутатами, але повинні мати юридичну кваліфікацію¹⁰.

Законодавством Франції передбачено, що призначення на посаду судді відбувається на підставі Декрету Президента Франції з урахуванням обов'язкового для уряду висновку або за поданням Вищої ради магістратури¹¹. Таким чином, початок трудових правовідносин з суддею, так само як і за німецьким правом, настає після опублікування відповідного розпорядження Президента Франції.

В Україні відповідне питання врегульоване відповідно до французької моделі призначення суддів. Згідно зі ст. 128 Конституції України, призначення на посаду судді здійснюється Президентом України за поданням Вищої ради правосуддя в порядку, встановленому законом. Голову Верховного Суду обирає на посаду та звільняє з посади шляхом таємного голосування Пленум Верховного Суду в порядку, встановленому законом¹².

Таким чином, можна дійти висновку, що призначення суддів на посади у розглянутих державах здійснюється на підставі призначення Президентом (у формі декрету або наказу, залежно від держави). З урахуванням цього можна стверджувати, що виникнення правовідносин із суддею починається з моменту оприлюднення відповідного наказу.

Щодо вимог до кандидатів на посаду судді, зазначимо, що законодавством Німеччини для кандидатів на посаду судді передбачена здача двох державних іспитів, які складаються при наявності юридичної освіти та після проходження спеціального судового стажування. Крім того, кандидат на посаду повинен успішно скласти необхідні кваліфікаційні тестування. Як правило, ця процедура проходить в кілька етапів. Після закінчення університету студенти складають перший державний іспит, який приймається незалежною державною комісією при Міністерстві юстиції. У разі його успішного складання та отримання диплома бакалавра молодий фахівець направляється на обов'язкове стажування протягом двох років у судах у цивільних або кримінальних справах, прокуратурах, адміністративних установах, нотаріальних конторах та інших організаціях, де він одночасно зі стажуванням отримує також зарплату. Після успішного складання другого державного іспиту юрист без додаткових допускних іспитів має право обрати будь-яку юридичну професію, в тому числі, наприклад, судді, прокурора або адвоката¹³.

Як показує німецька практика, близько 80 % стажистів успішно складають іспити. Критерії та вимоги до іспитів визначаються кожною Федеральною землею самостійно. Як правило, реальний шанс бути призначеним державним суддею або прокурором мають тільки ті, хто отримав високі оцінки на обох державних іспитах¹⁴. Зазначимо, що згідно зі ст. 33 Конституції Німеччини кожен німець має рівне право претендувати на заняття будь-якої громадської посади відповідно до своєї придатності для її виконання, професійних знань та вмінь¹⁵.

Приклад Франції суттєво відрізняється у цьому питанні. Слід зазначити, що претендувати на посаду судді може особа, яка відповідно до Закону Франції «Про статус магістратури» 1958 р. закінчила Національну школу магістратури та отримала відповідну освіту¹⁶. Підкреслимо, що Національна школа магістратури була створена в 1958 р. і розташована в м. Бордо (Франція). Французькі випускники університетів після

закінчення 4-річної освіти в університеті, які отримали диплом бакалавра, або, при певних умовах, особи, які пропрацювали в якості цивільних або приватних службовців у сфері судової системи не менше восьми років, допускаються до іспиту на конкурсній основі для вступу до магістратури. Існує віковий ценз навчання, тобто особа може вступити в магістратуру з двадцяти п'яти до сорока років з обмеженням можливості складання вступних іспитів (усього три спроби).

На території Франції усі особи, які обрали для себе право в якості майбутньої основної професії, отримують різну підготовку під час навчання. Звичайно, всі напрями юридичних професій, такі як судді, адвокати, прокурори, нотаріуси проходять спільний чотирирічний курс навчання, після завершення якого, в разі успішної здачі кваліфікаційних іспитів, вони стають ліцензіатами права (франц. *Licence en droit*). Ті особи, які виявили бажання стати суддями, складають додатковий іспит, що проводиться державною комісією. У разі успішної здачі цього іспиту вони отримують право відвідувати Національну школу магістратури в Бордо¹⁷. Водночас Законом Франції «Про статус магістратури» 1958 р. закріплено перелік вимог, висунутих до кандидата, зокрема для того, щоб вступити в Національну школу магістратури потрібно: диплом національного зразка про вищу освіту; громадянство Франції; високі моральні якості, дієздатність; дотримання згідно із законом обов'язків за призовом в армію; відповідність встановленим умовам щодо фізичної придатності і задовільний стан здоров'я¹⁸. Таким чином, слід зазначити, що відбір кандидатів у судді починається вже на стадії їх прийому до навчального закладу для отримання відповідної освіти. Пов'язано це з тим, що не кожен студент може вступити до Національної школи магістратури, а лише той, хто відповідає встановленим вимогам. Такі вимоги вже свідчать про те, що підготовку на посаду судді будуть проходити особи, які вже мають певні знання та досвід у галузі права. Крім того, доволі складні вступні іспити також виступають однією із ступенів початкового відбору кандидатів на посаду судді.

Також окремо слід зазначити, що студенти Національної школи магістратури можуть брати участь у судовій діяльності, однак без права підпису (наприклад бути помічником), а також отримувати державне утримання. Разом із тим на них покладається зобов'язання зберігати службову таємницю. Перед початком їх участі в роботі суду вони приймають присягу перед апеляційним судом. Тобто, можна стверджувати, що уже на даному етапі стажування на молодих фахівців поширюються ті ж вимоги, що й до суддів загалом.

Після проходження навчання кандидати на посаду судді проходять стажування в органах правосуддя, яке триває протягом чотирнадцяти місяців. Перед фінальним етапом навчання слухачі школи складають заліки та кваліфікаційний іспит і на підставі отриманих балів, а також з урахуванням результатів стажування, отримують список запропонованих посад. Після того, як вони зроблять свій вибір, їх розподіляють на групи. Такий розподіл відбувається на основі обраної ними спеціалізації. По завершенню курсу випускник проходить стажування в судових установах на тій посаді, яку надалі буде займати.

Слід зазначити, що коли термін навчання добігає кінця, всі слухачі конкурують на рівних умовах в процедурі включення їх до переліку осіб з метою просування по службі в суддівському корпусі, незалежно від того, в якому порядку вони були зараховані в школу магістратури. Кваліфікаційна комісія присвоює їм певну кваліфікацію. Копія списку прізвищ випускників надсилається Міністерству юстиції, який приймає рішення про публікацію його в Офіційному віснику.

Загалом модель навчання, прийнята у Франції, є доволі цікавою, зокрема інтерес становить наявність спеціального навчального закладу, який здійснює спеціалізовану підготовку суддів. У Німеччині такого єдиного навчального закладу немає. Крім того, вже сам процес надходження слухачів до Національної школи магістратури у Франції є первинним відбором кандидатів на посаду судді, оскільки особи, які бажають туди вступити, повинні спочатку відповідати вимогам, які висуюються до суддів, що є основою для встановлення з ними в подальшому трудових правовідносин.

Для України досвід розглянутих країна також може бути корисним. Так, наприклад, законодавство Німеччини передбачає для студентів обов'язкове стажування після чотирьох років навчання, яке є оплачуваним та відбувається протягом двох років. На нашу думку, такий досвід корисно запозичити для України. Звичайно, вітчизняним законодавством передбачена практика, однак вона є частиною навчального плану, здійснюється протягом встановленого часу та не оплачується. На нашу думку, такого терміну вкрай мало, щоб особа зрозуміла усі тонкощі роботи судді та оволоділа практичним досвідом. У цьому аспекті приклад Німеччини із дворічним стажуванням є позитивним та надасть змогу українським випускникам юридичних закладів вищої освіти зрозуміти сутність професії, оволодіти необхідними навиками та, у випадку, якщо стажування буде корисним для них, продовжити подальше навчання у магістратурі та працевлаштування у якості судді. Також корисним видається оплата стажування випускників, адже вона забезпечить нормальний рівень життя випускників та надасть їм змогу присвятити себе практиці цілковито, не відволікаючись на необхідність додаткового працевлаштування з метою підтримання гідного рівня життя.

Досвід Франції також є корисним для українських реалій. Як було зазначено раніше, відбір кандидатів на посаду судді у Франції відрізняється від загальноприйнятого. Згідно із законодавством цієї країни, суддями можуть стати тільки особи, які закінчили Національну школу магістратури та отримали відповідну освіту, а право на вступ в цю школу мають французькі випускники університетів, які отримали диплом бакалавра права. Цікавим уданому питанні є той факт, що після отримання диплома бакалавра, спеціаліста вступають на магістратуру на конкретну спеціальність, тобто майбутніх суддів, адвокатів, нотаріусів тощо, та отримують спеціальну освіту за свою майбутню спеціальність, а не загальною юридичну, як є місце на сучасному етапі в Україні. Вважаємо доречним використовувати досвід французької системи для реформування вищої

юридичної освіти в Україні. Після навчання протягом чотирьох років і отримання диплома в галузі правознавства випускникам необхідно вступати на магістратуру в вузькоспеціалізовані навчальні заклади, які діляться на вузькі галузі за напрямками підготовки: судді, прокурори, адвокати, які в свою чергу діляться на галузі права. Така вузькоспеціалізована підготовка повинна здійснюватися в стінах окремих навчальних закладів. Таким чином, за прикладом французької моделі повинні бути створені окремі заклади вищої освіти, які здійснюють підготовку магістрів тільки з однієї конкретної галузі права. Наприклад, можна створити кілька національних освітніх установ, що відповідають безпосередньо за підготовку майбутніх суддів з абітурієнтів, які отримали диплом бакалавра права. Керівництво цими вищими навчальними закладами слід покласти на Національну школу суддів України.

Важливим елементом у контексті виникнення трудових правовідносин із суддями може бути запозичення з французької моделі освіти тієї складової, що для вступу в Національну школу магістратури висуваються майже такі ж вимоги як до кандидата на посаду судді. Таким чином, слід зазначити, що відбір кандидатів у судді починається вже на стадії прийому до закладу освіти для отримання відповідної підготовки, а також студенти Національної школи мають право брати участь у судовій діяльності і їм виплачується державне утримання. Тобто, правовідносини між майбутнім суддею і державою починаються вже на стадії навчання.

На нашу думку, такий досвід може стати корисним і для України. По-перше, підготовка суддів буде здійснюватися у вузько спрямованій та спеціалізованій сфері. По-друге, під час навчання майбутні судді зможуть працювати в суді й навіть виступати помічниками судді, отримуючи при цьому заробітну плату і офіційне працевлаштування, що гарантує їх трудові права. Таким чином вони будуть не тільки вивчати теоретичні питання, а й підкріплювати їх чіткими практичними знаннями. По-третє, такий підхід вирішить питання щодо виникнення трудових правовідносин з кандидатом на посаду, оскільки такі правовідносини виникатимуть з моменту вступу в певний заклад освіти і в разі його успішного закінчення трудові правовідносини не припиняються, а переходять на новий рівень. Таким чином, протягом усього періоду навчання кандидат на посаду судді буде отримувати необхідний досвід, заробітну плату і соціальні гарантії.

Отже, можна стверджувати, що початок правовідносин із суддями у Німеччині та Україні фактично відбувається із моменту видання наказу Президента про призначення судді на посаду. У свою чергу, у Франції, не зважаючи на те, що судді призначаються Декретом Президента, однак, початок правовідносин із суддею починається уже на етапі вступу до Національної школи магістратури, адже до її абітурієнтів висуваються фактично ті ж вимоги, що й до суддів. На нашу думку, такий досвід доцільно запровадити і в Україні.

¹ Штих Т.В. Права та обов'язки судді як суб'єкта трудового права. *Форум права*. 2009. № 3. С. 686–690. URL: <http://www.nbu.gov.ua/e-journals/FP/2009-3/09stvtcp.pdf>

² Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 1949. URL: <https://www.gesetze-im-internet.de/gg/GG.pdf>

³ Там само.

⁴ Судебная система ФРГ. URL: <https://www.google.com.ua/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=14&ved=2ahUKEwjrlJ2TnfreAhWDiywKHb9xByUQFjANegQIAhAC&url=http%3A%2F%2Fzakonoposlusnik.narod.ru%2FReferat%2FPravo%2FReferat%2FSudnim.doc&usg=AOvVaw0LKajcWvcKFDiT1mjgWgLM>

⁵ Конституционные акты Франции. Полный текст Конституции 1958 года с изменениями, внесенными 23 июля 2008 года. URL: <https://worldconstitutions.ru/?p=138>

⁶ Ordonnance n°58-1270 portant loi organique relative au statut de la magistrature, 1958. URL: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000339259>

⁷ Конституція України. 1996. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр>

⁸ Там само.

⁹ The German Judiciary Act, 1972. URL: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_drigr/englisch_drigr.html#p0014

¹⁰ Как отбирают судей в Германии: всегда побеждают лучшие? URL: <https://euroua.com/europe/eu/10940-kak-otbirayut-sudej-v-germanii-vsegda-pobezhdayut-luchshie>

¹¹ Шафикова Г.Х. Регулирование труда судей в России и зарубежных странах. URL: http://dSPACE.susu.ru/xmlui/bitstream/handle/0001.74/18725/2017_334_patrakovaas.pdf?sequence=1

¹² Конституція України. 1996. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр>

¹³ Судебные органы зарубежных стран: учеб. пособ. / отв. ред. А.Б. Гафуров. Ташкент: Baktria press, 2014. С. 131.

¹⁴ Там само.

¹⁵ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 1949. URL: <https://www.gesetze-im-internet.de/gg/GG.pdf>

¹⁶ Ordonnance n°58-1270 portant loi organique relative au statut de la magistrature, 1958. URL: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000339259>

¹⁷ Судебные органы зарубежных стран: учеб. пособ. / отв. ред. А.Б. Гафуров. Ташкент: Baktria press, 2014. С. 139.

¹⁸ Ordonnance n°58-1270 portant loi organique relative au statut de la magistrature, 1958. URL: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000339259>

Резюме

Кочкова Г.В., Дей М.О. Критерії до кандидатів та правове регулювання виникнення трудових правовідносин із суддею: досвід Німеччини та Франції.

У статті проаналізовано особливості виникнення правовідносин із суддями відповідно до законодавства Німеччини та Франції та запропоновані моделі, які будуть корисними для запровадження в українській судовій та освітній системах.

Ключові слова: судді, судова система, трудові права суддів, виникнення правовідносин із суддею.

Резюме

Кочкова А.В., Дей М.А. Критерии к кандидатам и правовое регулирование возникновения трудовых правоотношений с судьей: опыт Германии и Франции.

В статье проанализированы особенности возникновения правоотношений с судьями в соответствии с законодательством Германии и Франции и предложены модели, которые будут полезными для введения в украинской судебной и образовательной системах.

Ключевые слова: судьи, судебная система, трудовые права судей, возникновение правоотношений с судьей.

Summary

Kochkova A., Dei M. Criteria for candidates and legal regulation of the emergence of labor relations with a judge: the experience of Germany and France.

The author analyzes the peculiarities of legal relations with judges in accordance with Germany and France laws and proposes models that will be useful for introduction in Ukrainian judicial and educational systems.

Key words: judge, judicial system, labor rights of judges, emergence of legal relations with a judge.

УДК 242.9:502.3/7

Г.В. МУЛЯР, О.С. ХОВПУН, Г.П. ШУСТ

Галина Володимирівна Муляр, кандидат історичних наук, доцент Академії праці, соціальних відносин та туризму

Олексій Сергійович Ховпун, кандидат юридичних наук, завідувач кафедри Академії праці, соціальних відносин та туризму

Ганна Петрівна Шуст, викладач Київського професійно-педагогічного коледжу ім. А. Макаренка

ПРАВОПОРУШЕННЯ У СФЕРІ ВИКОРИСТАННЯ ЗЕМЕЛЬНИХ РЕСУРСІВ ЯК ПІДСТАВА ПРИТЯГНЕННЯ ДО АДМІНІСТРАТИВНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ: ПОРІВНЯННЯ ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ ТА СУСІДНІХ ДЕРЖАВ

Земельна реформа, що ніяк не може завершитися, мораторій на продаж земель, постійні оптимізації в системі органів управління України створюють сприятливі умови для порушення норм законодавства в сфері використання земельних ресурсів, що негативно позначається як на економічній ситуації держави, так і на екології.

Безспірно, земля відіграє неабияку роль, оскільки є основою життєдіяльності людини, джерелом задоволення першочергових її потреб, матеріально-просторовою базою існування держави, яка визначає суверенітет та межі реалізації влади. Водночас земля є невід'ємною складовою навколишнього природного середовища, сполучним елементом, без якого не можуть існувати інші природні ресурси та об'єкти. І хоча земля, як елемент навколишнього середовища, має необмежену дію в часі, проте вона здатна втрачати свої якісні властивості, які цінуються, мабуть, більше, ніж її кількість (площа). Саме тому держави приділяють велику увагу охороні земельних ресурсів, якими вони володіють у межах своїх територій.

Кожна держава, формуючи власну земельну політику, самостійно визначає своє ставлення до земельних ресурсів, межі та види юридичної відповідальності й порядок притягнення до неї. Усі країни є унікальними у своєму державотворенні; вивчення їхнього досвіду може бути дуже корисним, оскільки дає змогу поглянути на власні процеси крізь призму практичних результатів, запозичити вдалі ідеї і уникнути помилок.

Конституція України проголосила землі національним багатством, що перебуває під особливою охороною з боку держави¹. Проте цього недостатньо, необхідною умовою є дієвий механізм реалізації даної норми в житті.

Юридична відповідальність та охорона земель були об'єктом дослідження таких провідних вчених в галузі земельного та адміністративного права, теорії управління: В.Б. Авер'янова, В.І. Андрейцева, О.М. Бандурки, Ю.П. Битяка, А.Т. Комзюка, А.М. Мірошниченка, О.С. Мірошниченко, Ю.С. Шемшученка та інших. Проте питанню міжнародного досвіду у сфері притягнення до адміністративної відповідальності за правопорушення у сфері використання земельних відносин майже не приділялося.

Мета статті: на основі аналізу законодавства розглянути спільне та відмінне в характеристиці складових правопорушення як фактичної підстави притягнення до адміністративної відповідальності в Україні та за кордоном для подальшого вдосконалення охорони земельних ресурсів.

Конституції багатьох країн містять норми, які визначають правовий статус земель: одні, як і Конституція України, проголошують їх національним багатством (Естонія, Узбекистан), інші наголошують, що земля є основою життя та діяльності народу (Киргизстан, Росія), а є конституції, які згадують землі лише в контексті об'єкта власності, визначаючи, кому вони можуть належати (Білорусь, Казахстан, Литва, Польща, Німеччина та інші). Закріплюючи в конституції відповідний статус за землями, держави закладають основи їх використання, які детальніше розкриваються вже у спеціальних законодавчих актах. Встановивши правила використання земельних ресурсів, держава залишає за собою право притягувати до відповідальності всіх, хто ці правила порушує; тобто обов'язок понести відповідальність настає лише тоді, коли було вчинене правопорушення. Юридична відповідальність є одним із дієвих методів охорони будь-чого, тому адміністративна відповідальність, яка може наставати за порушення норм як земельного, так і адміністративного законодавства, відіграє особливу роль в охороні земельних ресурсів.

Держави, які ми обрали для порівняння (Білорусь, Молдова, Росія), досить схожі на Україну, вони були учасниками одного союзу. Після розпаду Радянського Союзу всі держави отримали однакові можливості, і кожна обрала свій шлях розвитку, який, не зважаючи на спільну історію, все ж таки має відмінності. Спільне для цих держав та України те, що земельне право є самостійною галуззю права; існує відокремлення адміністративної відповідальності від кримінальної, а адміністративних правопорушень – від злочинів; наявність окремого кодифікованого акта, який визначає підстави притягнення до адміністративної відповідальності. Проте не зважаючи на всі спільні моменти, є й певні відмінності, особливо вони помітні при характеристиці складових адміністративного правопорушення.

У юридичній літературі науковці по-різному розкривають поняття юридичної відповідальності: як реакцію держави (В.К. Ковпаков, Ю.С. Шемшученко)²; як обов'язок винної особи (С.С. Алексєєв, С.Н. Братусь, В.В. Лазарєв)³; як правовідносини (В.В. Копейчиков, Д.М. Лук'янець)⁴, і всі вони по-своєму праві. Враховуючи основні ідеї всіх цих підходів до визначення юридичної відповідальності, вважаємо, що адміністративна відповідальність – це особливі правовідносини держави (в особі уповноважених нею представників – державних органів, їх посадових осіб) та правопорушника; в межах цих правовідносин держава реалізовує свій обов'язок забезпечити правопорядок в країні та має право застосувати до винної особи заходи примусу; винна особа (правопорушник) також має свої права та обов'язки, а саме: обов'язок відшкодувати завдані збитки та зазнати обмежень, що визначені законом, і право вимагати дотримання своїх прав та інтересів при цьому⁵.

Фактичною підставою притягнення до відповідальності прийнято вважати вчинення правопорушення, за яке законом передбачено адміністративну відповідальність. Визначення адміністративного правопорушення та їх перелік містяться в кодексі про адміністративні правопорушення кожної з держав. Слід зауважити, що законодавчий акт, який визначає підстави притягнення до адміністративної відповідальності в Молдові називається Кодекс про правопорушення, а в інших державах – Кодекс про адміністративні правопорушення, тому для зручності ми будемо використовувати єдине скорочення для позначення законодавчого акта (далі – КпАП).

Визначення адміністративного правопорушення, що містяться в КпАП кожної держави, дещо різняться, оскільки кожна із них вклала своє бачення щодо даного суспільного явища, виокремлюючи якісь важливі окремі його ознаки. Спільне лише те, що адміністративним правопорушенням є протиправне винне діяння (дія чи бездіяльність), за вчинення якого встановлена адміністративна відповідальність. Крім цього, КпАП Росії, розкриваючи в ст. 2.1 поняття адміністративного правопорушення, робить акцент на суб'єкті його вчинення, вказуючи, що ним може бути фізична чи юридична особа⁶. А КпАП Молдови (ст. 10) підкреслює, що протиправне діяння, що є адміністративним правопорушенням, має меншу соціальну безпеку, ніж злочин. Крім того, в даній статті в загальних рисах окреслений об'єкт посягання – цінності, що охороняються законом⁷. КпАП України об'єкт посягання розкриває більш широко, вказавши, що ним є громадський порядок, власність, права та свободи громадян та встановлений порядок управління (ст. 9)⁸.

Пропорушення у сфері використання земельних ресурсів як фактична підстава для притягнення до адміністративної відповідальності має юридичну складову – поєднання суб'єктивних та об'єктивних ознак, наявність яких є обов'язковою для визначення діяння, вчиненого особою, протиправним. Такими суб'єктивними ознаками є суб'єкт та суб'єктивна сторона, а об'єктивними відповідно – об'єкт та об'єктивна сторона.

Об'єктом адміністративного правопорушення виступає те, на що посягають діяння особи, при цьому можуть розрізняти родовий та безпосередній об'єкти. У сфері використання земельних ресурсів можна виділити загальний об'єкт посягання – суспільні відносини у сфері використання земельних ресурсів (є родовим об'єктом) та конкретний – земельна ділянка, право власності на неї, ґрунт тощо (є безпосереднім об'єктом). Залежно від безпосереднього об'єкта посягання всі протиправні діяння, які так чи інакше стосуються земельних ресурсів, можна поділити на дві групи: правопорушення (деякі науковці їх виводять в окрему групу та називають земельними), основним об'єктом посягання яких є земля та загальний перелік яких міститься в окремому законодавчому акті, що регулює земельні відносини та встановлює основи землекористування (наприклад, ЗК України, ЗК Росії) та інші, дотичні до сфери земельних відносин, правопорушення, при вчиненні яких земля є факультативним об'єктом. Ми об'єднуємо ці дві групи єдиним поняттям правопорушення у сфері використання земель.

Кожна країна, законодавство якої аналізується в даній статті, містить власний перелік правопорушень у сфері використання земельних ресурсів, за вчинення яких передбачена адміністративна відповідальність. Так, КпАП Білорусі передбачає відповідальність за такі діяння, як: порушення порядку використання землі і вимог щодо її охорони (ст. 15.10), псування земель (ст. 15.11), самовільне відхилення від схем чи проектів землеустрою (ст. 15.12), знищення чи пошкодження межових знаків (ст. 15.13), самовільне здійснення пошукових робіт (ст. 15.14), невиконання вимог експлуатації меліоративних систем і гідротехнічних будівель (ст. 15.15), порушення встановленого строку виконання топографо-геодезичних і картографічних робіт (ст. 15.16), порушення правил використання ділянок земель лісового фонду (ст. 15.24), незаконний збір і (чи) знищення лісової підстилки, живого надґрунтового покриву, зняття (знищення) родючого шару ґрунту (ст. 15.28), самовільне захоплення земельної ділянки (ст. 23.41), порушення строків повернення тимчасово зайнятих земель (ст. 23.42), порушення порядку надання та вилучення земельних ділянок (ст. 23.80)⁹.

У Молдові правопорушеннями в сфері земельних відносин можна вважати наступні діяння: приховування інформації про наявний земельний фонд (ст. 92), діяння, які призвели до деградації земель, фальсифікація інформації про стан і використання земельних ділянок (ст. 115), несанкціоноване відхилення від проектів організації території чи використання земельної ділянки (ст. 116), невиконання обов'язків приведення земельних ділянок до стану, який дозволяє використовувати їх за призначенням, в тому числі боротьби з бур'янами і попередження їх розповсюдження (ст. 117), не оброблення земельних ділянок, неприйняття обов'язкових заходів щодо їх меліорації, захисту ґрунту від ерозії, викликаної впливом вітру та води, щодо попередження інших процесів, які погіршують стан ґрунту (ст. 118), несанкціоноване зняття і руйнування шару опалого листя, живого покриву і верхнього шару ґрунту (ст. 120), забруднення навколишнього середовища із завданням шкоди (ст. 149), порушення правил боротьби з карантинними шкідниками, збудниками захворювання рослин і рослинних продуктів та бур'янами (ст. 189) тощо¹⁰.

Відповідно до КпАП Росії до адміністративної відповідальності особа буде притягнута в разі: самовільного захоплення земельної ділянки (ст. 7.1), самовільного захоплення лісових ділянок (ст. 7.9), самовільної уступки права користування землею (ст. 7.10), незаконної зміни правового режиму земельних ділянок, віднесених до земель історико-культурного значення (ст. 7.16), використання земельної ділянки на праві постійного (безстрокового) користування юридичною особою, яка не виконала у встановлений федеральним законом строк обов'язків щодо переоформлення такого права на право оренди земельної ділянки чи придбання такої земельної ділянки у власність (ст. 7.34), порушення правил поводження з пестицидами і агрохімікатами (ст. 8.3), приховування чи перекручування екологічної інформації (ст. 8.5), псування ґрунту (ст. 8.6), невиконання обов'язків щодо рекультивации земель, обов'язкових заходів щодо покращення земель і охорони ґрунту (ст. 8.7), використання земельних ділянок не за цільовим призначенням, невиконання обов'язків щодо приведення земель у стан, придатний для використання їх за цільовим призначенням (ст. 8.8), порушення режиму використання земельних ділянок і лісів у водоохоронних зонах (ст. 8.12), порушення порядку надання земельних ділянок (ст. 19.9)¹¹.

Водночас КпАП України містить адміністративну відповідальність за псування і забруднення сільськогосподарських та інших земель (ст. 52), порушення правил використання земель (ст. 53), самовільне зайняття земельної ділянки (ст. 53-1), перекручення або приховування даних державного земельного кадастру (ст. 53-2), зняття та перенесення ґрунтового покриву земельних ділянок без спеціального дозволу (ст. 53-3), незаконне заволодіння ґрунтовим покривом (поверхневим шаром) земель (ст. 53-4), порушення строку погодження (відмови у погодженні) документації із землеустрою (ст. 53-5), порушення законодавства про Державний земельний кадастр (ст. 53-6), порушення строків повернення тимчасово зайнятих земель або не приведення їх у стан, придатний для використання за призначенням (ст. 54), порушення правил землеустрою (ст. 55), знищення межових знаків (ст. 56) та інші¹².

Об'єктивна сторона правопорушення – це характеристика зовнішнього прояву поведінки особи, яка включає форму діяння, умови його вчинення, ступінь шкідливих наслідків та причинно-наслідковий зв'язок.

Адміністративне правопорушення може бути вчинене в пасивній та активній формі і проявлятися в бездіяльності чи діяльності, про що чітко визначено у відповідних статтях КпАП окреслених нами країн. Приклад пасивної форми діяння закріплено в ст. 118 КпАП Молдови, яка передбачає відповідальність у разі, якщо особа не обробляє земельні ділянки, не вживає обов'язкових заходів щодо їх меліорації, захисту ґрунту від ерозії, викликаної впливом вітру та води, попередження інших процесів, що погіршують стан ґрунту¹³ або в ст. 23.42 КпАП Білорусі – передбачає відповідальність за порушення строків повернення тимчасово зайнятих земель¹⁴.

Умови вчинення протиправного діяння (місце його вчинення, час, спосіб) будуть визначатися обов'язковими при кваліфікації правопорушення лише тоді, коли вони є характерною складовою конкретного складу правопорушення. Наприклад, ч. 3 ст. 115 КпАП Молдови передбачає відповідальність за спалення рослинних відходів будь-якого походження у відкритому полі (відкрите поле є ключовим моментом для притягнення до відповідальності за цією статтею)¹⁵, ст. 53-3 КпАП України визначає, що зняття та перенесення ґрунтового покриву земельних ділянок без спеціального дозволу є підставою для притягнення особи до відповідальності¹⁶.

Що стосується визначення ступеня суспільної небезпеки чи шкідливості адміністративного правопорушення для України є дискусійним, оскільки в КпАП така його ознака прямо не визначена, на відміну від КпАП Молдови, де в самому визначенні адміністративного правопорушення зазначено, що воно є менш соціально шкідливим, ніж злочин (ст. 10)¹⁷.

Через таке «упущення» в КпАП України деякі науковці стверджують, що адміністративне правопорушення позбавлене ознаки суспільної небезпеки¹⁸. Це твердження заперечують інші вчені, обґрунтовуючи свою позицію тим, що адміністративне правопорушення, як і будь-яке інше, завдає шкоди суспільним відносинам, а відтак є суспільно небезпечним¹⁹. Ми підтримуємо саме цю позицію, підтвердження її правильності знаходимо в змісті ст. ст. 9, 10 та 11 КпАП України, в яких вказано, що адміністративне правопорушення є посяганням та може призвести до настання шкідливих наслідків, а також у ч. 2 ст. 11 КК України, яка розкриває поняття суспільної небезпеки через заподіяння чи можливість заподіяння шкоди суспільству, державі, юридичній чи фізичній особі²⁰.

Дискусійним для нашої держави залишається й питання визначення суб'єкта правопорушення у сфері використання земельних ресурсів. ЗК України вказує, що за порушення норм земельного законодавства фізичні та юридичні особи можуть бути притягнуті до цивільної, адміністративної та кримінальної відповідальності²¹. КпАП України взагалі не розкриває поняття суб'єкта адміністративного правопорушення, а застосовує узагальнене поняття «особа», проте проаналізувавши зміст його норм (зокрема ст. 12 та ст. 20, які пояснюють з якого віку настає адміністративна відповідальність та що таке осудність) стає зрозумілим, що йдеться лише про фізичну особу²². Тобто, згідно з чинним законодавством у нашій державі відповідальність за протиправні діяння у сфері використання земельних ресурсів може нести лише фізична особа, що, м'яко кажучи, не відповідає реаліям розвитку земельних відносин. На відміну від України, адміністративна відповідальність юридичних осіб прямо передбачена в законодавстві Молдови (ст. 17 КпАП), Білорусі (ст. 3.5 КпАП) та Росії (ст. ст. 2.1 та 2.10 КпАП)²³.

Суб'єкт адміністративного правопорушення має низку ознак, які і визначають його можливість нести відповідальність. Такі ознаки поділяються на дві групи: загальні – є обов'язковими для всіх видів правопорушення (вік та осудність особи) та спеціальні – додаткові, обов'язкові лише для певного виду правопорушення (зв'язок суб'єкта правопорушення з об'єктом посягання, його службове становище)²⁴. Слід зазначити, що до адміністративної відповідальності у обраних нами державах (крім Молдови), за загальним правилом, може бути притягнена осудна особа, що на момент вчинення правопорушення досягла 16 років (в Молдові – з 18 років)²⁵. При цьому роз'яснення, що таке осудність, міститься лише в КпАП Молдови (ст. 17-1), у той час як кодекси інших держав обмежилися лише визначенням неосудності.

Існування чи відсутність зв'язку суб'єкта правопорушення з конкретною земельною ділянкою є обов'язковою ознакою суб'єкта у багатьох випадках, проте не всіх. Необхідним він є при не обробленні земельних ділянок (ст. 118 КпАП Молдови), не використанні земельної ділянки протягом строку, встановленого законодавством (ст. 15.10 КпАП Білорусі), невиконання або невчасне виконання обов'язків щодо приведення земель до стану, придатного для використання їх за цільовим призначенням (ч. 4 ст. 8.8 КпАПРФ), такі ж діяння передбачені і ст. 54 КпАП України. При самовільному захопленні земельної ділянки (ст. 53-1 КпАП України, ст. 7.1 КпАП РФ, ст. 23.41 КпАП Білорусі), навпаки, обов'язковою ознакою є відсутність такого зв'язку.

Службове становище суб'єкта є обов'язковою ознакою при вчиненні тих правопорушень, які трапляються у зв'язку з реалізацією суб'єктом правопорушення своїх владно-розпорядчих (посадових) повноважень. До таких правопорушень можна віднести приховування інформації про наявний земельний фонд (ст. 92 КпАП Молдови), порушення порядку надання чи вилучення земельних ділянок (ст. 23.80 КпАП Білорусі) тощо.

Слід зазначити, що КпАП РФ поряд з фізичними та юридичними особами окремо визначає особливості адміністративної відповідальності власників чи інших володільців земельних ділянок чи інших об'єктів нерухомості (ст. 2.6.2 КпАП РФ), а КпАП Білорусі – індивідуальних підприємців (ст. 4.8).

Суб'єктивна сторона адміністративного правопорушення характеризується формою вини, мотивом та цілями діяння суб'єкта правопорушення.

Особливістю правопорушень у сфері використання земельних ресурсів є те, що вони в більшості своїй здійснюються умисно і лише деякі можуть бути вчинені з необережності (наприклад, забруднення земель, порушення правил землекористування, знищення межових знаків).

Мета вчинення адміністративного правопорушення в сфері використання земельних ресурсів, як правило, є факультативною (додатковою) ознакою суб'єктивної сторони. Але для деяких правопорушень вона є кваліфікуючою, йдеться про правопорушення, які полягають у порушенні строку погодження документації (ст. 53-5 КпАП України), порушенні строків внесення даних до Державного земельного кадастру (ст. 53-6 КпАП України)²⁶ тощо.

Отже, можемо зробити такі висновки і пропозиції. Хоч на перший погляд законодавство обраних нами для порівняння країн схоже із законодавством України, проте при більш детальному ознайомленні стають помітними відмінності між ними. Особливо помітна різниця в датах прийняття кодексів – КпАП Білорусі, Молдови та РФ прийняті в 2003, 2008 та 2001 р. відповідно, а в Україні до цього часу діє КпАП, прийнятий ще в 1984 р., в який хоч і було внесено безліч поправок та змін, але він не відповідає сьгоднішнім потребам.

Тому, враховуючи результати проведеного нами порівняння та опираючись на досвід сусідніх держав, вважаємо за доцільне вдосконалити законодавство про адміністративні правопорушення у сфері використання земельних ресурсів, шляхом внесення змін до КупАП, а саме: визначити на законодавчому рівні, що адміністративне правопорушення є суспільно небезпечним діянням, закріпити поряд із поняттям неосудності поняття осудності, визначивши його ознаки і, найголовніше, проголосити, що суб'єктом адміністративного

правопорушення у сфері використання земельних ресурсів може бути юридична особа. Необхідність цього зумовлена реаліями сьогодення, оскільки юридичні особи є повноправними учасниками земельних відносин, володіють та користуються земельними ресурсами, здійснюють діяльність, яка може завдавати шкоди земельним ресурсам чи навколишньому середовищу загалом. До того ж саме юридична особа найчастіше є вигодоутримувачем, тобто, на користь і для вигоди юридичної особи здійснюються певні правопорушення її посадовими особами. Крім того, як правило, штрафні санкції, які можуть застосовуватися до фізичних та юридичних осіб, відрізняються своїми розмірами (розміри штрафів для юридичних осіб завжди більші), що дасть змогу державі хоч якось компенсувати збитки, завдані земельним ресурсам у результаті нераціонального їх використання. Сусідні держави це збагнули давно і прореагували відповідним чином – закріпили відповідальність за юридичними особами. Україні слід перейняти цей досвід.

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

² *Колтаков В.К.* Адміністративне право: підручник. Київ: Юрінком Інтер, 1999. 736 с.; *Шемшученко Ю.С.* Государственное управление охраной окружающей среды в СССР. Проблемы теории и практики: дисс. ... д-ра юрид. наук: 12.00.06. Киев, 1987. 432 с.

³ *Алексеев С.С.* Проблемы теории права. Свердловск, 1972. Т. 1. 371 с.; *Общая теория государства и права: учебник / под ред. В.В. Лазарева.* Москва: Юрист, 1996. 240 с.; *Братусь С.Н.* Юридическая ответственность и законность (очерки теории). Москва, 1976. 178 с.

⁴ Загальна теорія держави і права: навч. посіб. / за ред. В.В. Копейчикова Київ: Юрінком Інтер, 1997. 255 с.; *Лук'янець Д.М.* Підстави адміністративної відповідальності суб'єктів підприємницької діяльності: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07; Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України. Київ, 2000.

⁵ *Muliar G., Shust G.* Legal responsibility for a unlawful acts with land resources objectives: under the Ukraine's legislation // *Fundamental and applied researches in practice of leading scientific schools.* Canada. 2018. Volume 26, number 2. 370 p. (187–191 стор.).

⁶ Кодекс Російської Федерації про адміністративні правопорушення: Закон від 30.12.2001 р. № 195-ФЗ. URL: http://base.spinform.ru/show_doc.fwx?rgn=1404#A000000013

⁷ Кодекс Республіки Молдова про правопорушення: Закон від 24.10.2008 р. № 218-XVI. URL: http://base.spinform.ru/show_doc.fwx?rgn=25958

⁸ Кодекс України про адміністративні правопорушення: Закон від 07.12.1984 № 8073-X. *Відомості Верховної Ради Української РСР*. 1984. Дод. до № 51. Ст. 1122.

⁹ Кодекс Республіки Білорусь про адміністративні правопорушення: Закон від 21.04.2003 р. № 193-3. URL: http://base.spinform.ru/show_doc.fwx?rgn=14895#A000000010

¹⁰ Кодекс Республіки Молдова про правопорушення: Закон від 24.10.2008 р. № 218-XVI. URL: http://base.spinform.ru/show_doc.fwx?rgn=25958

¹¹ Кодекс Російської Федерації про адміністративні правопорушення: Закон від 30.12.2001 р. № № 195-ФЗ. URL: http://base.spinform.ru/show_doc.fwx?rgn=1404#A000000013

¹² Кодекс України про адміністративні правопорушення: Закон від 07.12.1984 № 8073-X. *Відомості Верховної Ради Української РСР*. 1984. Дод. до № 51. Ст. 1122.

¹³ Кодекс Республіки Молдова про правопорушення: Закон від 24.10.2008 р. № № 218-XVI. URL: http://base.spinform.ru/show_doc.fwx?rgn=25958

¹⁴ Кодекс Республіки Білорусь про адміністративні правопорушення: Закон від 21.04.2003 р. № 193-3. URL: http://base.spinform.ru/show_doc.fwx?rgn=14895#A000000010

¹⁵ Кодекс Республіки Молдова про правопорушення: Закон від 24.10.2008 р. № № 218-XVI. URL: http://base.spinform.ru/show_doc.fwx?rgn=25958

¹⁶ Кодекс України про адміністративні правопорушення: Закон від 07.12.1984 № 8073-X. *Відомості Верховної Ради Української РСР*. 1984. Дод. до № 51. Ст. 1122.

¹⁷ Кодекс Республіки Молдова про правопорушення: Закон від 24.10.2008 р. № 218-XVI. URL: http://base.spinform.ru/show_doc.fwx?rgn=25958

¹⁸ *Ахмедов А.И.* Административные взыскания, применяемые ОВД: учеб. пособ. Ташкент: ТВШ МВД СССР, 1988. 68 с.

¹⁹ *Мірошніченко О.С.* Адміністративно-правові засоби охорони земельних відносин в Україні: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07. Харків, 2005. 203 с.

²⁰ Кодекс України про адміністративні правопорушення: Закон від 07.12.1984 № 8073-X. *Відомості Верховної Ради Української РСР*. 1984. Дод. до № 51. Ст. 1122; Кримінальний кодекс України: Закон України від 05.04.2001 № 2341-III. *Відомості Верховної Ради України*. 2001. № 25–26. Ст. 131.

²¹ Земельний кодекс України: Закон України від 25.10.2001 № 2768-III. *Відомості Верховної Ради України*. 2002. № 3. Ст. 27.

²² Кодекс України про адміністративні правопорушення: Закон від 07.12.1984 № 8073-X. *Відомості Верховної Ради Української РСР*. 1984. Дод. до № 51. Ст. 1122.

²³ Кодекс Республіки Молдова про правопорушення: Закон від 24.10.2008 р. № № 218-XVI. URL: http://base.spinform.ru/show_doc.fwx?rgn=25958; Кодекс Республіки Білорусь про адміністративні правопорушення: Закон від 21.04.2003 р. № 193-3. URL: http://base.spinform.ru/show_doc.fwx?rgn=14895#A000000010; Кодекс Російської Федерації про адміністративні правопорушення: Закон від 30.12.2001 р. № № 195-ФЗ. URL: http://base.spinform.ru/show_doc.fwx?rgn=1404#A000000013

²⁴ *Остапенко О.І., Кисіль З.Р., Ковалів М.В., Кисіль Р.В.В.* Адміністративне право: навч. посіб. 2-ге вид. Київ: Алерта; КНТ; ЦУЛ, 2009. 536 с.

²⁵ Кодекс Російської Федерації про адміністративні правопорушення: Закон від 30.12.2001 р. № 195-ФЗ. URL: http://base.spinform.ru/show_doc.fwx?rgn=1404#A000000013; Кодекс Республіки Молдова про правопорушення: Закон від 24.10.2008 р.

№ 218-XVI. URL: http://base.spinform.ru/show_doc.fwx?rgn=25958 ; Кодекс України про адміністративні правопорушення: Закон від 07.12.1984 № 8073-X. *Відомості Верховної Ради Української РСР*. 1984. Дод. до № 51. Ст. 1122; Кодекс Республіки Білорусь про адміністративні правопорушення: Закон від 21.04.2003 р. № 193-3. URL: http://base.spinform.ru/show_doc.fwx?rgn=14895#A000000010

²⁶ Кодекс України про адміністративні правопорушення: Закон від 07.12.1984 № 8073-X. *Відомості Верховної Ради Української РСР*. 1984. Дод. до № 51. Ст. 1122.

Резюме

Муляр Г.В., Ховпун О.С., Шуст Г.П. Правопорушення у сфері використання земельних ресурсів як підстава притягнення до адміністративної відповідальності: порівняння законодавства України та сусідніх держав.

У статті на основі аналізу законодавства України та сусідніх держав розкриваються особливості складових правопорушення у сфері використання земельних ресурсів як фактичної підстави притягнення до адміністративної відповідальності.

Ключові слова: юридична відповідальність, правопорушення, використання земельних ресурсів, об'єкт правопорушення, об'єктивна сторона правопорушення, суб'єкт правопорушення, суб'єктивна сторона правопорушення, адміністративна відповідальність.

Резюме

Муляр Г.В., Ховпун А.С., Шуст А.П. Правонарушение в сфере использования земельных ресурсов как основание привлечения к административной ответственности: сравнение законодательства Украины и соседних стран.

В статье на основе анализа законодательства Украины и соседних стран раскрываются особенности составных правонарушений в сфере использования земельных ресурсов как фактического основания привлечения к административной ответственности

Ключевые слова: юридическая ответственность, правонарушение, использование земельных ресурсов, объект правонарушения, объективная сторона правонарушения, субъект правонарушения, субъективная сторона правонарушения, административная ответственность.

Summary

Muliar G., Khovpun O., Shust G. Offenses in the sphere of land resources utilization as grounds for administrative liability: comparison of legislation of Ukraine and neighboring states.

In the article on the basis of the analysis of the legislation of Ukraine and the neighboring states reveals the features of the constituent offenses in the sphere of land resources use as the actual grounds for bringing to administrative responsibility.

Key words: legal liability, offense, use of land resources, object of the offense, the objective side of the offense, the subject of the offense, the subjective part of the offense, administrative liability.

УДК 341.01

O.M. POLIVANOVA, Y.P. MOHYLNA

Olena Polivanova, PhD (Law), Associate Professor of the International and Comparative Law Department of the Kyiv University of Law of the NAS of Ukraine

ORCID: 0000-0002-5670-8900

Yuliya Mohylna, 6th year student of the Law and International Relations Faculty of the Kyiv University of Law of the NAS of Ukraine

PROCEDURAL SAFEGUARDS ENSHRINED IN ARTICLE 9 OF THE INTERNATIONAL COVENANT ON CIVIL AND POLITICAL RIGHTS APPLICABLE TO THOSE IN PREVENTIVE DETENTION

A situation where a person is held without trial refers to preventive (pre-trial) detention¹ based on the danger to state or public security posed by a particular person². However, identical standards should be used to measure the treatment of detainees either in preventive detention or within the regular criminal justice system³. Even the methods employed to combat terrorism, including the detention of terrorist suspects, should be commensurate with established international legal norms⁴ as “no matter how wrongly, dangerously, or even criminally a person may act, every human being is legally and morally entitled to protection on the basis of internationally recognized human rights and fundamental freedoms”⁵.

In *Union of India v. Paul Nanickan and Anr*, the Supreme Court of India stated: “The object of preventive detention is not to punish a man for having done something but to intercept him, before he does it, and to prevent

him from doing it. No offence is proved, nor any charge formulated; and the justification for such detention is suspicion or reasonable probability and not criminal conviction, which can only be warranted by legal evidence”⁶. Referring to the above mentioned, a deprivation of personal liberty prior to criminal conviction in modern legal systems characteristically occurs as a precautionary measure to ensure that the administration of criminal justice is not frustrated or obstructed by those who may become subject to its processes⁷.

‘Preventive detention’ is often called ‘administrative detention’ for the reason that such detention is ordered by the executive and the power of decision rests solely with the administrative or ministerial authority⁸. Gross’ definition of ‘preventive detention’ is the following: “Administrative detention, sometimes known as preventive detention, refers to a situation where a person is held without trial. The central purpose of such confinement is to prevent the detainee from committing offences in the future. Detention is based on the danger to state or public security posed by a particular person against whom the government issues a detention order. In other words, if the detainee were released, he would likely threaten the security of the state and the ordinary course of life”⁹. Consequently, the detention will fall within the concept of preventive detention if the courts are responsible only for considering the lawfulness of the decision and/or its proper enforcement¹⁰.

The United Nations Commission on Human Rights developed an interest in the practice of administrative detention in its resolution 1985/16 of 11 March 1985. The Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities requested its Special Rapporteur, Mr Louis Joinet, to prepare an explanatory paper concerning administrative detention. According to the synopsis of material received from non-governmental organisation: “Administrative detention was ... common practice in more than 30 countries, where thousands of persons were said to be held in detention without charge or trial, merely by executive decision, either because they were viewed as a potential threat to national security or public order.¹¹ Joinet further commented: “... contrary to what one might suppose, administrative detention is not banned on principle under international rules”¹².

At the same time, being applicable for preventive detention¹³ article 9 (1) of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) provides that no one shall be subjected to arbitrary detention or deprived of his liberty except on such grounds and in accordance with such procedure as are established by law¹⁴. Whether preventive detention is a permissible deprivation of liberty depends on whether it falls within the prohibition on arbitrary detention under Article 9(1) of the ICCPR¹⁵ where ‘arbitrariness’ means either contrary to national law or international standards¹⁶. The latter comes from the practice of Human Rights Committee (HRC), the *travaux préparatoires* of both the Universal Declaration of Human Rights (UDHR) and ICCPR and the United Nations Study Analysis of ‘Arbitrary Arrest and Detention’. Thus, as to the United Nations Committee an arrest or detention is arbitrary if it is (a) on grounds or in accordance with procedures other than those established by law, or (b) under the provisions of a law the purpose of which is incompatible with respect for the right to liberty and security of person¹⁷. In the Study Analysis of ‘Arbitrary Arrest and Detention’ made by the Commission on Human Rights mandated by the United Nations Economic and Social Council the suggestion was made that the word ‘arbitrary’ should be understood to mean arrest and detention either: a) on grounds or in accordance with procedures other than those established by law; or b) under the provisions of a law the basic purpose of which is incompatible with respect for the right to liberty and security of person¹⁸. At the same time, in *Van Alphen v. The Netherlands*, the HRC considered the meaning of ‘arbitrary’ in Article 9(1) of the ICCPR. In this case the applicant was detained from 5 December 1983 to 9 February 1984 (a period of over nine weeks) without criminal charge or trial. The Committee confirmed that ‘arbitrariness’ is not to be equated with ‘against the law’, but must be interpreted more broadly to include elements of inappropriateness, injustice and lack of predictability¹⁹. This means that remand in custody pursuant to lawful arrest must not only be lawful but reasonable in all the circumstances²⁰. A similar result was found in *A v. Australia* where it held: ‘The Committee recalls that the notion of ‘arbitrariness’ must not be equated with ‘against the law’ but interpreted more broadly to include such elements as inappropriateness and injustice’²¹.

This in turn, leads to two propositions: a) the deprivation of liberty must be lawful, in that it must accord with procedures as established by law, the arrest and detention must be specifically authorised and sufficiently circumscribed by law;²² and b) the legislative enactment that permits arrest and detention must not itself be arbitrary; legislation must conform to the principles of justice or with dignity of the human person, and must not be inappropriate or unjust²³. This interpretation of the word ‘arbitrary’ is consistent with the purposes of the UDHR, in particular ‘protecting individuals from despotic legislation and to establish that deprivations of liberty, such as occurred under the Nazi regime, are not consistent with human rights merely because they were prescribed by national law’²⁴. Further, ‘only an international minimum standard which operates independently of the vagaries of national legal systems can effectively protect human rights’²⁵.

There is a breach of the prohibition of the arbitrary detention when a detainee is not accorded procedural safeguards enshrined in art. 9 of the ICCPR²⁶. This article provides:

2. Anyone who is arrested shall be informed, at the time of arrest, of the reasons for his arrest and shall be promptly informed of any charges against him.

3. Anyone arrested or detained on a criminal charge shall be brought promptly before a judge or other officer authorized by law to exercise judicial power and shall be entitled to trial within a reasonable time or to release. It shall not be the general rule that persons awaiting trial shall be detained in custody, but release may be subject to guarantees to appear for trial, at any other stage of the judicial proceedings, and, should occasion arise, for execution of the judgement.

4. Anyone who is deprived of his liberty by arrest or detention shall be entitled to take proceedings before a court, in order that that court may decide without delay on the lawfulness of his detention and order his release if the detention is not lawful.

5. Anyone who has been the victim of unlawful arrest or detention shall have an enforceable right to compensation²⁷.

Article 9(2) of the ICCPR provides that anyone who is arrested has the right to be informed at the time of arrest of the reasons for his/her arrest²⁸ to enable him/her to take immediate steps to secure his/her release if he believes that the reasons given are invalid or unfounded²⁹. This right applies to cases of preventive detention³⁰ and serves the purpose of placing the detained person in a position to make use of their right to review the lawfulness of detention pursuant to Article 9(4)³¹. Actually, two rights exist: (i) Anyone who is arrested has the right to be informed at the time of arrest of the reasons for his arrest ('first element'); and (ii) A person charged with an offence has the right to be promptly notified of a charge or charges against him ('second element')³².

The right to be informed at the time of arrest of the reasons for the arrest provides that the description must go beyond a mere reference to the legal basis for detainment and enable the detainee to discern the substance of the complaint against him³³. In *Diallo* the Court stressed that Guinea was justified in arguing that Mr. Diallo's right to be "informed, at the time of arrest, of the reasons for his arrest" – a right guaranteed in all cases, irrespective of the grounds for the arrest – was breached³⁴. The DRC has failed to produce a single document or any other form of evidence to prove that Mr. Diallo was informed, at the time of his arrest, of its reasons which deprived him of his right, if necessary, to take the appropriate steps to challenge the lawfulness of the arrest³⁵.

Moreover, in *Drescher Caldas v. Uruguay*³⁶, the Human Rights Committee held in relation to the ICCPR: 'The Committee is of the opinion that Article 9(2) of the Covenant requires that anyone who is arrested shall be informed sufficiently of the reasons for his arrest to enable him to take immediate steps to secure his release if he believes that the reasons given are invalid or unfounded'³⁷. Thus, as to the case, simply informing Adolfo Drescher Caldas that he was being arrested under the prompt security measures without any indication of the substance of the complaint against him was a breach of Article 9(2) of the ICCPR³⁸.

Consequently, by failing to inform a person at the time of his/her arrest of its reasons a state deprives him/her of his/her right to review the lawfulness of his/her detention and breaches the prohibition on the arbitrary detention enshrined in Article 9 of the ICCPR.

The state's violation of the right of the person to be promptly notified of a charge or charges against him/her consequences into the arbitrary deprivation of liberty exercised against this person. If a person is arrested and detained without criminal charge, after a certain period of time the detention will offend the prohibition on arbitrary arrest and detention³⁹. As to *Campbell v. Jamaica* the 'prompt' information on a criminal charge enables a detained individual to request a prompt decision on the lawfulness of his or her detention⁴⁰. Moreover, the prohibition on arbitrary detention is equated to the requirement to actually charge the detainee with an offence⁴¹. As to *Constitutional Rights Project and Civil Liberties Organisation v. Nigeria* detention without charges being brought constitutes an arbitrary deprivation of liberty and violation of Article 6 of the African Charter⁴².

Article 9(4) ICCPR provides the right for judicial control⁴³ to mean that anyone who is deprived of his liberty by arrest or detention shall be entitled to take proceedings before a court, in order that court may decide without delay on the lawfulness of his detention and order his release if the detention is not lawful⁴⁴. This right is applicable to *any* person arrested or detained, not just those charged with a criminal offence, and as such includes those in preventive detention⁴⁵. A temporary executive detention is permissible – if authorised by law – but the detainee must be brought promptly before the judiciary⁴⁶.

In *Hammel v. Madagascar*, incommunicado detention for three days, during which the author could not gain access to a court to challenge it, was held to breach Article 9(4)⁴⁷.

As the right under Article 9(4) may be emanated to the only judicial remedy available for those in preventive detention⁴⁸ by depriving the person to participate in the proceedings of his/her case the state automatically deprives this person of his/her right to review the lawfulness of detention contained in Article 9(4) of the ICCPR.

As to art. 9 (4) of the ICCPR, anyone who has been the victim of unlawful arrest or detention shall have an enforceable right to compensation⁴⁹. As to *Cámpora Schweizer v. Uruguay* non-compliance of the detention with the requirements of articles 9 of the ICCPR creates the obligation of the State party to provide the victim with effective remedies, including compensation, for the violations he has suffered⁵⁰. As to *Diallo* as well as *A v. Australia* the compensation will be payable even when detention is 'lawful' under domestic law, but 'arbitrary' under the ICCPR⁵¹.

"Mental and moral damage" which covers harm other than material injury suffered by an injured individual⁵² may take a form of "mental suffering, injury to [a claimant's] feelings, ... loss of social position or injury to ... his reputation"⁵³. As to *Diallo*, non-material injury can be established even without specific evidence as to the fact that significant psychological suffering and loss of reputation of a person is an inevitable consequence caused by the responsible State's wrongful conduct⁵⁴.

In *Diallo* the ICJ outlining the commitment by the breach of DRC of its obligations under articles 9 of the ICCPR of internationally wrongful act giving rise to international responsibility⁵⁵ referred to *Chorzów case*⁵⁶ and recalled that "reparation must, as far as possible, wipe out all the consequences of the illegal act and reestablish the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed"⁵⁷.

The ICJ has fixed an amount of compensation in the *Corfu Channel case*⁵⁸ and, for the violations of human rights, in *Diallo*⁵⁹. Considering compensation for non-material injury caused by violations of the ICCPR "adequate

compensation” without specifying the sum to be paid⁶⁰ or equitable considerations⁶¹ are recommended. In *Diallo* the ICJ stressed that as Guinea is exercising diplomatic protection with respect to one of its nationals, Mr. Diallo, and is seeking compensation for the injury caused to him it is awarded a total sum of US \$95,000 to be paid by the DRC⁶² of which – the amount of US \$85,000 is considered the “appropriate compensation” for significant psychological suffering and loss of reputation of Mr. Diallo⁶³.

Therefore, any state exercising diplomatic protection with respect to one of its nationals, seeking compensation for the injury caused to him/her by the other state acting in respect of him/her contrary to the provisions enshrined in Article 9 of the ICCPR and committing by this internationally wrongful acts which rise to its international responsibility is entitled to a compensation for this person’s significant psychological suffering and loss of reputation.

¹ E. Gross, “Human Rights, Terrorism and the Problem of Administrative Detention in Israel: Does a Democracy Have the Right to Hold Terrorists as Bargaining Chips?” (Arizona Journal of International and Comparative Law, 2001), p. 752.

² C. Macken, “Preventive detention and the right of personal liberty and security under the International Covenant on Civil and Political Rights 1966” (Adelaide Law Review, 2005) [hereinafter “Macken”], p. 2.

³ ECOSOC, “Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners”, (1976) U.N. Doc. E/RES/2076, p. 95.

⁴ UNSC, “Resolution 1456” (2003) U.N. Doc. S/RES/1456; ECOSOC, “Situation of human rights in Timor-Leste”, (2003) U.N. Doc. E/CN.4/2003/37.

⁵ ECOSOC, “Resolution 2003/68 of 17 December 2002”, U.N. Doc.E/CN.4.2003/68.

⁶ *Union of India v. Paul Nanickan and Anr*, Appeal (Crl) 21 of 2002, (13 October 2003).

⁷ United Nations Department of Economic and Social Affairs, Study of the Right of Everyone to be Free from Arbitrary Arrest, Detention and Exile (United Nations, 1964), 62–3.

⁸ United Nations Economic and Social Council, Commission on Human Rights, SubCommission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, ‘Report on the Practice of Administrative Detention, submitted by Mr Louis Joinet’, E/CN.4/Sub.2/1989/27 (6 July 1989) [hereinafter “Report of Administrative Detention”], 7.

⁹ Emanuel Gross, ‘Human Rights, Terrorism and the Problem of Administrative Detention in Israel: Does a Democracy Have the Right to Hold Terrorists as Bargaining Chips?’ (2001) 18(3) Arizona Journal of International and Comparative Law 721, 752.

¹⁰ Report of Administrative Detention, 7.

¹¹ Report of Administrative Detention, 7.

¹² United Nations Economic and Social Council, Commission on Human Rights, SubCommission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, ‘Revised Report on the Practice of Administrative Detention, submitted by Mr Louis Joinet’, E/CN.4/Sub.2/1990/29.

¹³ *Case concerning Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)* (Merits, Judgment), 2010 ICJ Reports [hereinafter “*Diallo*”], p. 33, para. 77; *David Alberto Campora Schweizer v. Uruguay* (Communication No. 66/1980), 1980, UN Doc.Supp.No.40 (A/38/40), [18.1] [hereinafter “*Schweizer v. Uruguay*”].

¹⁴ *International Covenant on Civil and Political Rights* (adopted 16 December 1966, entered into force 23 March 1976) 999 UNTS 171 [hereinafter “ICCPR”], art. 9 (1).

¹⁵ Macken, p. 4.

¹⁶ United Nations Department of Economic and Social Affairs, “*Study of the Right of Everyone to be Free from Arbitrary Arrest, Detention and Exile*”, (1964), p. 6.

¹⁷ Andrew Harding and John Hatchard (eds), *Preventive Detention and Security Law: A Comparative Survey* (1993).

¹⁸ United Nations Department of Economic and Social Affairs, Study of the Right of Everyone to be Free from Arbitrary Arrest, Detention and Exile (United Nations, 1964), 66.

¹⁹ *Van Alphen v. The Netherlands*, Communication No. 305/88, UN Doc. CCPR/C/39/D/305/1988.

²⁰ *A v. Australia*, Communication No. 560/1993, UN Doc. CCPR/C/59/D/560/1993 (30 April 1997).

²¹ *Ibid.*

²² Sarah Joseph, Jenny Schultz and Melissa Castan, *The International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Materials, and Commentary* (2000), 211.

²³ Macken, p. 15.

²⁴ Yoram Dinstein, ‘Right to Life, Physical Integrity, and Liberty’ in Louis Henkin (ed), *The International Bill of Rights: The Covenant on Civil and Political Rights* (1983) [hereinafter ‘Dinstein’], 131.

²⁵ Dinstein, p. 130.

²⁶ Macken, p. 18.

²⁷ ICCPR, art. 9.

²⁸ ICCPR, art. 2, para. 3 (b).

²⁹ *Adolfo Drescher Caldas v. Uruguay* (Communication No.43/1979), 1979 UN Doc.Supp. No 40 (A/38/40) [hereinafter “*Caldas v. Uruguay*”], para. 13.2.

³⁰ UNHRC, “*CCPR General Comment No. 8: Article 9 (Right to Liberty and Security of Persons)*” (1982) HRI/GEN/1/Rev.6 [hereinafter “*HRC, General Comment 8*”].

³¹ M. Nowak, “*UN Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*” (1993), p. 174.

³² Macken, p. 18.

³³ Scott N Carlson and Gregory Gisvold, *Practical Guide to the International Covenant on Civil and Political Rights* (2003), 84.

³⁴ *Diallo*, p. 35, para. 84.

³⁵ *Diallo*, p. 35, para. 84.

³⁶ *Caldas v. Uruguay*.

³⁷ *Caldas v. Uruguay*, para. 13.2.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ Macken, p. 23.

⁴⁰ *Barrington Campbell v. Jamaica* (Communication No. 618/1995), 1998 U.N.Doc. CCPR/C/64/D/618/1995, para. 6.3.

⁴¹ *Daniel Monguya Mbenge v. Zaire* (Communication No. 16/1977), 1990 U.N. Doc. CCPR/C/OP/2.

⁴² *Constitutional Rights Project and Civil Liberties Organisation v. Nigeria* (Communication No.102/93), 1 October 1998, ACHPR, 1998 IHRL 111, p. 55.

⁴³ *De Wilde, Ooms and Versyp ('Vagrancy') v. Belgium* (App nos. 2832/66, 2835/66, 2899/66), ECHR, 18 June 1971, para. 76.

⁴⁴ M.J. Bossuyt, "Guide to the 'TravauxPréparatoires of the International Covenant on Civil and Political Rights'" (1987), p. 212; *Vagrancy v. Belgium*, para. 76.

⁴⁵ HRC, General Comment 8.

⁴⁶ Y. Dinstein, "Right to Life, Physical Integrity, and Liberty" (The International Bill of Rights: the Covenant on Civil and Political Rights / Louis Henkin, editor., 1981), p. 132.

⁴⁷ *Eric Hammel v. Madagascar* (Communication No. 155/1983), 1986, UN Doc. CCPR/C/OP/2, p. 231.

⁴⁸ H. Cook, "Preventive Detention – International Standards and the Protection of the Individual" (Preventive Detention: A Comparative and International Law Perspective / Stanislaw Frankowski and Dinah Shelton, editors, 1992), p. 25.

⁴⁹ ICCPR, art. 9 (5).

⁵⁰ *Schweizer v. Uruguay*, para. 20.

⁵¹ *A v. Australia* (Communication No. 560/1993), 1997 UN Doc. CCPR/C/59/D/560/1993 [hereinafter "A v. Australia"].

⁵² *Case concerning Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)* (Compensation, Judgment), 2012 ICJ Reports, p. 13, para. 18 [hereinafter "Diallo (2012)"].

⁵³ *Lusitania Cases (US v. Germany)* (Opinion of Mixed Claims Commission), 1923, United Nations, Reports of International Arbitral Awards (RIAA), Vol. VII, p. 40.

⁵⁴ *Diallo (2012)*, p. 13, para. 18.

⁵⁵ *Diallo*, p. 56, para. 160.

⁵⁶ *Factory at Chorzów (Germany v. Poland)* (Merits) 1927 PCIJ Reports Series A No 17 [hereinafter "Factory at Chorzów"], p. 47.

⁵⁷ *Factory at Chorzów*, p.p. 29 and 47–48.

⁵⁸ *Corfu Channel Case (Assessment of Amount of Compensation) (UK v Albania)* (Judgment), 1949 ICJ Reports, p. 244.

⁵⁹ *Diallo*.

⁶⁰ *A. v. Australia*, para. 11; *Kenneth Good v. Republic of Botswana* (Communication No. 313/05), ACHPR, 2010, 28th Activity Report, Ann. IV, para. 244.

⁶¹ *Al Jedda v. United Kingdom* (App no. 27021/08), ECHR, 7 July 2011, para. 114; *Cantoral Benavides v. Peru* (Judgment, Reparations and Costs), 3 December 2001, IACHR, Series C, No. 88, para. 53.

⁶² *Diallo (2012)*, p. 23, para. 56.

⁶³ *Diallo (2012)*, p. 15, para. 25.

Резюме

Поливанова О.М., Могильна Ю. П. Процесуальні гарантії, закріплені у статті 9 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права 1966 року, застосовувані до осіб, які перебувають у попередньому ув'язненні.

Стаття містить аналіз процедурних гарантій, закріплених у статті 9 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права (МПГПП) від 1966 р., що застосовується до осіб, які перебувають у попередньому ув'язненні. З метою визначення поняття «попереднє ув'язнення» та змісту заборони довільного ув'язнення, зазначеної у ст. 9 МПГПП, автори посилаються на різні джерела міжнародного права (міжнародні-правові інструменти Організації Об'єднаних Націй, практику Комітету з прав людини, судові рішення Міжнародного Суду ООН та національних судів тощо). Зроблено висновок, що міжнародне право і, зокрема, ст. 9 МПГПП передбачає, що особа має право бути поінформованою під час арешту про його причини, право на своєчасне повідомлення особи висунутого проти неї обвинувачення, право на перевірку законності ув'язнення особи, право на судовий контроль та на компенсацію.

Ключові слова: попереднє ув'язнення, адміністративне ув'язнення, заборона свавільного ув'язнення, МПГПП, Комітет з прав людини.

Резюме

Поливанова Е.Н., Могильная Ю. П. Процесуальные гарантии, закрепленные в статье 9 Международного пакта о гражданских и политических правах 1966 года, применяемые к лицам, которые находятся в предварительном заключении.

Статья содержит анализ процедурных гарантий, закрепленных в статье 9 Международного пакта о гражданских и политических правах (МПГПП) 1966 г., применяемых к лицам, которые находятся в предварительном заключении. С целью определения понятия «предварительное заключение» и содержания запрета произвольного заключения, включенного в ст. 9 МПГПП, авторы ссылаются на различные источники международного права (международно-правовые инструменты Организации Объединенных Наций, практику Комитета по правам человека, судебные решения Международного Суда ООН и национальных судов и т.п.). Сделан вывод, что международное право и, в частности, ст. 9 МПГПП предусматривает, что лицо имеет право на получение информации во время ареста о его причинах, право на своевременное сообщение лицу содержания его обвинения, право на проверку законности заключения лица, право на судебный контроль и на компенсацию.

Ключевые слова: предварительное заключение, административное заключение, запрет произвольного заключения, МПГПП, Комитет по правам человека.

Summary

Polivanova O., Mohylina Y. Procedural safeguards enshrined in article 9 of the International Covenant on Civil and Political Rights of 1966 applicable to those in preventive detention.

The article provides the analysis of the procedural safeguards enshrined in article 9 of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) of 1966 applicable to those in preventive detention. For reasons either to define the notion of 'preventive

detention' or the content of the prohibition of the arbitrary detention stated in art. 9 of the ICCPR, authors refer to different sources of international law (United Nations international legal instruments, practice of the Human Rights Committee, judicial decisions of the International Court of Justice and national courts of states, etc.). Conclusion is made that international law and, in particular, art. 9 of the ICCPR imply the person's rights to be informed at the time of arrest of the reasons for his/her arrest, to be promptly notified of a charge or charges against him/her, to review the lawfulness of his/her detention, the right for judicial control and an enforceable right to compensation.

Key words: preventive detention, administrative detention, prohibition of arbitrary detention, ICCPR, Human Rights Committee.

УДК 343.412; 341.41

В.В. ПОПКО

Вадим Вікторович Попко, кандидат юридичних наук, доцент, доцент Інституту міжнародних відносин Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ORCID: 0000-0001-8358-7721

КВАЛІФІКУЮЧІ ОЗНАКИ СКЛАДУ ТРАНСНАЦІОНАЛЬНОГО ЗЛОЧИНУ У ТРАНСНАЦІОНАЛЬНОМУ КРИМІНАЛЬНОМУ ПРАВІ

Із зростанням глобалізації значно розширилося коло транснаціональних злочинів, зокрема збільшилися масштабні поставки вогнепальної зброї, у тому числі контрабандним шляхом із використанням транснаціональних злочинних угруповань, зростає торгівля наркотиками і нелегальне перевезення людей через державні кордони, поширилися мережі міжнародної проституції і порнографії, фальшування грошей, крадіжка творів мистецтва тощо. Поширення транснаціональної злочинності спонукало міжнародну спільноту до прийняття міжнародно-правових актів у цій сфері, зокрема Конвенції Організації Об'єднаних Націй проти транснаціональної організованої злочинності, ухваленої Генеральною Асамблеєю 15 листопада 2000 р.¹, та необхідності співробітництва держав у сфері протидії організованій злочинності.

Ключовою категорією транснаціонального кримінального права – галузі, інтерес до якої останнім часом суттєво зростає, є поняття «*транснаціональний злочин*». Осмислення цієї категорії, її концептуального визначення, кваліфікуючих ознак, що дають можливість виокремити поняття транснаціонального злочину серед інших злочинів міжнародного кримінального права, а також складу злочину, відповідальності за його скоєння та інші питання потребують дослідження. Масштабний характер сучасної злочинності змушує визнати, що без якісних знань про основні елементи здійснюваних транснаціональних злочинів, їх ознак, властивостей та форм прояву в реальній дійсності неможливо суттєво знизити їх суспільну небезпеку та зменшити кількість. Визначення складу транснаціонального злочину зумовлює його кваліфікацію, відповідальність та міру покарання. Проблемним питанням тут є співвідношення норм міжнародного кримінального права та внутрішньодержавного законодавства як при кваліфікації транснаціонального злочину, так і при визначенні міри покарання.

Метою статті є вивчення кваліфікуючих ознак складу транснаціонального кримінального злочину для досягнення більш повної характеристики цієї категорії міжнародного кримінального права.

Транснаціональне кримінальне право та його основні категорії останнім часом все частіше трапляються як у вітчизняних, так і у зарубіжних дослідженнях. При формуванні його концепції основоположне значення мають класичні праці як зарубіжних, так і вітчизняних вчених, зокрема роботи Р. Аго, Д. Анцілотті, М. Баймуратова, М. Бассіоуні, І. Блищенко, А. Боссарда, М. Буроменського, В. Буткевича, В. Василенка, Г. Верле, М. Гнатовського, Л. Заблоцької, А. Кассезе, О. Кибальника, Д. Левіна, І. Лукашука, А. Наумова, В. Панова, В. Пелла, А. Фердросс, У. Шабаса та ін. Концепція транснаціонального кримінального права утвердилась у зарубіжній юридичній доктрині (М. Бассіоуні, Н. Бойстер, А. Боссард, Г. Верле, А. Кассезе, Дж. Мартін, А. Романо, К. Родіонов, Ю. Трунцевський, Дж. Шварценбергер). Вітчизняні вчені також беруть активну участь у її формуванні (В. Антипенко, П. Біленчук, Н. Зелінська, Н. Дрьоміна, О. Козаченко, Н. Кльован, Т. Сироїд). Визначенням складу міжнародного злочину свого часу займалися такі дослідники, як Р. Адельханян, А. Зелінський, М. Коржанський, В. Кудрявцев та інші вчені. Проте ключова категорія транснаціонального кримінального права – транснаціональний злочин – досліджена недостатньо. Зокрема, вимагають уваги його концепція, властивості, видова характеристика, склад злочину та його елементи, кваліфікація злочинів транснаціонального характеру, співвідношення міжнародно-правового регулювання та внутрішньодержавної юрисдикції. Щодо складу транснаціонального злочину, зазначимо, що певні дослідження вченими проводились (В. Антипенко, М. Бассіоуні, Н. Бойстер, І. Лукашук, Б. Накашидзе, В. Репецький), проте зазвичай увага приділялась суб'єктам злочинів та виміру кримінальної відповідальності.

Транснаціональний злочин характеризується як діяння, здійснене навмисно і свідомо, що посягає на важливі для світової спільноти суспільні відносини чи завдає шкоду цим відносинам. Злочинність такого діяння встановлена джерелами міжнародного кримінального права, а караність – нормами міжнародного і національного кримінального законодавства. Згідно з Конвенцією ООН проти транснаціональної організованої злочинності (2000) транснаціональний злочин – це «серйозний злочин» (карається позбавленням волі на максимальний строк не менше чотирьох років чи більш суворою мірою покарання), має транснаціональний характер, здійснюється при участі організованої злочинної групи й діє з тим, щоб отримати, прямо чи ні, фінансову або іншу матеріальну вигоду.

Транснаціональний кримінальний злочин, як і будь-який інший злочин, являє собою складне соціальне і правове явище, елементами якого виступають: особлива суспільна небезпека посягання, що означає настання чи можливість настання тяжких наслідків, яка повинна бути передбачена міжнародним й національним правом; протиправність; наявність вини; шкода, завдана протиправним, винним діянням; причинно-наслідковий зв'язок між протиправністю і збитками. Кожний транснаціональний злочин є небезпечним для суспільства і протиправним, що означає порушення міжнародно-правових норм та національного законодавства, які окреслюють коло заборонених діянь. Шкідливий характер транснаціональний злочин має завжди, незалежно від наслідків, адже він виражаються вже в самих злочинних діях (тероризм, захоплення заручників, піратство, торгівля людьми, кіберзлочин, корупція, незаконний обіг наркотиків, фальшування грошей, угон транспортного засобу, викрадення предметів художньої творчості тощо). Лише діяння, що відповідає складу транснаціонального злочину, є злочинним.

Значення складу транснаціонального злочину полягає в тому, що тільки встановлення всіх його ознак у діянні конкретного суб'єкта дає підстави констатувати здійснення ним такого злочину і тим самим визначати характер і обсяг відповідальності. Межа між злочином і незлочинним діянням може бути встановлена внутрішньодержавним законодавством та міжнародно-правовою нормою, вимоги якої про конкретний транснаціональний злочин повинні бути обов'язковими для всіх держав світової спільноти. Юридичні ознаки, що характеризують те чи інше діяння як злочинне, містяться в нормах міжнародного кримінального права. Причому дані ознаки можуть мати як об'єктивний (опис діяння, наслідків, способів і обстановки його здійснення тощо), так і суб'єктивний (мета, вина і мотиви поведінки винної особи) характер.

Як визначає М. Панов, склад злочину є юридичною підставою кваліфікації злочинів, під яким «розуміють юридичну (нормативно-правову) конструкцію, що являє собою систему об'єктивних і суб'єктивних ознак», котрі повинні бути «вичерпними, необхідними і достатніми для встановлення підстави кримінальної відповідальності та кваліфікації діяння як злочинного»². Аналогічне судження можна застосувати й до складу транснаціонального злочину, який визначається як сукупність встановлених міжнародними правовими нормами об'єктивних і суб'єктивних ознак, що характеризують діяння як злочинне. За конструкцією складу транснаціонального злочину може бути формальним (захоплення повітряного судна), матеріальним (фальшування грошей, вбивство заручників), формально-матеріальним (здійснення акту тероризму із захоплення заручників). У більшості злочинів з формально-матеріальним складом відповідальність встановлюється альтернативною: або за дію, або за наслідок, що настав.

У сучасному міжнародному кримінальному праві вживаними є терміни «структура злочинів по міжнародному праву» та «елементи злочинів»³, що є аналогічними поняттю «склад злочину». Поняття «елементи злочину» сформувалось у специфічних умовах розвитку кримінального права Англії й давно використовується в європейських та багатьох неєвропейських країнах. Цей термін передбачає три основних елементи: 1) матеріальний елемент, 2) ментальний елемент, 3) обставини, що виключають кримінальну відповідальність. У першу чергу, як зазначає Г. Верле, важливо розглянути, чи мали місце в поведінці підозрюваного матеріальні елементи злочину, до яких входять: діяння, наслідки і будь-які інші супутні обставини, що містяться у визначенні злочину. Ментальний елемент вимагає, щоб матеріальні елементи діяння були здійснені суб'єктом «навмисно і свідомо». Далі слід визначити, чи існують відносно суб'єкта злочину обставини, що виключають індивідуальну кримінальну відповідальність⁴.

Насамперед транснаціональний злочин є юридичним фактом, що породжує кримінальне правовідношення в міжнародному та національному праві. Причому такий юридичний факт слід розцінювати як подію, що здійснюється усвідомлено, а особа, яка здійснила злочин, діє вольовим чином. Цей факт має часові та просторові характеристики. Усвідомленість означає, що особа, яка здійснює таке діяння, розуміє фактичний характер своєї поведінки. Це важливий постулат міжнародного кримінального права, на якому базується презумпція осудності особи.

Склад злочину у транснаціональному кримінальному праві збігається із загальноприйнятою в теорії кримінального права схемою складу, яку можна визначити як сукупність встановлених джерелами міжнародного кримінального права об'єктивних і суб'єктивних ознак, що взаємопов'язані між собою й характеризують діяння як злочинне. Відсутність у діянні суб'єкта хоча б однієї з ознак означає відсутність складу злочину в цілому.

Особливістю складу транснаціонального злочину є те, що диспозиція конкретного транснаціонального злочину повинна міститися як у національному карному праві, так і в міжнародно-правових нормах. Значимо, що в силу різноманітності джерельної бази міжнародного кримінального права й відсутності кодифікації складу транснаціональних злочинів можуть міститися у різних міжнародних актах, причому одночасно в кількох чинних актах. Наприклад, піратство є конвенційним транснаціональним злочином, щодо якого

діють численні договірні міжнародно-правові норми, зокрема Міжнародна конвенція про боротьбу із захопленням заручників, ухвалена 17 грудня 1979 р., Конвенція ООН з морського права, ухвалена 10 грудня 1982 р., Конвенція про боротьбу з незаконними актами, спрямованими проти безпеки морського судноплавства, ухвалена в Римі 10 березня 1988 р., та міжнародно-правовий звичай. Ще один приклад: злочин торгівлі людьми як протизаконна діяльність з метою комерційної сексуальної експлуатації або примусової праці, є сучасною формою рабства й регулюється Конвенцією про боротьбу з торгівлею людьми і експлуатацією проституції третіми особами від 21 березня 1950 р., Конвенцією Ради Європи про заходи щодо протидії торгівлі людьми від 16 травня 2005 р., Конвенцією ООН проти транснаціональної організованої злочинності та Протоколом про попередження, припинення і покарання торгівлі людьми, особливо жінками і дітьми до неї від 15 листопада 2000 р., який визнається основним міжнародно-правовим актом у цій сфері. Абсолютна заборона рабства та работоргівлі міститься в Загальній декларації прав людини 10 грудня 1948 р. (ст. 4) та Міжнародному пакті про громадянські та політичні права від 16 грудня 1966 р. (ст. 8).

Розпорошеність норм міжнародного кримінального права підтверджують й інші міжнародні акти. Зокрема, обставини, що виключають кримінальну відповідальність, містяться в Римському статуті Міжнародного кримінального суду (ст. 31 п. 1)⁵ та інших джерелах міжнародного кримінального права. Так, до цієї групи можна віднести: психічне захворювання чи розлад, інтоксикацію, яка позбавляє особу усвідомлювати протиправність чи характер своєї поведінки, захист особою себе чи іншої особи, а також крайню необхідність. Слід зазначити, що визнання обставин, що виключають кримінальну відповідальність, у доктрині міжнародного кримінального права відбулось завдяки зусиллям вчених континентальної правової системи⁶. Обставини, що обтяжують кримінальну відповідальність у транснаціональному кримінальному праві, розміщені в Конвенції Організації Об'єднаних Націй про боротьбу проти незаконного обігу наркотичних засобів і психотропних речовин від 20 грудня 1988 року⁷. Зокрема, у ст. 3 п. 5 зазначено: «Сторони забезпечують, щоб їхні суди та інші компетентні органи, які мають юрисдикцію, могли брати до уваги як обставини, що обтяжують правопорушення, визнані такими згідно з пунктом (1) цієї статті, такі фактичні обставини, як: а) участь у правопорушенні організованої злочинної групи, до складу якої входить правопорушник; б) участь правопорушника в інших видах міжнародної організованої злочинної діяльності; с) участь правопорушника в інших незаконних видах діяльності, яким сприяло вчинення даного правопорушення; д) застосування правопорушником насильства або зброї; е) той факт, що правопорушник є посадовою особою і дане правопорушення пов'язане з його посадою; ф) втягнення або використання неповнолітніх; г) той факт, що правопорушення, вчинене у виправній установі або в навчальному закладі, або громадській установі, або в безпосередній близькості від них, або в інших місцях, що використовуються школярами і студентами для проведення навчальних, спортивних і громадських заходів; h) попереднє засудження, особливо за аналогічні правопорушення, за кордоном або в своїй країні, наскільки це допустимо згідно з національним законодавством відповідної Сторони».

Визначення в Конвенції ООН проти транснаціональної організованої злочинності (2000) та інших документах загальних ознак злочинних діянь є особливим способом конструювання складу транснаціонального злочину.

Проблема визначення безпосереднього *об'єкта транснаціональних злочинів* має важливий характер, оскільки сама категорія транснаціонального злочину є видовою щодо родової категорії міжнародних злочинів. Ю. Решетов зазначав, що існує проблема конкретизації безпосередніх об'єктів міжнародних злочинів. По-перше, в основі такої конкретизації повинно лежати послідовне застосування принципу суспільної небезпеки, і, по-друге, така конкретизація має нормативну мету уточнення режиму відповідальності за їх здійснення⁸. Концепцію «об'єкт злочину – суспільні відносини» слід розглядати як загальне поняття, що має визначальний родовий характер, адже світовий правопорядок є загальним об'єктом всіх злочинів за міжнародним кримінальним правом, у той час як визначення об'єкта транснаціонального злочину вимагає конкретизації.

У наш час у теорії кримінального права обґрунтовується думка, що об'єктом кримінально-правової охорони можуть бути не тільки суспільні відносини у традиційному розумінні. Так, А. Наумов доводить, що в низці випадків теорія об'єкта злочину винятково як суспільного відношення не спрацьовує⁹.

Таким чином, у кримінально-правовій теорії намітився своєрідний поворот до розуміння об'єкта правової охорони не тільки як суспільного відношення, а й як реального блага, інтересу, взятих під охорону міжнародного кримінального права. Їх можна розцінити як родові об'єкти злочинів за транснаціональним кримінальним правом.

Розглядаючи безпосередній об'єкт міжнародного злочину, слід сказати про його надзвичайну багатоманітність. Вченими здавна зазначалось, що скільки існує інтересів, які захищаються міжнародним правом, стільки ж може бути й міжнародних правопорушень (Е. Коровін¹⁰). Особливостями злочинів за транснаціональним кримінальним правом є їх багатооб'єктність, проте в більшості випадків можна виокремити безпосередній об'єкт злочину – це, зазвичай, економічні відносини, життя і здоров'я людини, природне середовище, будь-які матеріальні блага, зокрема майно, гроші, цінні папери тощо.

Видається можливим використання традиційної градації об'єктів на *загальні* (світовий правопорядок, безпека), *родові* (життєво важливі інтереси міжнародної спільноти), *видові* (суспільні інтереси з охорони здоров'я, моралі), *безпосередні* (безпека повітряного судна чи осіб та майна, що перебувають на його борту), хоча їх конкретне виділення дещо ускладнено з огляду неоднозначності класифікації злочинів у міжнарод-

ному кримінальному праві, що вимагає окремого розгляду, а також можливої трансформації окремих злочинних діянь з однієї групи в іншу (наприклад, тероризм та піратство в міжнародному праві визначаються як міжнародні злочини, як злочини міжнародного характеру, а також як транснаціональні злочини). Ускладнюється класифікація об'єктів злочину й з огляду на відсутність чинних кодифікованих джерел міжнародного кримінального права.

Слід зазначити, що в диспозиціях міжнародних кримінально-правових норм, як правило, відсутні вказівки на ознаки об'єкта; вони повинні встановлюватися шляхом тлумачення міжнародної правової норми, визначення місця кримінально-правової норми в загальній системі міжнародно-правових норм, зіставлення її з іншими міжнародно-правовими нормами тощо.

Об'єктивна сторона транснаціонального злочину є різноплановою. У теорії національного кримінального права загальноприйнятим є те, що об'єктивна сторона будь-якого злочину являє собою процес здійснення суспільно небезпечного і протиправного посягання на блага та інтереси, що охороняються законом. Зазначений процес розглядається з його зовнішньої сторони, з точки зору послідовного розвитку злочину в часі й просторі, який, як правило, починається із злочинної дії чи бездіяльності та завершується настанням шкідливих наслідків. У теорії кримінального права виділяють три основних ознаки, з яких складається об'єктивна сторона: суспільно небезпечна дія чи бездіяльність суб'єкта, шкідливі наслідки, причинний зв'язок між ними. Також важливими є спосіб, місце, час і обставини здійснення злочину. Усі ці ознаки об'єктивної сторони властиві будь-якому міжнародному злочину і володіють специфічними особливостями. З цього приводу І. Бліщенко писав: «Щодо злочинного діяння в міжнародному злочині, то його специфіка пов'язана насамперед із масштабами міжнародних злочинів»¹¹.

У переважній більшості міжнародних актів вказується на злочинність не просто діяння, а дії, тобто активної, усвідомленої і вольової поведінки людини (угон літака, контрабанда наркотиків, фальшування грошей, торгівля людьми тощо). Однак у низці випадків цілком можливим є здійснення транснаціонального злочину й шляхом *бездіяльності* (не надання допомоги на морі), на що вказують вчені (Н. Бойстер, А. Езер, Н. Зелінська, А. Кассезе). Слід зазначити, що в багатьох транснаціональних злочинах бездіяльність, як правило, має місце в сукупності з іншими паралельно здійснюваними злочинами, суб'єктом таких злочинів є посадові особи. Здійснення транснаціонального злочину шляхом бездіяльності каране у випадках, передбачених нормами внутрішньодержавного законодавства та нормами міжнародного кримінального права. Так, наприклад, у ст. 28 ч. 2 Римського статуту МКС встановлена кримінальна відповідальність командира (начальника) за діяння, здійснені підлеглими, що перебувають під його контролем, якщо такі злочинні діяння стали результатом «нездійснення ним контролю належним чином»¹².

Злочинні дії (бездіяльність) і злочинні наслідки між собою поєднані причинним зв'язком. Йдеться про встановлення того, що суспільно небезпечні наслідки, які настали, породжені даними діями (бездіяльністю) особи, а не діями третіх осіб, або якимось діянням продукувало передбачені міжнародно-правовою нормою небезпечні діяння. Із теорії національного кримінального права видно, що методологічно причинний зв'язок – це один із видів детермінації. Детермінація являє собою взаємозв'язок явищ, при якій одне явище визначає (детермінує) появу іншого. У транснаціональному кримінальному праві складність причинного зв'язку виражається в наявності в ній численних ланок, особливо коли йдеться про злочинну діяльність організованої групи. У кожному конкретному випадку здійснення транснаціонального злочину встановлення причинно-наслідкового зв'язку між діянням і наслідками є необхідним.

Якщо деякі транснаціональні злочини за способами їх здійснення можуть мало відрізнятися від загальнокримінальних злочинів, що здійснюються у рамках національного права (наприклад, угон літака чи продаж наркотиків), то їх об'єктивна сторона характеризується глобальністю масштабів та являє собою не одну дію і навіть не серію дій однієї особи (триваючий злочин), а складну й розгалужену діяльність багатьох осіб і організацій, що здійснюється іноді протягом кількох років і навіть десятиліть. На цю обставину щодо міжнародних злочинів звертав увагу А.Н. Трайнін, кажучи про те, що злочин проти людства складається не з епізодичної дії (удар ножем, підпал тощо), а із системи дій, з певного роду «діяльності» (підготовка агресії, політика терору, переслідування мирних громадян тощо)¹³.

У багатьох складах транснаціональних злочинів безпосереднього юридичного значення набувають ті ознаки об'єктивної сторони, які традиційно розцінюються як факультативні (час, місце, обстановка, знаряддя, засоби і спосіб здійснення злочину). При кваліфікації злочину як транснаціонального важливим є спосіб здійснення міжнародного злочину. Під способом розуміються метод, порядок, послідовність прийомів, що застосовуються особою при здійсненні транснаціонального злочину. Проте доволі часто неможливо виокремити один із способів його здійснення. Для того, щоб виокремити конкретних учасників транснаціонального злочину, залежно від ролі в механізмі єдиної злочинної діяльності, слід використати різні методи і прийоми попереднього слідства.

За способом здійснення злочину кримінальна діяльність найчастіше являється повноструктурною. Неповні способи включають підготовку і здійснення злочину, а повноструктурні, крім зазначених, включають в себе елемент приховування, фальсифікацію, маскування тощо. Дистанційний спосіб здійснення злочину є характерним в умовах використання комп'ютерної техніки (кіберзлочини).

Так, прикладом визначення об'єктивної сторони злочину «відмивання доходів, здобутих злочинним шляхом» є ст. 23 Конвенції Організації Об'єднаних Націй проти корупції від 31 жовтня 2003 р.¹⁴, у якій зазначено: «а) і) конверсія або переведення майна, якщо відомо, що таке майно є доходами від злочинів, з

метою приховування або маскуванню незаконного походження цього майна або з метою надання допомоги будь-якій особі, що бере участь у вчиненні основного злочину, щоб вона могла ухилитися від відповідальності за свої діяння; ii) приховання або маскуванню справжнього характеру, джерела, місцезнаходження, способу розпорядження, переміщення, прав на майно або його приналежність, якщо відомо, що таке майно є доходами, одержаними злочинним шляхом; b) за умови дотримання основних принципів своєї правової системи: i) придбання, володіння або використання майна, якщо в момент його отримання відомо, що таке майно одержане злочинним шляхом; ii) участь, причетність або вступ у зговір з метою вчинення будь-якого зі злочинів, визначених цією статтею, замах на його вчинення, а також підсобництво, підбурювання, сприяння або надання порад під час його вчинення».

Складність кваліфікації об'єктивної сторони транснаціонального злочину полягає в самих особливостях злочину: він може бути здійснений на територіях кількох держав і в різний час. Місце здійснення злочину може не збігатися з місцем настання злочинного результату. Злочин може плануватися на території однієї держави, а безпосередньо злочинні дії відбуватися на території іншої (інших) держави. Транснаціональний злочин може тривати доволі довго, його склад може вчинятися безперервно (наприклад, захоплення й утримання заручників). Іноді злочин може складатися з кількох епізодів, які об'єднані єдиним злочинним умислом і схожим способом здійснення (торгівля людьми, проституція).

Визначення *суб'єктів транснаціонального злочину* є питанням дискусійним і тісно пов'язане з кримінальною відповідальністю. Як на практиці, так і в теорії виникає питання про кримінальну відповідальність не тільки фізичних, а й юридичних осіб і навіть держав.

У сучасному міжнародному праві та доктрині утверджено *принцип індивідуальної відповідальності* за скоєння кримінального злочину, який зафіксований у міжнародних актах, зокрема в конвенціях та статутах міжнародних організацій та органів юстиції. Утворення ООН і прийняття її Статуту, а також уроки Другої світової війни, вирішальним чином сприяли встановленню режиму відповідальності за скоєння міжнародного злочину. З цього приводу воєнний трибунал у Нюрнберзі постановив: «Злочини проти міжнародного права вчиняються людьми, а не абстрактними категоріями, і тільки шляхом покарання окремих осіб, що здійснюють такі злочини, можуть бути дотримані установлення міжнародного права»¹⁵. У Статуті Міжнародного трибуналу по колишній Югославії закріплена персональна кримінальна відповідальність (ст. 7). Римський статут МКС встановлює, що юрисдикція Суду поширюється тільки на фізичних осіб (ст. 25).

Фізичні особи визнаються суб'єктами міжнародного кримінального права, якщо вони відповідають основним ознакам суб'єкта, тобто «набули властивостей суб'єкта через те, що їхня поведінка підлягає дії норм міжнародного права і визначена такими нормами»¹⁶, тобто норми міжнародного кримінального права утворюють обов'язкову правову основу їхньої діяльності як суб'єктів. Здатність і обов'язок нести міжнародну кримінальну відповідальність за здійснення транснаціонального злочину фізичною особою також підтверджується низкою міжнародних угод і конвенцій у разі, якщо особа визнана осудною, здатна усвідомлювати свої дії та керувати ними.

Слід звернути увагу ще на одну особливість. Якщо суб'єктами міжнародних злочинів є фізичні особи, щодо яких виникає міжнародна відповідальність і які вилучаються із юрисдикційного суверенітету держави-правопорушника, то транснаціональні злочини вчиняються особами, на які поширюється юрисдикція держави, що здійснює кримінальне переслідування. Кримінальна діяльність суб'єктів транснаціональних злочинів з точки зору громадянства вказує на те, що такі злочини вчиняються на території держави в основному її громадянами, порушуючи законодавство держави громадянства та інших країн.

Здійснення транснаціональних злочинів характеризується, як правило, множинністю їх суб'єктів, що формують системи налагоджених зв'язків, нерідко пов'язаних із державними чи правоохоронними структурами, у будь-якому випадку організованих (міжнародні злочинні організації, транснаціональні організовані групи, транснаціональні злочинні корпорації тощо). Проте колективна сутність транснаціонального організованого злочину не суперечить принципу індивідуальної відповідальності¹⁷. Тут важливо визначити індивідуальний внесок кожного суб'єкта у здійснений злочин. Слід мати на увазі, що у міру фізичного віддалення суб'єкта від злочину міра кримінальної відповідальності не знижується, а іноді й підвищується. Класичним прикладом у міжнародному кримінальному праві є Адольф Ейхман, «вбивця у кріслі», який відправив на смерть тисячі осіб, проте самотійно не підняв руки навіть на одного постраждалого.

На відміну від національних кримінальних законів практично в усіх джерелах міжнародного кримінального права відсутні будь-які вказівки на ознаки, що характеризують суб'єкт злочину. У міжнародних актах зазвичай йдеться про «особу», «будь-яку особу», «усіляку особу». Національне законодавство завжди встановлює вікову межу, з якої можливе визнання людини суб'єктом злочину, і, відповідно, покладення на неї обов'язку нести відповідальність за здійснений злочин. Інакше справа полягає у джерелах міжнародного кримінального права, і в них вказівка на мінімальний юридично значимий вік особи, як правило, відсутня. Виняток становить випадок, коли безпосередньо у ст. 26 Римського статуту МКС¹⁸, зазначено, що суд не володіє юрисдикцією щодо будь-якої особи, яка не досягла 18-річного віку на можливий момент здійснення злочину. Проте це стосується тільки юрисдикції суду і не заважає здійснювати національну юрисдикцію над більш молодими людьми, які здійснили злочинні діяння за міжнародним кримінальним правом.

У силу специфіки правовідношення і його реалізації в транснаціональному кримінальному праві встановлення віку кримінальної відповідальності залежить від національного законодавства держави, що здійснює юрисдикцію стосовно такої особи. Слід особливо підкреслити, що в ситуаціях, коли можливе здійснен-

ня юрисдикції щодо особи кількома національними правозастосовувачами, сумніви у допустимості можливості визнання особи суб'єктом транснаціонального злочину повинні тлумачитися на користь такої особи.

У транснаціональному кримінальному праві визнається спеціальний суб'єкт злочину – особа, яка володіє додатковими юридично значущими ознаками. Причому вказівка на ці ознаки повинна міститися в самій нормі транснаціонального кримінального права (наприклад, посадова особа, поліцейський, фінансовий інспектор, командир корабля, капітан судна тощо).

Характеризуючи склад транснаціонального злочину, слід звернути увагу на таке поняття, як *співучасть*, яка в міжнародному кримінальному праві впливає із статутів міжнародних воєнних трибуналів, зокрема у Статуті Нюрнберзького трибуналу (ст. 6) розрізняють «керівників, організаторів, підбурювачів і пособників»¹⁹. У Статуті Міжнародного кримінального суду (ст. 25 ч. 3) закріплено, що особа підлягає кримінальній відповідальності й покаранню за злочин, що підпадає під юрисдикцію Суду, якщо ця особа здійснює такий злочин індивідуально, спільно з іншою особою чи через іншу особу, незалежно від того, чи підлягає ця друга особа кримінальній відповідальності. У доктрині міжнародного кримінального права сформувалась співучасть особливого роду (*sui generis*), тобто співучасть у формі участі в злочинному об'єднанні (організації, банді, змові)²⁰.

У транснаціональному кримінальному праві співучасть набуває особливої актуальності з огляду на множинність суб'єктів злочину, організацію злочинних об'єднань та транснаціональний характер самого злочину, що утруднює в деяких випадках визначення юридичного змісту кожного із співучасників. Групи і організації є найбільш придатним засобом для здійснення злочинів масового характеру, якими часто бувають транснаціональні злочини, і тому нерідко важко встановити, яку конкретну роль відіграла та чи інша особа.

У внутрішньому державному праві залежно від законодавства співучасть може мати більш чи менш широкий зміст. Зазвичай співучасниками, поряд із виконавцями, визнаються організатори, підбурювачі й пособники. Проте, наприклад, у Кримінальному кодексі Франції перераховуються різні випадки співучасті, яка може здійснюватися або шляхом підбурювання, або наданням засобів або пособництвом. Кримінальне право Франції не включає у співучасть акти, здійснені після основного злочину. Наприклад, приховування як діяння відрізняється від співучасті. У багатьох інших законодавствах поняття співучасті обмежується тільки тими актами, які передували головному правопорушенню чи супроводжували його. У таких законодавствах останній акт не розглядається як співучасть. Він кваліфікується як окреме правопорушення.

Здійснення транснаціонального злочину особою можливе: індивідуально, спільно з іншою особою чи через іншу особу. Як зазначає Г. Верле, «у рамках диференційованої моделі здійснення злочину в якості виконавця передбачає найбільш високу ступінь кримінальної відповідальності»²¹.

Можемо виокремити наступні форми співучасті у транснаціональному кримінальному праві: а) здійснення злочину в якості виконавця, б) організація злочину, віддання наказу, підбурювання чи спонукання до здійснення злочину, в) пособництво і г) сприяння будь-яким способом здійсненню злочину групою осіб. Відповідно до міжнародного звичаєвого права, для криміналізації усіх додаткових форм співучасті необхідно, щоб злочин був фактично здійсненим чи як мінімум відбувся замах на його здійснення.

У транснаціональному кримінальному праві останнім часом набуло актуальності питання щодо *кримінальної відповідальності юридичних осіб*. Так, у Конвенції ООН проти транснаціональної організованої злочинності (2000) закріплена відповідальність юридичних осіб. У ст. 10 Конвенції зазначено, що «кожна держава-учасниця вживає таких заходів, які з урахуванням її правових принципів можуть знадобитися для встановлення відповідальності юридичних осіб за участь у серйозних злочинах, до яких причетна організована злочинна група, і за злочини, визнані такими відповідно до статей 5, 6, 8 і 23 цієї Конвенції»²².

Так, у ст. 26 Конвенції ООН проти корупції від 31 жовтня 2003 р. закріплені наступні положення: «Кожна держава-учасниця вживає таких заходів, які, з урахуванням її принципів права, можуть бути необхідними для встановлення відповідальності юридичних осіб за участь у злочинах, що визначені цією Конвенцією...» (ч. 1); «відповідальність юридичних осіб може бути кримінальною» (ч. 2)²³.

Постановка питання про відповідальність юридичних осіб вимагає визнання юридичної особи суб'єктом транснаціонального злочину. Проте існують і заперечення з цього приводу. Зокрема, М. Вербенський²⁴ зазначає, що «сумнівним є однозначне виділення як суб'єктів транснаціональної організованої злочинності певних організацій, тобто юридичних осіб». Аргументує це положення М. Вербенський тим, що в цьому випадку «автоматично до учасників транснаціональної організованої злочинної діяльності належать усі легально діючі організації, фірми, фонди й підприємства, які можуть не мати ніякого відношення не тільки до організованої злочинної, але й просто до транснаціональної ділової активності. Більше того, існує й ціла низка ознак, що відмежовують транснаціональні корпорації від транснаціональних злочинних організацій». Використання яких-небудь легальних комерційних структур злочинними організаціями та співтовариствами у власних інтересах М. Вербенський вважає «методом здійснення злочинної діяльності, а не видом суб'єктів ТОЗ», не заперечуючи факту створення та/або використання легальних підприємств для прикриття організованої злочинної діяльності.

Видається, що проблема відповідальності юридичних осіб вимагає спеціального дослідження, проте зазначимо, що спираючись на міжнародні акти та національне законодавство окремих держав, питання про кримінальну відповідальність юридичних осіб є цілком правомірним. Однак виходячи із особливостей такого суб'єкта правовідносин, як юридична особа (організаційна структура, наявність колективного майна

тощо), є очевидним, що це відповідальність особливого характеру. Правовідношення і відповідальність «інших осіб» (юридичних осіб, державних органів і держави у цілому) мають принципово інший характер. Інша справа, що керівники держави, юридичних осіб можуть і повинні нести відповідальність за здійснені ними злочини. Дійсно, не можна погодитися з А.Н. Трайніним у тому, що держава не може бути осудною чи неосудною; держава не може бути на лаві підсудних чи за ґратами в'язниці²⁵.

Основною характеристикою *суб'єктивної сторони* будь-якого злочину є психічне ставлення особи до свого діяння і до можливого його результату – наслідків, тобто вина, мета й мотиви.

Інтелектуальні та вольові особливості *суб'єктивної сторони* транснаціонального злочину вельми різноманітні й визначають юридичну оцінку скоєного, а також ступінь відповідальності винної особи. Принципи сучасного міжнародного кримінального права не допускають покладення відповідальності за діяння при відсутності вини (навмисної чи необережної). Один лише психічний стан, не виражений у конкретних зовнішніх діях, також не може бути підставою кримінальної відповідальності. І.П. Бліщенко вважав, що в нормах міжнародного кримінального права форма вини (умисел, необережність) не згадується, водночас сама природа більшості міжнародних злочинів є такою, що вони можуть бути здійснені тільки навмисно і з чітко визначеними цілями²⁶.

У Римському статуті МКС (ст. 30) визначає *суб'єктивна сторона* складу злочину двома ознаками: *навмисність* і *усвідомленість*²⁷. При цьому навмисність, тобто цілеспрямованість поведінки, визначається щодо діяння, коли особа збирається його здійснити, і стосовно наслідків, якщо особа збирається спричинити цей наслідок чи усвідомлює, що він настане за звичайного перебігу подій. Таким чином, міжнародне кримінальне право допускає можливість прямого умислу (через «намір») як стосовно діяння, так і стосовно наслідку. Отже, прямий умисел винної особи можливий у злочинах як з формальним, так і з матеріальним складом.

Зазначимо, що всі ці ознаки властиві й *суб'єктивній стороні* складу транснаціонального злочину, з тією лише різницею, що співвідношення між ними і деякі їх характеристики можуть бути більш складними. Слід підкреслити, що *суб'єкт* транснаціонального злочину (фізична особа) завжди усвідомлює значення і зміст своїх дій і наслідків, а також передбачає масштаби злочинних результатів своїх дій.

Суб'єктивна сторона виконання злочину передбачає, що виконавець усвідомлює характер своїх дій, діє з умислом на реалізацію мети злочину. Пособництво вимагає, щоб поведінка особи знала про підготовку злочину та здійснювала суттєвий вплив на його здійснення основним виконавцем. *Суб'єктивна сторона* підбурювання передбачає, що підбурювач бажає спровокувати чи побудити до здійснення злочину або усвідомлює суттєву вірогідність того, що здійснення злочину стане результатом його поведінки. Ключовими елементами спільного здійснення злочину є спільний план, доведений до завершеного діяння (може бути спонтанним), замисел і мета.

Суб'єктивна сторона злочину не має єдиного формулювання у транснаціональному кримінальному праві. Наприклад, у ст. 28 Конвенції про правопорушення та деякі інші дії, вчинені на борту повітряного судна від 14 вересня 1963 р.²⁸ говориться про усвідомлення, наміри та умисел як елементи злочину: «Усвідомлення, наміри чи умисел, що вимагаються в якості елементів будь-якого злочину, визнаного таким у відповідності з цією Конвенцією, можуть бути встановлені з об'єктивних фактичних обставин справи».

У Конвенції про запобігання та покарання злочинів проти осіб, які користуються міжнародним захистом, у тому числі дипломатичних агентів від 14 грудня 1973 р.²⁹, для характеристики *суб'єктивної сторони* використовується термін «навмисно». Саме навмисна форма вини є основною для характеристики *суб'єктивної сторони* транснаціональних злочинів; мотиви здійснення зазначених злочинів не впливають ані на кваліфікацію, ані на призначення покарання.

Необережна форма вини у транснаціональному кримінальному праві явище виключне, має свої ознаки, і на відміну від умислу пов'язана з негативним ставленням до злочинних наслідків, наступ яких вона не бажає і не допускає. Стосовно злочинів транснаціонального характеру, такими є склади злочинів екологічного характеру, наприклад забруднення навколишнього середовища, склад злочину пошкодження підводного морського кабелю та деяких інших, у яких можлива форма вини у вигляді недбалості або легковажності.

Мотиви та мета транснаціональної кримінальної діяльності чітко співвідносяться з їх визначенням у кримінальному праві. При здійсненні транснаціональних злочинів переважають корисні мотиви і цілі незаконної наживи. Мета транснаціонального злочину зазвичай охоплюється поняттям «матеріальна вигода», проте не обмежується фінансовими, грошовими чи подібними доходами. Матеріальну вигоду слід розуміти широко – як таке, що охоплює, наприклад, злочини, мотивом скоєння яких є отримання послуг сексуального характеру, скажімо, торгівля людьми чи дитячою порнографією із сексуальних мотивів, а не для отримання грошей³⁰.

Зазначимо, що для виникнення правовідносин кримінальної відповідальності у транснаціональному кримінальному праві існує низка умов. Навіть якщо *суб'єкт* злочину може повною мірою відповідати умовам притягнення до кримінальної відповідальності, його покарання може бути неможливим у силу певних обставин, що створюють перепони для здійснення кримінального переслідування. Такі перепони є зовнішніми щодо злочину та особи, яка його скоїла, оскільки стосуються не самого злочинного діяння, а допустимості кримінального переслідування. Це можуть бути умови порушення кримінального провадження, окремі елементи процесуального права, скоєння злочину неповнолітньою особою, строки давності, видача злочинця, імунітет тощо.

Отже, на підставі викладеного можна вважати, що кваліфікуючі ознаки складу транснаціонального злочину є невід'ємним правовим інститутом транснаціонального кримінального права та необхідні для об'єктивної кваліфікації здійсненого кримінально-карного транснаціонального злочину. Це має велике значення для призначення виду й розміру покарання, звільнення від кримінальної відповідальності та інших правових питань, пов'язаних із наслідками здійснення транснаціонального злочину.

У кримінальних правовідносинах транснаціональний злочин є юридичним фактом, що їх породжує як у міжнародному, так і національному праві. Склад злочину у транснаціональному кримінальному праві збігається із загальноприйнятою в теорії кримінального права схемою складу, яку можна визначити як сукупність встановлених джерелами міжнародного кримінального права об'єктивних і суб'єктивних ознак, що взаємопов'язані між собою й характеризують діяння як злочинне, проте характеризується певними особливостями.

Особливістю складу транснаціонального злочину є те, що диспозиція конкретного транснаціонального злочину повинна міститися як у національному карному праві, так і міжнародно-правових нормах. Склади транснаціональних злочинів можуть міститися у різних міжнародних актах, причому одночасно у кількох чинних, що зумовлено різноманітністю джерельної бази та відсутністю кодифікації.

Ще однією особливістю злочинів із транснаціонального кримінального права є їх багатооб'єктність, проте в більшості випадків можна виокремити безпосередній об'єкт злочину – це, зазвичай, економічні відносини, життя і здоров'я людини, природне середовище, будь-які матеріальні блага, зокрема майно, гроші, цінні папери. Об'єктивна сторона транснаціонального злочину, як правило, найбільш детально описується в диспозиціях міжнародної правової норми та внутрішньодержавному законодавстві і її особливості проявляються в особливостях самого злочину, здійснення якого може відбуватися на території кількох держав, транснаціональності, а також у тривалості в часі та інших обставинах.

Основним суб'єктом транснаціонального злочину визнається фізична особа, однак з огляду на структурну організацію транснаціонального злочину (міжнародна злочинна організація, транснаціональна організована група тощо), скоєння злочину можливе індивідуально, спільно з іншою особою чи через іншу особу. Суб'єктивна сторона транснаціонального злочину завжди характеризується навмисністю, усвідомленням, корисливими мотивами та намірами.

¹ Конвенція ООН проти транснаціональної організованої злочинності, ухвалена Резолюцією 55/25 Генеральної Асамблеї від 15 листопада 2000 р. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_789

² Кваліфікація злочинів: навч. посіб. / Г.М. Ансімов, О.О. Володіна, І.О. Зінченко та ін.; за ред. М.І. Панова. 2-ге вид., доп. та випр. Харків: Право, 2017. 360 с. С. 13–14.

³ Римський Статут Міжнародного кримінального суду від 17 липня 1998 р. із змінами. Чинна редакція від 16 січня 2002 р. Документ 995_588. URL: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/995_588

⁴ *Верле Герхард*. Принципы международного уголовного права: учебник; пер. с англ. С.В. Саяпина. Одеса: Фенікс; Москва: Транслит, 2011. 910 с. С. 193–194.

⁵ Римський Статут Міжнародного кримінального суду від 17 липня 1998 р. із змінами. Чинна редакція від 16 січня 2002 р. Документ 995_588. URL: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/995_588

⁶ *Ambos K.* Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts, Ansätze einer dogmatisierung. Duncker & Humblot. Berlin, 2002. 1058 p. P. 826; *Sadat L.N.* The International Criminal Court and the Transformation of International law: Justice for the New Millenium. *International and Comparative Criminal Law Series*, Volume: 31, 2002. 574 p. P. 213.

⁷ Конвенція Організації Об'єднаних Націй про боротьбу проти незаконного обігу наркотичних засобів і психотропних речовин від 20 грудня 1988 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_096/print

⁸ *Решетов Ю.А.* Борьба с международными преступлениями против мира и безопасности. Москва: Международные отношения, 1983. 224 с. С. 28.

⁹ Уголовное право. Общая часть. Преступление: академический курс: в 10 т. Москва: Юрлитинформ, 2016. Т. V: Понятие преступления. Состав преступления / А.В. Наумов, Г.А. Есаков, Л.В. Лобанова и др.; под ред. Н.А. Лопашенко. 600 с. С. 290.

¹⁰ *Коровин Е.А.* Современное международное публичное право. Москва, Ленинград: Госиздат, 1926. 176 с. С. 35.

¹¹ Международное уголовное право: учеб. пособ. / И.П. Блищенко и др; ред. В.Н. Кудрявцев. 2 изд., перераб. и доп. Москва: Наука, 1999. 264 с. С. 69.

¹² Римський Статут Міжнародного кримінального суду від 17 липня 1998 р. із змінами. Чинна редакція від 16 січня 2002 р. Документ 995_588. URL: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/995_588

¹³ *Трайнин А.Н.* Правовые проблемы Нюрнбергского процесса. *Советское государство и право* 1947. № 3. С. 15–23.

¹⁴ Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти корупції від 31 жовтня 2003 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_c16

¹⁵ Ответственность за военные преступления против человечества: сб. документов / сост. Г.Н. Александров и др.; под ред. О.Н. Хлестова (общ. ред.) и др. Москва: 1969. 94 с. С. 42–43.

¹⁶ *Баймуратов М.О.* Міжнародне публічне право: підручник. Київ-Одеса: Фенікс, 2018. 762 с. С. 154.

¹⁷ *Burghardt V.* Die Vorgesetztenverantwortlichkeit in volkerrechtlichen Straftatsystem. Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlin, 2008. 538 p. P. 386.

¹⁸ Римський Статут Міжнародного кримінального суду від 17 липня 1998 р. із змінами. Чинна редакція від 16 січня 2002 р. Документ 995_588. URL: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/995_588

¹⁹ Статут Міжнародного військового трибуналу для суду та покарання головних військових злочинців європейських країн осі (Статут Нюрнберзького трибуналу) від 8 серпня 1945 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/998_201

²⁰ *Трайнин А.Н.* Вказана праця.

²¹ *Верле Герхард*. Принципы международного уголовного права: учебник ; пер. с англ. С.В. Саяпина. Одеса: Фенікс; Москва: ТрансЛит, 2011. 910 с. С. 193–194.

²² Конвенція ООН проти транснаціональної організованої злочинності, ухвалена Резолюцією 55/25 Генеральної Асамблеї від 15 листопада 2000 р. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_789

²³ Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти корупції від 31 жовтня 2003 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_c16

²⁴ *Вербенський М.Г.* Суб'єкти транснаціональної організованої злочинності та їх характеристика. *Право і суспільство*: науковий журнал. 2009. № 6. С. 77– 83. С. 78–79.

²⁵ *Трайнин А.Н.* Избранные произведения. Защита мира и уголовный закон / под общ. ред. Р.А. Руденко. Москва: Наука, 1969. 454 с. С. 26.

²⁶ Международное уголовное право: учеб. пособ. / И.П. Блищенко и др; ред. В.Н. Кудрявцев. 2. изд., перераб. и доп. Москва: Наука, 1999. 264 с. С. 69.

²⁷ Римський Статут Міжнародного кримінального суду від 17 липня 1998 р. із змінами. Чинна редакція від 16 січня 2002 р. Документ 995_588. URL: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/995_588

²⁸ Конвенція про правопорушення та деякі інші дії, вчинені на борту повітряного судна від 14 вересня 1963 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_244

²⁹ Конвенція про запобігання та покарання злочинів проти осіб, які користуються міжнародним захистом, у тому числі дипломатичних агентів від 14 грудня 1973 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_389

³⁰ Report of the Ad Hoc Committee on the Elaboration of a Convention against Transnational Organized Crime on the Work of Its First to Eleventh Sessions (3 November 2000, A/55/383/Add.1). Para. 3.

Резюме

Попко В.В. Кваліфікуючі ознаки складу транснаціонального злочину у транснаціональному кримінальному праві.

У статті розглядається юридичне значення кваліфікуючих ознак складу транснаціонального злочину у транснаціональному кримінальному праві. Увага приділяється дослідженню особливостей основних елементів складу злочину: об'єкта, об'єктивної сторони, суб'єкта та суб'єктивної сторони. Особливостями об'єкта транснаціонального злочину зазначаються їх багатоманітність, необхідність конкретизації, відсутність вказівки на ознаки об'єкта, як правило, у диспозиціях міжнародних кримінально-правових норм, що ускладнює їх класифікацію. Визначення об'єктивної сторони транснаціонального злочину, яка полягає в суспільно небезпечному, шкідливому, протиправному діянні (дія чи бездіяльність), ускладнено особливостями самого транснаціонального злочину: просторовими та часовими рамками, масштабністю, повноструктурністю злочину, способами здійснення (можливий дистанційний) тощо. Основним суб'єктом транснаціонального злочину є фізична особа (може бути посадова особа), характеристики якої не мають детального визначення у міжнародно-правових актах. Вони містяться у внутрішньому законодавстві держави, яка здійснює кримінальне переслідування. З огляду на глобальність транснаціональної злочинності, скоєння злочину у співучасті вимагає визначення кваліфікуючих ознак його співучасників. Суб'єктивна сторона характеризується навмисними діями, необережна форма вини розглядається як виняток, переважають корисні мотиви і цілі незаконної наживи.

Особлива увага приділяється кваліфікуючим ознакам злочинного діяння, які є основоположними інструментами при кваліфікації транснаціонального злочину. Автор дійшов висновку, що відповідальність у транснаціональному кримінальному праві за здійснення злочину може настати тільки за наявності об'єктивних кваліфікуючих ознак складу транснаціонального злочину згідно з нормами міжнародного права та внутрішньодержавного законодавства.

Ключові слова: транснаціональний злочин, об'єкт, об'єктивна сторона, суб'єкт, суб'єктивна сторона, вина, мета злочину, мотив злочину.

Резюме

Попко В.В. Квалифицирующие признаки состава транснационального преступления в транснациональном уголовном праве.

В статье рассматривается юридическое значение квалификационных признаков состава транснационального преступления в транснациональном уголовном праве. Внимание уделяется исследованию особенностей основных элементов состава преступления: объекта, объективной стороны, субъекта, субъективной стороны. Особенности объекта транснационального преступления отмечаются их многообразием, необходимостью конкретизации, отсутствие указания на признаки объекта, как правило, в диспозициях международных уголовно-правовых норм, что усложняет их классификацию. Определение объективной стороны транснационального преступления, которая состоит в общественно опасном, вредном, противоправном деянии (действии или бездействии), усложнено особенностями самого транснационального преступления: пространственными и временными рамками, масштабностью, полнотранструктурностью преступления, способами осуществления (возможен дистанционный) и др. Основным субъектом транснационального преступления является физическое лицо (может быть должностное лицо), характеристики которой не имеют детального определения в международно-правовых актах. Они содержатся во внутреннем законодательстве государства, которое осуществляет уголовное преследование. Исходя из глобальности транснациональной преступности, осуществление преступления в соучастии требует определения квалификационных признаков его соучастников. Субъективная сторона характеризуется умышленными действиями, неосторожная форма вини рассматривается как исключение, преобладают корыстные мотивы и цели незаконного обогащения.

Особое внимание уделяется квалификационным признакам преступного деяния, которые являются основоположными инструментами при квалификации транснационального преступления. Автор пришел к заключению, что ответственность в транснациональном уголовном праве за совершение преступления может наступать только при наличии объективных квалификационных признаков состава транснационального преступления в соответствии с нормами международного и внутреннего государственного законодательства.

Ключевые слова: транснациональное преступление, объект, объективная сторона, субъект, субъективная сторона, вина, цель преступления, мотив преступления.

Summary

Popko V. The qualifying features of the bode of transnational crime in transnational criminal law.

The article considers the legal significance of qualifying attributes of the transnational crime in transnational criminal law. Attention is paid to the study of the features of the main elements of the crime: the object, the objective side, the subject and the subjective side. Features of the object of a transnational crime are their diversity, the need for concretization, the absence of indication of the features of the object, as a rule, in the disposition of international criminal law, which makes it difficult to classify them. The definition of the objective side of a transnational crime, which consists in a socially dangerous, harmful, wrongful act (action or inaction), is complicated by the peculiarities of the transnational crime itself: the spatial and temporal framework, the scale, the full structure of the crime, the means of implementation (possible distant), etc. The main subject of a transnational crime is an individual whose characteristics do not have a detailed definition in international legal acts. They are contained in the domestic law of the State of prosecution. Given the global nature of transnational crime, committing a crime in complicity requires the identification of qualifying attributes of its accomplices. The subjective side is characterized by deliberate actions, the careless form of guilt is considered as an exception, prevailing useful motives and goals of illegal profits.

Particular attention is paid to qualifying signs of a criminal act, which are the basic tools for qualifying a transnational crime. The author came to the conclusion that responsibility in a transnational criminal law for the commission of a crime can only occur if there are objective qualifying attributes of the transnational crime in accordance with the norms of international law and domestic law.

Key words: transnational crime, object, objective party, subject, subjective party, fault, purpose of crime, motive of crime.

УДК 343.97:328.185(049.2)

І.А. ТОЛКАЧОВА, Д.А. КАЗЮТА

Ірина Анатоліївна Толкачова, кандидат юридичних наук, доцент Національного авіаційного університету

Дмитро Андрійович Казюта, магістрант Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

ЗАХИСТ ВИКРИВАЧІВ КОРУПЦІЇ: УКРАЇНСЬКІ РЕАЛІЇ ТА МІЖНАРОДНИЙ ДОСВІД

Протидія корупції для України на даному етапі її євроінтеграційного розвитку є нагальним питанням, оскільки однією із причин недієвої роботи державного апарату є саме корупція, суть якої полягає в тому, що державні службовці у процесі здійснення своїх посадових обов'язків наділяються владними публічними повноваженнями, що в поєднанні з недобросовісним здійсненням своїх службових обов'язків призводить до того, що у них виникають особливі інтереси, які за своїм змістом і спрямованістю відрізняються від інтересів усього іншого суспільства.

Викривачі корупції є ключовим елементом у викритті корупційних схем, які існують у приватних компаніях чи державному секторі. Викривачі або добросовісні інформатори («whistleblower» у перекладі з англ. дослівно означає «подати сигнал свистком, сигналізувати») – особи, які розголошують інформацію, що стала відомою їм зазвичай у процесі професійної діяльності, щодо суспільно небезпечного діяння, вчиненого іншою особою (групою осіб), яке загрожує або шкодить суспільним інтересам¹.

Громадськість покладається на даних осіб, сподіваючись, що вони діють не з корисливих мотивів, а з метою викриття, наприклад, нецільового використання коштів чи недотримання правил безпеки на підприємствах та інших зловживань, які можуть виникати під час роботи в приватному чи публічному секторах. Проте часто трапляються ситуації, коли викривачів за їхні дії звільняють з роботи і починають погрожувати чи переслідувати, тому вони просто не повідомляють про факт корупції, оскільки не вірять, що корупціонери будуть покарані.

Тому виникає потреба в існуванні чіткого і узгодженого законодавства, яке б дало змогу реалізувати даними особами надане їм право, щоб ні викривачам, ні їхнім близьким не загрозувала небезпека.

Над проблемою правового захисту викривачів корупції працювали такі науковці, як Ю.П. Битяк, В.І. Василюк, О.В. Грибовський, З.А. Загинеї, О.М. Джуца, А.В. Іщенко, М.С. Удовик, О.В. Копан, С.І. Ніколаюк, О.В. Нестеренко, М.А. Погорецький, Д.Г. Заброра, М.І. Мельник, М.І. Хавронюк, О.Ю. Шостко.

На міжнародно-правовому рівні Україна імплементувала у національне законодавство Конвенцію Організації Об'єднаних Націй проти корупції 2003 р., ратифіковану у 2006 р., ст. 33 якої передбачає, що кожна держава-учасниця розглядає можливість включення до своєї внутрішньої правової системи належних заходів для забезпечення захисту будь-яких осіб, які добросовісно й на обґрунтованих підставах повідомляють компетентним органам про будь-які факти, пов'язані зі злочинами, передбаченими цією Конвенцією, від будь-якого несправедливого поводження².

Наступним міжнародним документом, ратифікованим Україною у 2005 р., стала Цивільна конвенція про боротьбу з корупцією Ради Європи. Тим самим Україна приєдналась до Групи держав із боротьби з корупцією (GRECO). У ст. 9 зазначається, що кожна Сторона передбачає у своєму внутрішньому законодавстві належний захист від будь-якої необґрунтованої санкції щодо працівників, які мають достатні підстави підозрювати корупцію та які добросовісно доповідають про свої підозри відповідальним особам або компетентним органам³.

У національному законодавстві України визначення корупції закріплено у Законі України «Про запобігання корупції» (далі – Закон), де під корупцією розуміється використання особою, зазначеною у ч. 1 ст. 3 цього Закону, наданих їй службових повноважень чи пов'язаних з ними можливостей з метою одержання неправомірної вигоди або прийняття такої вигоди чи прийняття обіцянки/пропозиції такої вигоди для себе чи інших осіб або відповідно обіцянка/пропозиція чи надання неправомірної вигоди особі, зазначеній у ч. 1 ст. 3 цього Закону, або на її вимогу іншим фізичним чи юридичним особам з метою схилити цю особу до протиправного використання наданих їй службових повноважень чи пов'язаних з ними можливостей⁴.

Необхідно зазначити, що нерідко виникають ситуації, коли особам стає відома інформація про факт вчинення корупційного діяння, тобто корупційного правопорушення чи правопорушення, пов'язаного з корупцією. Варто підкреслити, що Закон від 2014 р. вперше надав визначення даних осіб. Стаття 53 Закону зазначає, що під особами, які надають допомогу в запобіганні і протидії корупції (викривачами), розуміються особи, які за наявності обґрунтованого переконання, що інформація є достовірною, повідомляють про порушення вимог цього Закону іншою особою⁵.

Натомість Закон України «Про засади запобігання і протидії корупції» 2011 р., який на даний момент вже нечинний, лише в загальних рамках визначав у ст. 18 питання участі громадськості в заходах щодо запобігання і протидії корупції, а саме в п. 1 ч. 1 ст. 18 зазначалося, що об'єднання громадян, їх члени або уповноважені представники, а також окремі громадяни в діяльності щодо запобігання, виявлення і протидії корупційним правопорушенням мають право: повідомляти про виявлені факти вчинення корупційних правопорушень спеціально уповноваженим суб'єктам у сфері протидії корупції, іншим органам, зазначеним у ст. 5 цього Закону, керівництву та колективу підприємства, установ чи організаціям, в яких були вчинені ці правопорушення, а також громадськості⁶.

Також на захист викривачів виступає Закон України «Про оперативно-розшукову діяльність», де в ст. 13 зазначено, що особа, яка залучається до виконання завдань оперативно-розшукової діяльності, перебуває під захистом держави⁷.

Незважаючи на те, що питанню захисту викривачів приділений Розділ VIII Закону України «Про запобігання корупції», механізм захисту даних осіб станом на 2018 р. все ще залишається нерегульованим. Окремо варто звернути увагу, що норми ст. 53 Закону України «Про запобігання корупції» щодо захисту викривачів поширюються лише на викривачів, які заявили про вчинення кримінального правопорушення і набули кримінально-правового статусу потерпілого або заявника. У такому разі до викривачів і їх близьких осіб можуть бути застосовані правові, організаційно-технічні та інші заходи, спрямовані на захист від протиправних посягань відповідно до Закону України «Про забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві»⁸.

Натомість всі інші особи, які повідомили про порушення Закону України «Про запобігання корупції», на правовий захист, на жаль, розраховувати не можуть.

Тому було б доцільно прийняти спеціальний закон про захист викривачів, який регулював би механізм захисту даних осіб. На сьогоднішній день є два законопроекти про захист викривачів – це законопроект № 4038а від 20 липня 2016 р. «Про захист викривачів і розкриття інформації про шкоду або загрозу суспільним інтересам», зареєстрований у Верховній Раді України, і Проект Закону «Про захист викривачів корупції», представлений НАЗК⁹.

Варто зазначити, що в Проекті Закону, представленого НАЗК, наводиться більш розширене визначення викривачів корупції, порівняно із Законом України «Про запобігання корупції», і вводиться таке поняття, як «привіряні особи». Також збільшено строк розгляду повідомлень, що надходять від викривачів. У Законі України «Про запобігання корупції» вирізняють ідентифіковане викриття і анонімне повідомлення, і відповідно визначаються строки розгляду даних повідомлень. У першому випадку строк розгляду становить не більше місяця від дня надходження, а якщо не потрібно додатково вивчати матеріали в повідомленні – невідкладно, але не пізніше 15 днів від дня їх отримання¹⁰.

Строк анонімного розгляду повідомлення становить 15 днів від дня його отримання і може бути продовжений до 30 днів. Проект Закону (ст. 2) унормовує наведені вище види повідомлень і встановлює загальний строк у 30 календарних днів, з можливістю продовження до 60 календарних днів з дня його отримання¹¹.

У Проекті Закону НАЗК міститься схожа за змістом стаття до ч.ч. 2, 3 ст. 53 «Про запобігання корупції». Можна зробити висновок, що в Проекті Закону також залишились поза увагою особи, які потребують захисту, але не є потерпілими або заявниками у кримінальному провадженні. У ст. 2 Закону України «Про забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві» наведено вичерпний перелік осіб, які мають право на забезпечення безпеки¹².

Порівнюючи ситуацію щодо захисту викривачів в іноземних країнах, необхідно вказати, що там ці питання регулюються спеціальним законом. Серед країн Європейського Союзу особливої уваги заслуговують Словенія, Ірландія, Велика Британія. Дані країни мають не лише сильне законодавство в даній сфері, а

й реально працюючі механізми реалізації даних правових норм. У таких країнах, як США та Південна Корея, теж існують механізми захисту викривачів. Однак навіть хороше законодавство не завжди належно застосовується на практиці, як, наприклад, в Румунії та Японії. Є держави, де викривачі часто не захищені від звинувачень у наклепі (Португалія, Чехія), розкритті анонімності (Іспанія, Естонія, Литва, Аргентина, Австралія, Китай), спрямованих негативних дій від звинувачених корупціонерів у відповідь (Польща, Словаччина, Нідерланди, Бразилія).

Можна зазначити, що законодавство іноземних країн більш спрямоване на те, щоб заохочувати осіб викривати корупціонерів. Дане заохочення передусім полягає в тому, що викривачі отримують певний відсоток від штрафу, який сплачує правопорушник чи певний відсоток від отриманої неправомірної вигоди. Таким чином, держава, на нашу думку, створює підґрунтя для подальшої боротьби з корупцією. Вважаємо за необхідне зазначити, що зловживати даним правом викривачі у власних інтересах навряд чи можуть, адже в більшості іноземних держав передбачений механізм чітких перевірок, які, в свою чергу, унеможливають подібні дії. Таким чином, у населення формується нетерпимість до корупції на підсвідомому рівні.

Спеціальні закони про захист викривачів в таких державах, як Сполучені Штати Америки, Австралія, Велика Британія, Японія, Південно-Африканська Республіка, Республіка Сербія захищають викривачів, які повідомляють не лише про вчинення корупційних, а й інших порушень внутрішнього законодавства країни.

У США основним актом, який регулює захист викривачів є Закон про захист викривачів 1989 року. Даний Закон гарантує свободу слова для працівників, які розкривають інформацію, що містить ознаки правопорушення. Зокрема, він покликаний захистити федеральних службовців, які розкривають «незаконність влади, відходи та корупцію» від несприятливих наслідків, пов'язаних із їх працевлаштуванням¹³.

Викривачі захищені від відповідальності за розголошення інформації. Вони розкривають інформацію, якщо обґрунтовано вважають, що докази є: порушенням будь-якого закону, правила чи порядку; грубим порушенням правил під час здійснення управління; грубою розтратою коштів; зловживанням владою; інформація становить суттєву чи специфічну небезпеку для громадського здоров'я чи для публічної безпеки¹⁴.

Даний Закон захищає викривачів, які можуть зазнати зменшення заробітної плати, виплат чи скорочення на робочому місці. Існує низка правил, які являють собою стандарти громадянського захисту від необґрунтованого звільнення, від неможливості розірвання трудового договору.

Однак даний Закон не розповсюджується на податкове законодавство та на кошти, які використовуються в політичних компаніях. Саме в подібних категоріях справ викривачі для підтвердження факту вчинення корупційного правопорушення повинні прикріпляти до повідомлення про факт корупції різного роду докази. Якщо в ході перевірки інформації компетентним органом буде встановлено, що інформація зазначена в повідомленні, є недостовірною, викривач буде підданий кримінальному обвинуваченню.

Офіс спеціального уповноваженого США (англ. The U.S. Office of Special Counsel (OSC)) – це незалежне федеральне агенство, яке проводить розслідування і висуває обвинувачення у суді. Законодавчою базою даного органу є чотири федеральних закони: Закон про реформу державної служби (the Civil Service Reform Act), Закон про захист викривачів інформації (the Whistleblower Protection Act), Закон про захист від шкідливої політичної діяльності (the Hatch Act), Закон про зайнятість та відновлення праці (USERRA). Офіс спеціального уповноваженого США розглядає п'ять категорій справ, які зазначені у Законі про захист викривачів інформації: інформація містить відомості про порушення будь-якого закону, правила чи порядку; грубе порушенням правил під час здійснення управління; груба розтрата коштів; зловживанням владою; інформація становить суттєву чи специфічну небезпеку для громадського здоров'я чи для публічної безпеки¹⁵.

Офіс спеціального уповноваженого США обробляє заяви про правопорушення через виконавчу владу федерального уряду від нинішніх федеральних службовців, колишніх працівників та претендентів на федеральну посаду. Відділ Офісу спеціального уповноваженого відповідальний перед Відділом розкриття інформації¹⁶.

Федеральним законом встановлено особливий порядок розкриття інформації, яка надійшла до Офісу спеціального уповноваженого від викривача. Даний порядок забезпечує конфіденційність викривача і гарантує, що розслідування правопорушення буде здійснено належним чином.

Мається на увазі, що коли викривач інформації розсекречує її Офісу спеціального уповноваженого, то Спеціальний радник може видати указ керівнику агенства розслідувати факти, які містяться в повідомленні, і доповісти про виявлену в ході розслідування інформацію. Після розслідування Спеціальний уповноважений надсилає звіт агенства, додатки викривача та власні рішення щодо повноти та очевидної обґрунтованості звіту агенства до Президента і комісії з контролю за діяльністю Конгресу. Коли інформація вже передана Президенту, вона може бути оприлюднена на веб-сайті Офісу спеціального уповноваженого США¹⁷.

Необхідно звернути увагу на те, що Закон про наклеп 1860 р. в США дозволяє приватним громадянам подавати позови від імені уряду про повернення коштів, вкрадених через договірне шахрайство. Як компенсацію за ризик і зусилля, інформатори можуть отримати винагороду в розмірі 15–25 % від будь-яких вилучених коштів і штрафів.

Японське законодавство про захист викривачів (англ. Whistleblower Protection Act (Act No. 122 of 2004) у ст. 8 «Повага виправданих інтересів тощо, та інших інтересів» містить ряд обмежень, наприклад, щоб інформатори не шкодили інтересам інших людей та публічним інтересам¹⁸.

30 вересня 2011 р. в Південній Кореї вступив в силу Закон про захист публічних інтересів викривачів, який покликаний захистити осіб, що повідомили про порушення публічних інтересів до відповідних компетентних органів.

Цей Закон передбачає матеріальну винагороду для державних і корпоративних викривачів, які повідомляють про порушення, пов'язані з безпекою, здоров'ям, довкіллям, захистом прав споживачів і добросовісною конкуренцією. Про незаконні дії можна поінформувати Комісію з громадянських прав у боротьбі з корупцією, яка поєднує в собі функції антикорупційного бюро та омбудсмена¹⁹.

Одним із головних чинників у подоланні корупції в Україні є забезпечення належного регулювання правового захисту викривачів корупції, що полягає у прийнятті відповідного закону, створенні доступних і безпечних, насамперед зовнішніх каналів розкриття інформації (в тому числі запровадження санкцій за порушення анонімності і конфіденційності викривача, утисків та переслідування з боку зазначених ним осіб), реформуванні судових та правоохоронних органів для дійсного захисту викривачів державою, створенні незалежного органу для розслідування повідомлень викривачів.

Вважаємо, що зростання антикорупційного потенціалу громадянського суспільства, формування психологічної установки у людей 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 має ґрунтуватися на дослідженні й усвідомленні наслідків корупційних злочинів.

На підставі вищевикладеного необхідно вказати, що питання із захистом викривачів в українських реаліях є вкрай нагальною проблемою, яка потребує вирішення. Доцільно зазначити, що Закон України «Про запобігання корупції» і Проект Закону, представлений НАЗК, не враховують певне коло осіб, які також потребують захисту, а саме осіб, які не є потерпілими і заявниками чи не зазнають негативного впливу з боку керівника або роботодавця²⁰.

Проаналізувавши досвід зарубіжних країн, було б за доцільне передбачити чіткі гарантії захисту викривачів, а також можливості застосування фінансових стимулів до осіб, які повідомляють про порушення антикорупційного законодавства, навіть якщо це може призвести до зловживання даним правом з боку викривачів на перших етапах роботи даного інституту.

¹ Нестеренко О. Правовий захист викривальників (whistleblowers): теоретичні аспекти та конституційна необхідність. *Право України*. 2014. № 12. С. 104–111.

² Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти корупції: Міжнародний договір від 18.10.2006 р. № 995_c16. *Відомості Верховної Ради України*. 2006. № 50. Ст. 496.

³ Цивільна конвенція про боротьбу з корупцією: Міжнародний договір від 16.03.2005 р. № 994_102. *Відомості Верховної Ради України*. 2005. № 16. Ст. 266.

⁴ Про запобігання корупції: Закон України від 14.10.2014 р. № 1700-VII. *Відомості Верховної Ради України*. 2014. № 49. Ст. 2056.

⁵ Там само.

⁶ Про засади запобігання і протидії корупції: Закон України від 07.04.2011 № 3206-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2011. № 40. Ст. 404.

⁷ Про оперативну-розшукову діяльність: Закон України від 18.02.1992 р. № 2136-XII. *Відомості Верховної Ради України*. 1992. № 22. Ст. 303.

⁸ Про забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві: Закон України від 04.02.1994 р. № 3926-XII (3926-12). *Відомості Верховної Ради України*. 1994. № 11. Ст. 51.

⁹ Інформація щодо проекту Закону України «Про захист викривачів корупції». URL: <https://old.nazk.gov.ua/informaciya-shchodo-proektu-zakonu-ukrayiny-pro-zahyst-vykryvachiv-korupciyi>

¹⁰ Там само. Про запобігання корупції: Закон України від 14.10.2014 р. № 1700-VII. *Відомості Верховної Ради України*. 2014. № 49. Ст. 2056.

¹¹ Там само. Інформація щодо проекту Закону України «Про захист викривачів корупції». URL: <https://old.nazk.gov.ua/informaciya-shchodo-proektu-zakonu-ukrayiny-pro-zahyst-vykryvachiv-korupciyi>

¹² Там само. Про забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві: Закон України від 04.02.1994 р. № 3926-XII (3926-12). *Відомості Верховної Ради України*. 1994. № 11. Ст. 51.

¹³ Public Law 101-12-APR. 10, 1989. URL: <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/STATUTE-103/pdf/STATUTE-103-Pg16.pdf>

¹⁴ The Office of Special Counsel (OSC). URL: <https://osc.gov/Pages/DOW.aspx>

¹⁵ Там само.

¹⁶ Там само.

¹⁷ Там само.

¹⁸ Whistleblower Protection Act (Act No. 122 of 2004). URL: <http://www.cas.go.jp/jp/seisaku/hourei/data/WPA.pdf>

¹⁹ Act on the Protection of Public Interest Whistleblowers. URL: https://sherloc.unodc.org/cld/document/kor/2011/act_on_the_protection_of_public_interest_whistleblowers.html?

²⁰ Там само. Інформація щодо проекту Закону України «Про захист викривачів корупції». URL: <https://old.nazk.gov.ua/informaciya-shchodo-proektu-zakonu-ukrayiny-pro-zahyst-vykryvachiv-korupciyi>

Резюме

Толкачова І.А., Казюта Д.А. Захист викривачів корупції: українські реалії та міжнародний досвід.

У статті досліджено законодавче регулювання механізму захисту викривачів корупції в Україні, а саме законодавче закріплення поняття «викривач корупції». Авторами проаналізовано прогалини у законодавстві щодо захисту даних категорій осіб. Висвітлено механізм захисту викривачів інформації в зарубіжних країнах, на прикладі США, Японії та Південної Кореї.

Ключові слова: корупція, викривачі корупції, захист викривачів, анонімне повідомлення.

Резюме

Толкачѳва И.А., Казюта Д.А. Защита разоблачителей коррупции: украинские реалии и международный опыт.

В статье исследовано законодательное регулирование механизма защиты обличителей коррупции в Украине, а именно законодательное закрепление понятия «обличитель коррупции». Авторами проанализированы пробелы в законодательстве по защите данных категорий лиц. Освещен механизм защиты обличителей информации в зарубежных странах на примере США, Японии и Южной Кореи.

Ключевые слова: коррупция, обличители коррупции, защита обличителей, анонимное сообщение.

Summary

Tolkachova I.A., Kaziuta D.A. Whistleblower Protection: Ukrainian realities and international experience.

The article deals with the legislative regulation of the mechanism for the protection of whistleblowers in Ukraine, namely the legal implementation of the notion of «whistleblower of corruption». The authors analyzed the gaps in the legislation on the protection of whistleblowers. The mechanism of protection of whistleblowers in foreign countries is illustrated by the example of the USA, Japan and South Korea.

Key words: corruption, whistleblowers of corruption, whistleblower protection, anonymous messages.

УДК 341.215.2

В.П. ЛЕБІДЬ

Віталія Павлівна Лебідь, викладач Київського університету права НАН України

ORCID: 0000-0001-7513-719X

МЕХАНІЗМИ ВЗАЄМОДІЇ МІЖ НЕУРЯДОВИМИ ОРГАНІЗАЦІЯМИ ТА РАДОЮ ООН З ПРАВ ЛЮДИНИ

Неурядові організації починаючи з ХХ ст. стали неодмінними акторами міжнародних відносин. Особливо активна їхня участь у міжнародних процесах спостерігається з утворення ООН, коли поняття «неурядова організація» було офіційно закріплено у Статуті ООН і було передбачено право брати участь у консультаціях з Економічною і Соціальною Радою (далі – ЕКОСОП). Сьогодні неурядові організації (далі – НУО) залучені до роботи майже усіх органів ООН, і така взаємодія підвищує ефективність роботи організації загалом, особливо у сфері захисту прав людини. Основним органом ООН у сфері моніторингу дотримання державами-членами прав людини є Рада з прав людини (далі – РПЛ, Рада), яка була створена у 2006 р. і замінила Комісію ООН з прав людини, що не була в змозі виконати поставлені перед нею завданнями через «вибірковість, політизованість та подвійні стандарти»¹. Разом із тим наразі існує багато питань щодо ефективності діяльності «новоутвореного» органу ООН – Ради з прав людини. Зокрема, на негативні тенденції вказує вихід США зі складу Ради у червні 2018 р., стверджуючи про політизованість органу. Таку позицію США підтримала й Україна, яка є членом Ради з прав людини з 2018 року². Також про недостатню дієвість Ради з прав людини і необхідність реформування часто заявляють самі неурядові організації, наприклад, у 2018 р. три міжнародні неурядові організації Amnesty International, Human Rights Watch та International Service for Human Rights опублікували звіт щодо посилення ефективності Ради ООН з прав людини³. Незважаючи на такі негативні тенденції, Рада з прав людини залишається ключовим органом ООН, який відповідальний за моніторинг дотримання прав людини державами. Одним із джерел ефективності діяльності цього органу є участь неурядових організацій, які виконують роль watchdogs та whistleblowers. Важливість участі НУО неодноразово підкреслювалася представниками ООН, зокрема, голова РПЛ Йоахим Рюкер у своїй промові у 2014 р. зазначав: «громадянське суспільство лежить в основі прав людини і є основою нашої роботи»⁴.

Основною правовою базою, яка регулює питання співпраці НУО з РПЛ є Резолюція Генеральної Асамблеї 60/251 від 15 березня 2006 р., Резолюція РПЛ 5/1 від 18 червня 2007 р., Резолюція Економічної і соціальної ради 1996/31 від 25 липня 1996 року.

Формальною основою залучення НУО до РПЛ є Резолюція Генеральної Асамблеї 60/251 від 15 березня 2006 р., якою було створено РПЛ. У даній резолюції зазначено, що Рада повинна застосовувати правила процедури, встановлені для комітетів Генеральної Асамблеї і щодо консультацій із неурядовими організаціями мають застосовуватися процедури, визначені в Резолюції ЕКОСОП 1996/31 від 25 липня 1996 року⁵. Таким чином, незважаючи на той факт, що РПЛ є допоміжним органом Генеральної Асамблеї ООН, яка у свою чергу не має прямих офіційних зв'язків з НУО, питання взаємодії РПЛ і НУО регулюються в порядку, визначеними ЕКОСОП. Отже, можна стверджувати, що з утворенням РПЛ, консультативні відносини формально розширили свою дію в рамках ООН на інший орган, окрім ЕКОСОП. Варто зазначити, що Резолюція ЕКОСОП 1996/31 регулює питання отримання консультативного статусу НУО, встановлює їх види та визначає

права НУО, які наділені таким статусом. Разом із тим взаємодіяти з РПЛ можуть не тільки НУО, які отримали консультативний статус при ЕКОСОП, хоча вони мають значно більших обсяг можливостей у порівнянні із тими НУО, які такий статус не мають.

Резолюція РПЛ 5/1 є базовим документом, у якому визначені основи та принципи діяльності РПЛ, одним із яких є забезпечення участі усіх заінтересованих сторін, включаючи неурядові організації. Даний документ визначає процедури та механізми роботи РПЛ, до яких належать: 1) Універсальний періодичний огляд (the Universal Periodic Review, далі – УПО) – механізм направлений на перегляд дотримання прав людини усіма державами-членами ООН відповідно до міжнародних договорів; 2) Консультативний комітет – аналітичний центр Ради у складі 18 експертів, який надає необхідні консультації та рекомендації Раді; 3) процедура розгляду скарг – це розгляд систематичних і достовірно підтверджених грубих порушень прав людини і основних свобод, що здійснюються в будь-якому регіоні світу і за будь-яких обставин; 4) спеціальні процедури – механізми розгляду незалежними експертами (мандатаріями) проблем у сфері захисту прав людини за окремими тематиками чи питання захисту прав людини у визначених державах з метою надання рекомендацій та консультацій для покращення ситуації. Станом на 2018 р. в РПЛ було 56 мандатів – 44 тематичних і 12 мандатів у країнах⁶.

НУО долучені до кожної із даних процедур і, застосовуючи положення Резолюції ЕКОСОП 1996/31, можна виокремити два основних механізми залучення НУО до роботи РПЛ, а саме: право подання письмових доповідей (п. 36) та право усних виступів під час пленарних засідань (п. 38). Окрім даних можливостей, у рамках роботи РПЛ, НУО також активно задіяні у процедурі Універсального періодичного огляду шляхом подання альтернативних («тінювих») звітів та під час розгляду скарг.

Право на усні виступи. Право виступати на пленарних засіданнях Ради з прав людини є одним із найбільш важливих можливостей для НУО, адже легітимізує голос громадянського суспільства на рівні з державами-членами в рамках ООН.

Президент Ради визначає порядок денний сесії і, як правило, в рамках розгляду окремого питання спочатку виступають держави, держави-спостерігачі, національні правозахисні інституції, а потім – НУО. Неурядові організації, які не мають консультативного статусу, можуть долучитися до усних заяв НУО з консультативним статусом та бути спікером від імені такої організації. Список акредитованих спікерів від НУО затверджується секретаріатом. Представники НУО можуть виступати із заявою один раз за кожним пунктом порядку денного, а також підтримувати заяви, висловлені іншими НУО в рамках одного пункту порядку денного. Такі можливості усних виступів були розширені, порівнюючи із процедурою, що існувала в Комісії ООН з прав людини, оскільки тоді НУО мала право виступити не більше шести разів⁷. Для забезпечення доступу до права на усні виступи НУО, які мають консультативний статус і не мають представництва у Женеві можуть надіслати відеозапис усного звернення, яке буде використано під час засідання Ради⁸. Використання інформаційних технологій, зокрема відеозвернень, було одним із кроків покращення роботи Ради, запропонований Резолюцією РПЛ 16/21 «Огляд роботи та функціонування Ради з прав людини» від 12 квітня 2011 р.⁹ та Резолюцією Генеральної Асамблеї 65/281 «Огляд Ради прав людини» від 20 липня 2011 року¹⁰.

Питання ефективності усних виступів представників громадянського суспільства є суперечливим. Адже виступ представників НУО обмежується двома хвилинами, і це досить короткий проміжок часу для донесення позиції повною мірою. Більше того, враховуючи, що НУО виступають останні (після держав, спостерігачів, спеціалізованих установ та національних правозахисних інституцій) залишається відкритим питання, чи достатньо аудиторія приділяє увагу їхнім виступам. Крім того, заяви, оголошені НУО на засіданнях, не подаються як офіційні документи. Проте право усних заяв нарівні з представниками держав надають НУО високий рівень видимості, їхні заяви часто містять важливі факти, які можуть приховуватися державами, та є підставою подальшого обговорення. Отже, хоча усні заяви НУО не мають прямого впливу на вирішення певних проблем, але безумовно привертають увагу до них і допомагають чинити тиск на певну державу.

Право на подання письмових заяв. Можливість подання заяв у письмовому вигляді чітко регламентована у Резолюції ЕКОСОП 1996/31. Обсяг доповіді залежить від категорії консультативного статусу НУО: загальний статус дає можливість подати заяву загальним обсягом до 2000 слів, спеціальний консультативний статус – 1500 слів. НУО повинні надіслати свою заяву до Секретаріату Ради з прав людини за два тижні до початку сесії. Надалі заяву перевіряють і у разі відповідності основним правилам вона додається до офіційних документів сесії Ради. Подання письмових заяв від НУО стрімко збільшується з кожною сесією РПЛ, наприклад, на 6 сесії (вересень 2007 р.) було подано 67 заяв, а на 39 сесії (вересень 2018 р.) – 176 заяв від НУО¹¹. Окрім заяв на щорічних сесіях багато НУО співпрацюють з Радою на постійній основі. Вони надають інформацію у сфері прав людини у певній країні, і такі матеріали слугують основою для подальшого дослідження ситуації в рамках ООН¹². Інформацію від НУО використовувалася як першоджерело і в часи існування Комісії, члени якої зверталися до матеріалів НУО перед кожним оглядом дотримання прав людини певною країною, що допомагало їм сформулювати більш точно питання¹³. Найбільш активно право на письмові доповіді НУО використовують під час Універсального періодичного огляду.

Участь в Універсальному періодичному огляді. Процедура УПО почала працювати в 2008 р. як якісно новий механізм у рамках Ради ООН з прав людини, який забезпечує регулярний моніторинг дотримання зобов'язань усіх держав-членів ООН за міжнародними договорами у сфері захисту прав людини. Держави та недержавні актори заявляли, що УПО забезпечить справедливий контроль за дотриманням прав людини у всіх державах, і таким чином підвищить авторитет ООН у сфері захисту прав людини¹⁴.

Документальну основу для проведення УПО становлять: (а) національний звіт; (б) зведений звіт незалежних фахівців і груп експертів у сфері прав людини (спеціальні процедури), договірних органів ООН по правам людини та інших структур ООН; (с) зведений звіт зацікавлених сторін, до яких входять НУО та національні правозахисні установи. Цикл УПО можна розділити на чотири етапи: 1) національні консультації; 2) підготовка міжнародного огляду ситуації в державі Управлінням Верховного комісару з прав людини (далі – УВКПЛ); 3) міжнародний огляд на сесії Ради; 4) виконання рекомендацій на національному рівні. Участь НУО заохочується на всіх відповідних етапах процесу.

НУО беруть участь у процедурі УПО з моменту підготовки національного звіту шляхом проведення консультацій з державними органами влади. Обов'язок проведення таких консультацій із усіма заінтересованими сторонами передбачений Резолюцією Ради з прав людини 5/1 (п. 15). Також є вимога про те, що методологія і процес консультацій мають бути відображені у національному звіті¹⁵. Така вимога дає змогу збирати інформацію про те, як держави залучають заінтересовані сторони для участі в УПО на початковій стадії.

На другому етапі, який полягає в підготовці УВКПЛ НУО можуть подавати альтернативні доповіді або так звані «тіньові» звіти, які містять додаткову, достовірну та надійну інформацію про дотримання прав людини державою-членом (п. 15 (с) Резолюції РПЛ 5/1). Під час засідання Робочої групи Ради представники НУО можуть бути присутні на сесії. Проте вони не мають права брати участь в інтерактивному діалозі. НУО мають можливість зробити загальні зауваження до прийняття результатів на пленарному засіданні Ради (п. 29, 31 Резолюції РПЛ 5/1). За результатами УПО держава зобов'язана імплементувати відповідні зауваження і може залучати до цього процесу НУО (пункт 33 Резолюції РПЛ 5/1).

Право подати скаргу. Процедура подання скарг в рамках Ради регламентована Резолюцією 5/1 і замінила попередню процедуру Комісії ООН по правам людини, яка діяла відповідно до Резолюції 1503 (XLVIII) ЕКОСОР від 27 травня 1970 року. Процедура розгляду скарг є конфіденційною¹⁶ і передбачає право на звернення до Ради окремих осіб, груп осіб чи неурядових організацій, якщо вони стали жертвою грубих та системних порушень прав людини чи мають інформацію про такі порушення державою-членом ООН. Згідно з п. 94 Резолюції 5/1, голова Робочої групи разом з Секретаріатом проводить первинний відбір скарг на основі критеріїв прийнятності, встановлених п. 85–88 Резолюції 5/1. Якщо скарга вважається прийнятною, надалі направляється запит відповідній державі, щоб дізнатися позицію щодо заявлених порушень. У рамках РПЛ створено дві робочі групи, які відповідальні за розгляд скарг – Робоча група щодо повідомлень та Робоча група щодо ситуацій. Існує два шляхи участі НУО у процесі розгляду скарг: по-перше, у якості скаржника, по-друге, Робоча група має прав запросити додаткову інформацію щодо окремих ситуацій від третіх осіб, якими можуть бути НУО. Подати скаргу до Ради можуть НУО без консультативного статусу.

Окрім вищезазначених механізмів співпраці між НУО та Радою, які закріплені у відповідних документах ООН, існують також неформальні шляхи взаємодії, а саме: проведення паралельних заходів (side events) під час сесії Ради, неформальні консультації із делегатами від держав, консультації та переговори щодо змісту резолюцій Ради.

Отже, участь представників громадянського суспільства є невід'ємною складовою роботи Ради з прав людини. Створення широкого механізму взаємодії з НУО дає можливість Раді отримати більше інформації щодо дотриманням прав людини у державах-членах, на основі якої реалістично оцінити ситуацію і виробити необхідні рекомендації для вирішення проблем. У більшості випадків НУО є повноправним членом дискусій та процедур в рамках РПЛ, зокрема право на письмові та усні доповіді, право подання альтернативних звітів та скарг. Загалом, можна виокремити наступні напрями діяльності та функції НУО у Раді з прав людини: забезпечення інформацією щодо окремих ситуацій порушення прав людини, підвищення прозорості процесу розгляду Універсального періодичного огляду, надання експертної оцінки з питань прав людини, підвищення відповідальності держав за порушення прав людини, моніторинг дотримання державою міжнародних зобов'язань у сфері захисту прав людини.

¹ Recognizing also the importance of ensuring universality, objectivity and non-selectivity in the consideration of human rights issues, and the elimination of double standards and politicization, Resolution adopted by the General Assembly, 60/251. Human Rights Council. URL: <http://www.un-documents.net/a60r251.htm>

² Коментар Заступника міністра закордонних справ України Сергія Кислиці щодо Ради ООН з прав людини, 20 червня 2018 р. URL: <https://mfa.gov.ua/ua/press-center/news/65703-komentar-zastupnika-ministra-zakordonnih-sprav-ukrajini-sergija-kisli-ci-shhodoradi-oon-z-prav-lyudini>

³ Strengthening the UN Human Rights Council from the Ground Up. Report of a One-Day Dialogue held on 22 February 2018. Available at. URL: <https://www.hrw.org/news/2018/04/23/strengthening-un-human-rights-council-ground>

⁴ Statement by Ambassador Joachim Ruecker, Permanent Representative of Germany to UNOG, upon his appointment as President-elect of the Human Rights Council for 2015, 8 December 2014. Available. URL: <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=15423&LangID=E>

⁵ Resolution adopted by the General Assembly 60/251. Human Rights Council, 3 April 2006. Available at. URL: https://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/A.RES.60.251_En.pdf

⁶ Report on the twenty-fifth annual meeting of special rapporteurs/representatives, independent experts and chairs of working groups of the special procedures of the Human Rights Council (Geneva, 4 to 8 June 2018), including updated information on special procedures, Report of the Secretariat, 12 March 2019.

⁷ Sam, Kristina *NGOs at the UN Human Rights Council*. Diplomarbeit, University of Vienna. Fakultät für Sozialwissenschaften. 2011. P. 81.

⁸ A Practical Guide for NGO Participants, United Nations Human Rights Council, Revised edition, February 2013.

⁹ Resolution adopted by the Human Rights Council 16/21 Review of the work and functioning of the Human Rights Council, 12 April 2011. Available at: URL: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/G11/126/78/PDF/G1112678.pdf?OpenElement>

¹⁰ Resolution adopted by the General Assembly 65/281. Review of the Human Rights Council, 17 June 2011. Available at: URL: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N10/529/40/PDF/N1052940.pdf?OpenElement>

¹¹ Report of the Human Rights Council on its thirty-ninth session, 23 November 2018.

¹² *Martens K.* NGOs and the United Nations: Institutionalization, Professionalization and Adaptation. New York: Palgrave Macmillan, 216 p. P. 47.

¹³ *Gaer F.D.* Reality Check: Human Rights Nongovernmental Organisations Confront Governments at the United Nations / Third World Quarterly. Vol. 16, No. 3, Nongovernmental Organisations, the United Nations and Global Governance (Sep., 1995). P. 389–404.

¹⁴ *Gaer, F.D.* 'A voice not an echo: universal periodic review and the UN treaty body system'. *Human Rights Law Review*. 2007. Vol. 7. No. 1. P. 135.

¹⁵ Human Rights Council Decision 6/102. Follow-up to Human Rights Council resolution 5/1, 27 September 2007. Available at: URL: http://ap.ohchr.org/documents/E/HRC/decisions/A_HRC_DEC_6_102.pdf

¹⁶ Двічі Рада приймала рішення про відмову від конфіденційної процедури і переходу до відкритого обговорення: справа проти Киргизстану (2006) та проти Еритреї (2012).

Резюме

Лебідь В.П. Механізми взаємодії між неурядовими організаціями та Радою ООН з прав людини.

У статті проаналізовано процедури взаємозв'язку неурядових організацій із Радою ООН з прав людини, визначено перелік прав та можливостей представників громадянського суспільства брати участь у роботі Ради та впливати на процес дотримання міжнародних зобов'язань державами членами ООН.

Ключові слова: неурядові організації, Рада з прав людини, ООН, права людини, Універсальний періодичний огляд.

Резюме

Лебедь В.П. Механизмы взаимодействия неправительственных организаций с Советом ООН по правам человека.

В статье проанализированы процедуры взаимосвязи неправительственных организаций с Советом ООН по правам человека, определен перечень прав и возможностей представителей гражданского общества участвовать в работе Совета и влиять на процесс соблюдения международных обязательств государствами членами ООН.

Ключевые слова: неправительственные организации, Совет по правам человека, ООН, права человека, Универсальный периодический обзор.

Summary

Lebid V. Procedures of cooperation between non-governmental organizations and UN Human Rights Council.

The author analyzed the procedures of interaction of non-governmental organizations with the UN Human Rights Council, defines the list of rights and opportunities for representatives of civil society to participate in the work of the Council and influence the process of compliance with international obligations by the UN member states.

Key words: non-governmental organizations, Human Rights Council, UN, human rights, Universal Periodic Review.

УДК 340.12

П.М. РАБІНОВИЧ

Петро Мойсейович Рабінович, доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України, завідувач Львівської лабораторії прав людини і громадянина НДІ державного будівництва та місцевого самоврядування НАПрН України, професор Львівського національного університету ім. Івана Франка

ПРАВОВІСТЬ АНТРОПО-СОЦІАЛЬНИХ ЯВИЩ: ФІЛОСОФСЬКІ ЗАСАДИ ІДЕНТИФІКАЦІЇ

Вступні зауваги. У сучасний період існування української держави в її законодавстві намітилась певна нова тенденція: у ньому почастишали випадки використання складних слів (термінів), коренем яких є «прав». Так, наприклад, у Конституції України вживаються такі терміни і термінологічні словосполучення, як-от: «*правова держава*», «*права людини*», «*право*», «*нормативні правові акти*», «*правосуддя*» (відповідно ст. ст. 1, 3, 8, 117, 124)¹; у Кодексі адміністративного судочинства України – «*протиправні*» акт, дії, бездіяльність (ст. 245)²; а у Кримінальному кодексі України «*неправосудний вирок*» (ст. 375); «*неправомірна вигода*», (ст. ст. 354, 364, 364-1, 368, 368-3, 368-4, 369, 370)³. Розуміння усіх наведених термінів та терміносполучення у юридичній практиці, у різноманітних юридичних актах та документах має бути однозначним, аби відповідати принципам, насамперед рівності усіх громадян перед законом і судом, недискримінації, правової визначеності. При цьому є очевидним, що усі згадані вище терміни є, так чи інакше, похідними від слова «право». І тут ми неминує наражаємося на такий беззаперечний факт, доведений усією правовою історією (та й сучасністю): останнє не було та й не є односмісловим, однозначним.

Слово «право» як назва різноманітних явищ і понять. Термін «право» від давніх-давен і донині ніде і ніколи не мав однакового значення, уніфікованого смислу.

На юридичному факультеті Львівського національного університету ім. Івана Франка за мого наукового керівництва на початку 2000-х рр. студенткою (згодом аспіранткою, а нині – доцентом) Т. Дудаш була здійснена унікальна наукова розвідка. Предметом цієї розвідки було виявлення первинних значень слова «право» у численних різноманітних мовах світу. І на основі вивчення цього терміна у 50-ти різномовних етимологічних словниках було виявлено, що у стародавні часи цим терміном найчастіше позначались такі явища (і поняття про них):

- *свобода* людини, тобто простір здійснення можливостей людської поведінки (діяльності);
- *справедливість* як оцінювана щодо тих чи інших суб'єктів суспільства певна властивість суспільних явищ, зокрема людських вчинків;
- *правила* (норми) різноманітного походження стосовно людської поведінки, зокрема звичаї і традиції;
- частина (чи форма) *моралі*;
- лише такі *норми поведінки*, які тими чи іншими суб'єктами вважаються *справедливими*;
- *норми* такої поведінки, *встановлені* саме *державою*, її органами чи посадовими особами;
- *угоди* (договори) учасників суспільних відносин.

У період же новітньої історії (XX–XXI ст.) людства термін «право» почав використовуватися також для позначення ще й таких явищ і понять про:

- *суспільні відносини* певного виду;
- *комунікація* (перемовини, дискурс) між суб'єктами;
- *вимоги* (домагання) суб'єктів щодо надання їм певних благ, цінностей, звернені до суспільства, держави чи до інших осіб;
- *можливості* задоволення людських потреб та інтересів учасників суспільних відносин;
- *інтереси* соціальних груп або усього суспільства, захищені державою чи іншою публічною владою;
- *балансування* («зважування») між собою інтересів людей та їхніх груп;
- *почуття*, переживання, емоції учасників суспільних відносин.

У філософсько-правовій та теоретико-правовій науках сформовано спеціальну категорію (тобто поняття вельми широкого змісту), яка, здавалось би, спроможна охопити, відобразити усі існуючі роз'яснення стосовно того, що ж являє собою явище *права*. Такою є категорія *праворозуміння*. Визначити її можна у такий спосіб: **праворозуміння – це відображення у людській свідомості за посередництва поняття «право» того явища, яке є корисним для задоволення потреб існування й розвитку певного суб'єкта. Такі суб'єкти можуть бути або індивідуальними (окремі індивіди), або колективними (людські спільноти, угруповання).**

Якщо численні, досить різноманітні явища позначаються одним і тим самим словом («право»), то це, мабуть, тому, що їм усім притаманна одна й та сама властивість, якість.

То в чому ж вона полягає?

На мою думку, таким спільним є їхня здатність, спроможність бути життєво необхідними (корисними, цінними) для існування й розвитку тих чи інших різноманітних учасників суспільного життя (окремих людей та їхніх груп – спільнот, колективів, об'єднань тощо). І насамперед самі ці суб'єкти (або ж їхні представники) прагнуть вживати стосовно відповідних явищ означене слово. Адже такі явища якраз створюють чи «уособлюють» можливості, необхідні для задоволення людських буттєвих потреб, а тому й слугують підставою, «виправданням» певних очікувань і діянь, як *правильних, справедливих, правдивих, виправданих*.

Чому існують різні праворозуміння. Тут йдеться, вочевидь, про *причини* неоднозначної відповіді на питання: *що є правом?* Тобто про ті обставини, які від початків людської цивілізації й дотепер зумовлювали розмаїті тлумачення поняття «право».

У чому ж ці причини полягають? Чи вони є випадкові чи, навпаки, закономірні? Чи можуть вони бути усунені? Або ж, можливо, колись вони зникнуть самі?

Іншими словами, з чого виходять ті, хто *обирає* – усвідомлено чи неусвідомлено – лише певний варіант праворозуміння?

Такі причини, які зазвичай мають *соціальний* характер, можна розподілити на дві групи: *потребові та пізнавальні*, або інакше кажучи, *гносеологічні*.

До першої групи належать ті, котрі коріняться у соціальній неоднорідності суспільства, тобто у його поділі на різноманітні частини – нації, етнічні спільноти, соціально-економічні класи, професійні верстви, ідеологічні угруповання тощо. А кожна із таких соціальних груп має – поряд із однаковими, загальносуспільними потребами й інтересами – і свої специфічні, неоднакові потреби та інтереси. І цілком природним є те, що кожна соціальна група (в особі її індивідуальних чи колективних представників) схильна вважати *правом* насамперед таке явище, яке полегшує, а не ускладнює її існування й розвиток, яке сприяє, а не перешкоджає задоволенню її потреб та інтересів. Отож у суспільстві соціально неоднорідне слово «право» використовується для позначення і явищ неоднорідних.

Друга ж група причин полягає у тому, що яке б явище не вважалось правом, це явище зазвичай є досить складним, багаторівневим, багатогранним. І тому при його пізнанні майже неможливо охопити відразу й одночасно усі його грані, прояви, сторони. Найчастіше дослідник не осягає всіх його елементів, а зосереджується лише на якомусь одному з них, і нерідко перебільшує його значимість. Наслідком такої пізнавальної ситуації стає вирізнення лише окремих проявів відповідного явища, які, проте, проголошуються «правом» у цілому, в усій його повноті та цілісності.

До цієї ж групи причин належить і та обставина, що яке б явище не вважати правом, воно зазвичай не є незмінним, застиглим, а навпаки, є мінливим, плинним, змінюваним, тобто динамічним. І це теж, так чи інакше, зумовлює трансформацію праворозуміння (причому навіть у межах однієї соціальної групи).

Оскільки ж усі зазначені вище фактори нині супроводжують і, цілком ймовірно, завжди супроводжуватимуть існування будь-якого суспільства, то *плюралізм праворозуміння й надалі залишатиметься постійно притаманним людській свідомості*.

Втім, коли виникає небезпека для існування якогось суспільства (скажімо, внаслідок зовнішнього збройного нападу на нього з боку іншої держави) або ж загроза для життєдіяльності усього людства (наприклад, через руйнівні природні катаклізми чи істотне погіршення зовнішнього природного середовища на планеті), тоді можуть складатися умови задля формування єдиного, уніфікованого праворозуміння у відповідній спільноті.

Основні різновиди праворозуміння. До них (як свідчить уся тривала історія правової думки) належать щонайменше такі, які дістали досить *умовні* назви різновидів «позитивістське» та «непозитивістське» (або так зване «природне»). Перше зазвичай пов'язується із тими чи іншими волевиявленнями держави; натомість друге, навпаки, визнає правом саме такі явища, які виникають та існують до або незалежно від означених волевиявлень.

Серцевиною другого різновиду праворозуміння визнаються *основоположні права людини*. З такої назви останніх випливає висновок, що існують і такі права та свободи людини, які до основоположних не належать. А отже, постає питання про критерії розмежування названих «природних» прав і свобод.

Спробуємо розглянути це питання.

Буттєві потреби людини – генератор її основоположних прав. Як уже визначалося мною, загальне поняття людських потреб відображає *стан нестачі певних благ, необхідних для її нормального – за конкретною-історичних умов існування та розвитку, який спричиняє у неї фізичний та психічний дискомфорт*.

Коментуючи наведену дефініцію, висловлю ще декілька додаткових міркувань.

По-перше. В якості «нормальних» (потреб людини) кваліфікуватимуться ті з них, котрі забезпечені таким обсягом засобів їх задоволення, який є достатнім для всіх членів суспільства; ці засоби можуть бути розподілені між останніми на засадах соціальної справедливості; потребозадовольняюча діяльність носія потреб не спричинятиме шкоди будь-яким іншим суб'єктам.

По-друге. Всесвітніми (а також регіональними) стандартами основоположних прав людини є, точно кажучи, у більшості випадків, тільки-но самі *назви* (найменування, термінологічні позначення, тобто словесні «оболонки») прав людини. Проте їх реалізація, що відбувається в конкретно-історичних суспільствах, є із зрозумілих причин неоднаковою за змістом і обсягом, тобто насправді нестандартною.

По-третьє. Потреби людини – з огляду на тривалість, тяглість процесу їх задоволення – розподіляються на *безперервні* (наприклад, потреба дихати) та *дискретні* (скажімо, потреба в їжі чи у сні). Ця їх класифікація має враховуватись при з'ясуванні та забезпеченні засобів задоволення тих чи інших потреб.

По-четверте. «Доза» (в кількісному вимірі, скажімо, відсоток) задоволених потреб людини в усьому їх обсязі, належному їй, – в певний проміжок часу та за певних конкретно-історичних умов – є найважливішим показником якості її життя, рівня її благополуччя. Користуючись цим показником, можна робити переконливий висновок стосовно розвиненості, справедливості, гуманності відповідного суспільства, умов життєдіяльності людей у ньому.

Основоположні права людини: критерії вирізнення. Як відомо, у деяких праволюдних міжнародних актах, зокрема у європейській Конвенції 1950 р. стосовно прав і свобод людини, вживається прикметник «основоположні» (англійською мовою – *fundamental*). У практиці перекладів цього прикметника українською мовою (у тому числі – перекладах офіційних) використовувалися різні терміни, зокрема: «фундаментальні», «основні», «основоположні». Звідси випливає висновок про те, що зазначений термін орієнтує на вирізнення (виокремлення) названого різновиду прав і свобод з-поміж усіх інших явищ такого роду (класу). Отож викладені нижче думки з цього приводу влягають собою спробу запропонувати одне із можливих розв'язань такого завдання, в основу якої покладено так званий потребовий дослідницький підхід, який здавна обґрунтовується мною у праволюдних дослідженнях.

Як мені вже доводилося зазначати (див.: Публічне право. 2018. № 2. С. 161–164), загальним термінопоняттям «потреба» відображається, взагалі кажучи, одна із закономірних (іманентних, невід'ємних, неунікнуваних, можна сказати, органічних) властивостей будь-яких живих істот. Такою властивістю є певний їхній *стан* (рос. – «состояние»). Він (його зміст) полягає у *нестачі* (дефіциті, неповноті або відсутності) певних благ, екзистенційно необхідних для нормального – за певних конкретно-історичних умов (обставин) – існування та розвитку таких істот. При цьому означена нестача зазвичай супроводжується наявними у її носія негативними, дискомфортними переживаннями, відчуттями, емоціями, уявленнями, думками тощо.

Потреби людини (за такої інтерпретації їх сутності) є явищем насамперед *об'єктивним* – за їхнім змістом та обсягом. Це полягає у тому, що їх реальне існування не залежить від того, чи вони усвідомлені раціонально (інтелектуально) їхнім носієм або ж якимось іншим суб'єктом, чи не усвідомлені. (Особливо це стосується, зрозуміло, потреб власне фізичних (біологічних фізіологічних – одне слово, вітальних). Але задоволення навіть і таких потреб здійснюється зазвичай у формах і такими засобами, які спродуковані соціумом. Тому не буде перебільшенням назвати навіть означені потреби *біосоціальними* (так само, як, до речі, і саму людину нерідко іменують істотою біосоціальною). При цьому видається принципово важливим підкреслити, що і явно оціночне термінопоняття «нормальне» (існування) теж може характеризуватися показниками досить об'єктивного гатунку (про що йтиметься далі).

Та водночас потреби людини є також і явищем *суб'єктивним*, оскільки вони (на якомусь рівні, у якійсь формі свідомості їх носія стан нестачі у нього певних благ) є невід'ємні від нього, приналежать йому і задовольняються, у кінцевому підсумку, його власними діями, вчинюваними за його особистим добровільним розсудом задля послаблення чи усунення наявного у нього дискомфорту, викликаного незадоволеністю його буттєвих потреб.

Видається очевидним, що роль різноманітних потреб людини (а отже, і їх задоволення) в існуванні та розвитку людини у соціумі є неоднозначною. З огляду на таку роль серед усіх людських потреб виділяють насамперед такі, без задоволення яких життєдіяльність людини взагалі стає неможливою. До останніх зазвичай включають передусім потреби в їжі, в одязі, а також у житлі. (До речі, така обставина дістала відображення у ст. 48 Конституції України). Там зазначено, що *Кожен має право на достатній життєвий рівень для себе і своєї сім'ї, що включає достатнє харчування, одяг, житло*. З огляду на це названі три види людських потреб буде цілком підставним вважати базовими, тобто фундаментальними, основоположними.

Отож, спираючись на викладені міркування, видається підставним зробити висновок про те, що – з позицій потребового підходу – основоположними правами і свободами людини слід вважати такі, котрі фіксують її можливості задоволення саме базових, життєво необхідних, буттєвих потреб.

Якщо численні, досить різноманітні явища позначаються одним і тим самим словом («право»), то це, мабуть, тому, що їм усім притаманна одна й та сама властивість, якість.

То в чому ж вона полягає?

На мою думку, таким спільним є їхня здатність, спроможність бути життєво необхідними (корисними, цінними) для існування й розвитку тих чи інших різноманітних учасників суспільного життя (окремих людей та їхніх груп – спільнот, колективів, об'єднань тощо). І насамперед самі ці суб'єкти (або ж їхні пред-

ставники) прагнуть вживати стосовно відповідних явищ означене слово. Адже такі явища якраз створюють чи «уособлюють» можливості, необхідні для задоволення людських буттєвих потреб, а тому й слугують підставою, «виправданням» певних очікувань і діянь, як *правильних, справедливих, правдивих, виправданих*.

Різноманітні праворозуміння можна об'єднувати у певні види (класифікувати) за різними критеріями, зокрема за способом обґрунтування, за культурно-цивілізаційною поширеністю, за соціально-змістовою природою, за кількісним складом суб'єктів-носіїв.

Скористаюсь лише одним із класифікаційних критеріїв, а саме: пов'язує чи не пов'язує певне праворозуміння явище права безпосередньо з владно-регулятивною діяльністю держави, її органів. За цим критерієм види праворозуміння поділяються на, так би мовити, *загальносоціальне* (зокрема, «природне» або «непозитивістичне»), коли правом визнаються суспільні явища (норми поведінки, відносини та ін.) недержавного походження і функціонування, та *спеціальносоціальне* – державно-вольове, або *ж* «юридичне», коли правом визнаються явища виключно державно-вольового походження.

Прикладом першого різновиду праворозуміння може слугувати таке, згідно з яким правом визнаються можливості задоволення потреб та інтересів певних учасників суспільного життя (так зване *потребове* праворозуміння, до прибічників якого здавна належу і я). Прикладом же другого з різновидів праворозуміння може слугувати, умовно кажучи, праворозуміння *юридичне*, згідно з яким право – це правила поведінки, які встановила чи схвалила і забезпечує держава в особі своїх різноманітних органів: юридичні закони, постанови, укази, ухвали, рішення, вироки тощо.

З позицій першого різновиду праворозуміння таке явище, як *основоположні людські права*, виникає та існує в людей та у їхніх груп насправді незалежно від волевиявлення держави, від її політики, від її законів, від регулятивної діяльності її органів та посадових осіб. А з позицій другого різновиду праворозуміння йдеться про загальнотеоретичний аспект юридичного (державно-вольового) регулювання суспільних відносин.

¹ Конституція України від 28 червня 1996 року. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.

² Кодекс адміністративного судочинства України від 6 липня 2005 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2005. № 35–36. № 37. Ст. 446.

³ Кримінальний кодекс України від 5 квітня 2001 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2001. № 25–26. Ст. 131.

Резюме

Рабинович П.М. Правовість антропо-соціальних явищ: філософські засади ідентифікації.

Стаття присвячена аналізу низки фундаментальних аспектів плюралістичності праворозуміння. Зокрема, спираючись на результати унікального етимолого-правового дослідження, проведеного на початку 2000-х рр. на юридичному факультеті Львівського національного університету імені Івана Франка, виявляється понад десяток різноманітних соціальних явищ, стосовно яких і донині використовується термін «право». З'ясовуються основні причини плюралізму праворозуміння (соціальні та гносеологічні). Виявляється та спільна риса зазначених явищ, наявність якої дає змогу заінтересованим суб'єктам відображати їх одним і тим самим термінопоняттям: «право». Такою рисою є здатність відповідних явищ сприяти задоволенню потреб та інтересів тих чи інших суб'єктів суспільства (чи індивідуальних, чи колективних). У підсумку резюмується, що за такого методологічного – так званого потребового – підходу правом слід вважати можливості задоволення певних людських потреб, котрі необхідні для існування і розвитку учасників суспільного життя, зумовлені досягнутим рівнем розвитку конкретно-історичного соціуму та забезпечені соціальними обов'язками його відповідних суб'єктів.

Ключові слова: плюралізм праворозуміння, причини плюралізму праворозуміння, потребовий дослідницький підхід, потребове розуміння правовості явищ.

Резюме

Рабинович П.М. Правовість антропо-соціальних явлень: философские начала идентификации.

Статья посвящена анализу философских аспектов правопонимания. В частности, исходя из результатов уникального этимолого-правового исследования, проведенного в начале 2000-х гг. на юридическом факультете Львовского национального университета имени Ивана Франка, выявляются более десятка различных социальных явлений, отображаемых терминопонятием «право». Выясняются основные причины плюрализма правопонимания (социальные и гносеологические). Констатируется общее свойство таких явлений, наличие которого дает основание заинтересованным субъектам отображать их указанным терминопонятием. Таким свойством оказывается способность таких явлений содействовать удовлетворению потребностей и интересов тех или иных субъектов общества (индивидуальных или коллективных). В итоге резюмируется, что при таком методологическом – потребностном – подходе правом следует считать возможности удовлетворения определенных человеческих потребностей, необходимых для существования и развития членов общества, обусловленных достигнутым уровнем его развития и обеспечиваемых социальными обязанностями его субъектов.

Ключевые слова: плюрализм правопонимания, причины плюрализма правопонимания, потребностный исследовательский подход, потребностное понимание правовости явлений.

Summary

Rabinovich P. Legality of the anthropo-social phenomena: philosophical grounds of identification.

The article is focused on analysis of some fundamental aspects of the plural understanding of the law essence. In particular there are suggested more than a dozen social phenomena, which still are named by the word “law”. These phenomena have been found in

the course of research undertaken in the early 2000's at the Law faculty of the Lviv National University named after Ivan Franko. The article reveals the main reasons of the plurality of law understanding (social and epistemological). It's been found the common feature of the mentioned phenomena, which allows the interested individuals to reflect them with the same term – «law». This feature is the capacity of those social phenomena to contribute in satisfaction (meeting) the needs and interests of the relevant social actors (either individual or collective). All in all it is concluded that according to such methodological approach – so called necessity oriented approach – the law is considered as capabilities to meet the relevant human needs, which are necessary for the existence and development of the social life participants and these needs are resulted from the achieved level of development of the specific historical society and are secured by the social obligations of the relevant social actors.

Key words: the plural understanding of the law essence, the reasons of the plurality of the law understanding, necessity oriented approach, necessity oriented understanding of the legality of phenomena.

УДК 343.01

М. БЕЖАНІДЗЕ

Миرون Бежанідзе, магістр Батумського державного університету ім. Шота Руставелі

ТЕОРІЇ ПРО ЦІЛІ ПОКАРАННЯ

У житті суспільства і держави як у минулому¹, так і в сьогоденні² важливе значення має поняття покарання і цілей покарання.

Покарання, як одне із понять кримінального права, менш розроблене в кримінальному праві. Кримінальний кодекс Грузії не містить визначення поняття покарання.

У Кримінальному кодексі Грузії зазначені цілі покарання. Для того, щоб створити повну картину про поняття покарання, необхідно розглянути цілі покарання. Водночас необхідно з'ясувати, на якому теоретико-догматичному напрямі ґрунтуються існуючі в Кримінальному кодексі Грузії цілі покарання. Саме з використанням теоретико-догматичних підходів краще виявити той фундамент, за допомогою якого можна визначити поняття і цілі покарання.

Це питання є непростим. Його складність визначає і той факт, що воно вирішується не тільки в кримінально-правових рамках і є досить багатограним. Звичайно, ми не можемо претендувати на повне висвітлення питання, втім, вважаємо за необхідне приділити увагу низці дискусійних питань молодих дослідників. Цілі покарання, з точки зору загальних тенденцій, повинні бути законними і справедливими та відображати принципи правової, демократичної, гуманної, недискримінаційної держави.

Теорія (грецьк. θεωρία – розгляд, дослідження) – вчення, система ідей та принципів, що є сукупністю узагальнених положень, які утворюють науку або її розділ. Теорія виступає як інформаційна модель синтетичного знання, в межах якого окремі поняття, гіпотези і закони втрачають колишню автономність і стають елементами цілісної системи. В теорії одні судження виводяться з інших суджень на основі практичних підтверджень та/або правил логічного висновку³.

Як ми вже зазначили, покарання займає одне з основних місць в кримінальному законодавстві, оскільки воно є засобом впливу на скоєний злочин.

Проблема мети покарання завжди була предметом спору на різних етапах розвитку людства. Серед правознавців, теологів, соціологів, філософів та психологів існували різні міркування, на підставі чого виникли і розвивалися теорії покарання, тобто ті вчення, ідеї й принципи, які лежать в основі цілей покарання.

Виділяють три основні групи: 1. Абсолютна. 2. Відносна (утилітарна). 3. Об'єднуюча теорія.

1. Абсолютні теорії. Абсолютні теорії при призначенні покарання єдиною метою визнають помсту. У покарання не може бути іншої мети, окрім помсти. У кримінально-правовій літературі замість абсолютної теорії застосовують також теорію помсти.

Відповідно до абсолютної теорії метою покарання є відновлення справедливості та помста за вчинене діяння. Помста є найстарішою в історії і найбільш значимою метою за вчинений злочин.

Слід зауважити, що абсолютна теорія ґрунтується на принципі таліону – «око за око, зуб за зуб», яка розглядає покарання як помсту і передбачає відповідне заподіяння шкоди (помсту) за скоєне діяння. У вавилонському праві, зокрема в законах Хаммурапі, керувалися принципом таліону, тобто принципом дзеркальності, означало, що покарання було платою за злочин.

Абсолютна теорія розглядає злочин, який скоєно в минулому, і карає за це діяння. Абсолютна теорія являє собою вчення про репресивну реакцію держави на вчинений злочин. Вона сприяє відновленню справедливості. Відповідно, карається і та особа, яка вперше вчинила злочин⁴.

«Відповідно до абсолютної теорії покарання, в основі покарання лежить якість необхідне (абсолютне) начало, яке залежить від практичних цілей і інтересів. За цією теорією, підставою для покарання винного є тільки обставина вчинення ним злочину і цим він порушив якість абсолютне начало. Покарання є самоціллю і обов'язковим підсумком злочину. Його виконання є вищим законом людства. Нехай країна загине, але правосуддя повинно здійснитися»⁵.

З точки зору цілей покарання абсолютну теорію можна розділити на дві групи:

1. Покарання має виправити вчинену несправедливість і відновити справедливість.
2. Покарання має бути помстою за вчинену несправедливість⁶.

Вчення (теорії) про покарання двох німецьких філософів належать до групи абсолютної теорії покарання – це вчення Іммануїла Канта (1724–1804 рр.), засновника німецької класичної філософії, і Георга Вільгельма Фрідріха Гегеля (1770–1831 рр.), одного із творців німецької класичної філософії.

І. Кант зазначав, що злочин належить до порушень моральної категорії і тягне за собою застосування покарання. Варто звернути увагу на те, що в теорії Канта покарання набуває характеру примітивного матеріального таліону. «Що є принципом покарання, яким керується правосуддя?» – ставить питання Кант і сам же відповідає: «Це принцип рівноправності».

«Те зло, яке ти заподієш іншому, шкодить тобі», – пише Кант. У разі образи іншого – ображаєш себе, в разі крадіжки, фізичного насильства, вбивства діє той же принцип, який Кант називає законом таліону⁷.

Особливістю вчення Канта є те, що воно заперечує застосування в сфері права будь-яких критеріїв справедливості. Практичні цілі й міркування для нього зовсім чужі. При призначенні покарання держава не повинна керуватися утилітарними міркуваннями. Людина являє собою самоціль і не може бути використана як засіб досягнення будь-якої практичної мети.

Покарання, що накладається судом, вважає Кант, ніколи не може бути тільки засобом досягнення певного блага; злочинець повинен бути засуджений тільки тому, що скоїв злочин. Бо з людиною не можна поводитися як з простою річчю і приносити її в жертву яким би то не було корисним цілям; це гарантується її природженою особистістю. Тому злочинець повинен бути визнаний гідним покарання, перш ніж ми подумаємо про одержання з цього будь-якої вигоди.

У своїх працях філософ розвивав теорію покарання, згідно з якою кримінальне покарання – це справедлива кара за злочин, заподіяння державою певного страждання злочинцеві за скоєне ним зло. Покарання – це вимога категоричного імперативу, що не потребує додаткових утилітарних міркувань: злочинець повинен бути визнаний таким, що підлягає покаранню до того, як виникає думка про те, що з цього покарання можна отримати користь для нього самого або для його співгромадян⁸.

При розгляді теорії помсти Іммануїл Кант називає три основні пункти: 1) злочинець повинен бути покараний за його діяння; 2) злочинець може бути покараний за тільки ним заподіяне зло; 3) тяжкість і вид покарання та тяжкість і вид злочину мають бути ідентичними⁹.

Можна сказати, що, на думку Іммануїла Канта, головне – помста за скоєний злочин, щоб відновити справедливість. Якщо злочинець скоїв злочин, то він повинен бути покараний. Тяжкість і вид злочину повинні бути пропорційними тяжкості і виду покарання.

Абсолютну теорію покарання розвиває інший німецький філософ – Георг Вільгельм Фрідріх Гегель. На думку Гегеля, право є здійсненням загальної волі, а злочин, як виявлення індивідуальної волі, порушує право. Покарання є запереченням злочину; як заперечення злочину воно являє собою засіб відновлення порушеного права¹⁰.

Георг Вільгельм Фрідріх Гегель заперечує вчення Пауля Йоганна Ансельмафон Фейєрбаха (1775–1833 рр.), яке базується на теорії залякування (Androhurg). «Право і справедливість, – говорить він, – має на увазі свободу і волевиявлення, а залякування (загроза) свідчить про те, що з людиною обходяться як з твариною»¹¹.

Для поглядів Гегеля характерне заперечення покарання як права винного (злочинця). За Гегелем, якщо ми розглядаємо покарання як право злочинця, це свідчить про те, що ми поважаємо його, як свідому істоту. Навпаки, не поважаємо його, якщо ми не приймаємо з його злочину саме поняття покарання і його міру; а також менше поважаємо його, коли вважаємо його шкідливою твариною, яку необхідно нейтралізувати або коли його караємо з метою залякування і виправлення. Виняток злочину являє помста (дзеркальне заподіяння шкоди), яка при призначенні покарання має на увазі рівноправність. Це і є рівноправність¹².

Покарання є запереченням нікчемного в самому злочині – воно є запереченням волі, що заперечила праву, отже, воно – ствердження права. У покаранні злочинця висловлюється перемога розумного над нікчемним і противним розуму¹³.

З огляду на вищеведене можемо сказати, що теорія Гегеля заперечує практичні або утилітарні цілі покарання, якими є залякування й виправлення. На його думку, головне – помста і відновлення порушеного права. Якщо покарання є запереченням злочину, виходить, що виключення злочину можливе через застосування покарання. Якщо людина, як свідомо істота, вчинила злочин і порушила право, ми повинні ставитися до неї з повагою і призначити покарання, щоб відновити порушене право. Також Гегель порушив питання щодо пропорційності злочину і покарання – це означає, що покарання має відповідати тяжкості злочину.

Теологічна теорія вважає злочин порушенням божого закону і розглядає покарання як моральну міру, встановлену Богом, тобто своєю сутністю вона спирається на абсолютну теорію.

Найперші зафіксовані теорії про цілі покарання належать до теологічних, оскільки базуються на постулатах Старого Завіту (Второзаконня, XIX, 21): покарання тут трактується як відплата за зло, а також залякування за правилами таліону «око за око, зуб за зуб». Однак уже в I ст. н.е. в Новому Завіті проголошується принцип «непротиплення злу насильством». Таким чином, можна припустити, що вже в давнину на перший план вийшли соціально значимий ефект покарання і його передбачуваний превентивний вплив¹⁴.

2. Відносні теорії. На противагу абсолютній теорії сформувалася відносна (релятивна) теорія або утилітарна (цільова) теорія, суть якої полягала в соціально корисних результатах і в запобіганні злочину. У кри-

мінально-правовій літературі замість відносної теорії застосовують релятивні й утилітарні (цільові) теорії. Ці теорії орієнтовані на майбутнє, для запобігання скоєнню злочинів в майбутньому. Вони вважають метою покарання загальну і спеціальну превенцію злочину.

«Загальна превенція стримує нестійких членів суспільства від вчинення злочину, а спеціальна превенція намагається виключити рецидив злочину, що досягається ресоціалізацією злочинця і має на увазі адаптацію до встановлених в суспільстві умов і правопорядку після відбування покарання. Саме в рамках утилітарної теорії склалися такі ліберальні інститути, як умовно-дострокове звільнення, умовний термін. Згідно з відносною теорією, покарання має практичну мету, оскільки воно приносить користь суспільству й державі. Через подібні цілі ці теорії називають утилітарними теоріями, що є вирішальним для запобігання злочину. Отже, утилітарні теорії по суті, є превентивними теоріями»¹⁵.

Спеціальна теорія покарання пов'язана з Францем фон Лістом (1851–1919 рр.). Він обґрунтовував застосування покарання виправленням і запобіганням нового злочину. У цій теорії виділяються два аспекти – негативний і позитивний. Негативний аспект за спеціальною теорією повинен застосовуватися проти невинуватих злочинців для захисту суспільства шляхом тривалої ізоляції («довічне ув'язнення»), щоб запобігти вчиненню нового злочину. Метою позитивної спеціальної превенції є повернення колишнього злочинця в суспільство шляхом ресоціалізації. Цій меті служать альтернативні заходи обмеження волі, умовний термін і умовно-дострокове звільнення¹⁶.

Теорія генеральної превенції покарання також відома під назвою теорії психічного примусу і пов'язана з ім'ям Пауля Йоганна Ансельма фон Фейербаха (1775–1833 рр.). Релятивні теорії покарання здійснюють функціоналізацію покарання як засобу досягнення цілей держави, і злочинець є інструментом захисту загального блага. Ця теорія ставить метою покарання залякування суспільства. Загроза покарання, залякування і виконання покарання повинні впровадити в суспільстві страх, щоб населення, яке перебуває під психічним залякуванням, не скоювало злочинів¹⁷. Звідси випливає, що Пауль Йоганн Ансельм фон Фейербах вважав метою покарання залякування суспільства.

Питання покарання досліджував давньогрецький філософ Платон. Можна сказати, що він був прихильником превенції злочину. Платон стверджував, що держава повинна призначити покарання винному не тільки тому, що він вчинив злочин, а й для того, щоб інші особи в майбутньому не вчинили злочин. Покарання повинно служити наступним цілям: виправлення злочинця, залякування інших осіб, знешкодження невинуватих злочинців.

Платон вважав, що немає сенсу карати людину тільки тоді, коли вона скоїла якийсь злочин, що сталося, того уже не зітреш ніколи. Мудрий законодавець повинен створювати репресивну політику так, щоб вона приносила суспільству користь. Відлуння думок Платона зустрічаються у римських письменників, його повторює римський філософ Сенека, який говорить: «Мудрець судить не тільки тому, що злочин скоєно, а тому, щоб в майбутньому його не було скоєно»¹⁸.

Значущою є робота італійського мислителя, юриста і публіциста Чезаре Беккарія (1738–1794 рр.) «Про злочин і покарання», де він пише про цілі покарання. З простого розгляду істин, викладених вище, з очевидністю випливає, що метою покарання є не катування і спричинення страждань людині і не прагнення визнати не скоєним злочин, який вже скоєно. Чи може в політичному організмі, покликаному діяти, не піддаючись впливу пристрастей, і утихомирювати пристрасті індивідів, знайти притулок марна жорстокість, зняряддя злоби і фанатизму або слабкості тиранів? І хіба можуть стогони нещасного повернути назад час, що безповоротно минув, щоб не відбулося вже зроблене діяння? Мета покарання, отже, полягає не в чомусь іншому, як у попередженні нових діянь злочинця, які завдають шкоди його співгромадянам, і в утриманні інших від подібних дій. Тому слід застосовувати такі покарання і такі способи їх використання, які, будучи адекватними скоєному злочину, справляли б найбільш сильне і найбільш тривале враження на душі людей і не завдавали злочинцю значних фізичних страждань.

Ієремія Бентам (1748–1832 рр.) – англійський філософ-мораліст і правознавець, соціолог, юрист, один із найбільших теоретиків політичного лібералізму, засновник одного з напрямів в англійській філософії – утилітарізму. В основі етики Бентама лежить «принцип користі», відповідно до якого дії людей, їх відносини повинні отримувати моральну оцінку згідно з принесеною ними користю. У визначенні користі беруться до уваги приватні інтереси людини. Вчення просвітителів у трактуванні Бентама перейшло у нього в принцип «найбільшого щастя найбільшого числа індивідуумів», у заклик до досягнення особистого успіху, що збільшує загальну суму щастя (див. статтю «Корисність»). Критерієм моралі виступає «досягнення користі, вигоди, задоволення, добра і щастя»¹⁹.

Ієремія Бентам надає ідеї користі виняткового характеру. Головною метою покарання філософ вважає запобігання злочину. На його думку, ступінь покарання повинен бути не меншим, ніж це необхідно, щоб переважити цінність користі від злочину. Мотив являє собою очікувану користь від злочину, яка дає стимул для скоєння злочину. Водночас очікуване покарання є стримуючим мотивом, який, діючи сам по собі або разом з іншими, впливає на людину в протилежному напрямі, змушуючи її утриматися від вчинення злочину. Сила спокуси дорівнює користі від вчинення злочину; розмір покарання повинен підвищуватися відповідно до користі від очікуваного злочину. Теорія Ієремії Бентама заснована на засадах доцільності користі, вся вона просякнута цією основою. Але він частково визнає теорію помсти²⁰.

Виходячи з наведеного вище, практична мета відносних або утилітарних теорій – принести користь суспільству і державі. Саме тому ці теорії називаються утилітарними.

Утилітаризм (лат. *Utilitas* – користь, вигода) – напрям в етиці (етична теорія), згідно з яким моральна цінність поведінки або вчинку визначається його корисністю. Під корисністю вчинку мається на увазі інтегральне задоволення або щастя, отримане всіма задіяними сторонами під час дії наслідків вчинку. Утилітаризм належить до консеквенціональної групи етичних теорій, оскільки судить не сам по собі вчинок, а його результат.

В основі утилітаризму лежать гедонізм або евдемонізм – ціннісні (аксіологічні) вчення, згідно з якими найвищою цінністю є задоволення або щастя. Чіткі визначення задоволення і щастя на даний момент залишаються проблемою. Проблемним залишається і питання, чи є ці поняття тотожними. Сучасні західні утилітаристи, як правило, отожднюють їх²¹.

Головна мета утилітарних теорій – принести користь суспільству і запобігти злочину. По суті, це превентивна теорія.

3. Об'єднуючі теорії. У результаті об'єднання абсолютних і відносних (утилітарних) теорій виникли об'єднуючі теорії, мета яких – примирити, з'єднати ці дві теорії. У кримінально-правовій літературі таку теорію називають змішаною, або еклектичною. Між цими двома теоріями існувала незакінчена суперечка. Саме кризь призму спору виникла третя теорія – об'єднуюча, або еклектична, метою якої є примирення і об'єднання концепцій двох непримиримих таборів²².

Німецький професор Клаус Роксін вказує, що об'єднанчі теорії також вбачають метою покарань помсту, спеціальну та загальну превенцію. Водночас на помсту покладається основна функція. У об'єднанчій (еклектичній) теорії по-новому сформульована помста (дзеркальне заповідання), спеціальна і генеральна превенція²³.

Йосеф Вардзелашвілі зазначає, що в кримінальному праві робиться розрізняльний акцент між спеціальною та генеральною превенцією. Мета призначення покарання – це виключно генеральна превенція. При призначенні покарання мета генеральної і спеціальної превенції покарання повинні бути однаково передбачені, а при виконанні покарання на передньому плані повинна бути мета спеціальної превенції (ресоціалізація).

Судова практика Німеччини давно застосовує об'єднуючу теорію покарання, у тих країнах, де кримінальне право частково підкреслює напрями спеціальної превенції, судова практика залишається вірною об'єднуючій теорії.

Помста, як мета покарання, займає перше місце при призначенні покарання, і тільки потім мета покарання – це залякування. При визначенні виду і розміру покарання повинні бути враховані вина злочинця, тяжкість і результати дії, персональні дані злочинця та його реінтеграція. Судова практика застосовує також генеральну превенцію покарання як справедливую помсту. Мета покарання має не тільки мститися, а й запобігати злочину в подальшому. Підставою призначення покарання є тяжкість діяння і ступінь персональної провини злочинця.

Кримінальне законодавство Грузії визнає об'єднуючу теорію, оскільки значущою є як помста за вчинений злочин, так і запобігання злочину та ресоціалізація. У Кримінальному кодексі Грузії об'єднані абсолютна і відносна теорії, їх синтез.

Отже, можемо зробити такі висновки. Завжди існували і будуть існувати злочинець, злочин і покарання, а у покарання завжди були цілі, які мали бути досягнуті. Ми розглянули теорії цілей покарання та їх відповідність чинному законодавству і спробували показати, що теорії про цілі покарання завжди були й будуть предметом (питанням) розгляду. Згідно зі ст. 39 Кримінального кодексу Грузії, метою покарання є відновлення справедливості, запобігання злочинам та ресоціалізація злочинця²⁴. Абсолютна теорія відповідає відновленню справедливості, а запобігання злочинам та ресоціалізація злочинця відповідає відносній (утилітарній) або превентивній теорії. Отже, чинне законодавство визнає об'єднанчу (еклектичну) теорію. Треба зазначити, що суперечки, які стосуються теорій про цілі покарання, тривають і на сьогоднішній день.

¹ *Вачеїшвілі А.* Покарання і заходи соціального захисту. Тб., 1960 (груз. мовою).

² *Турава М.* Кримінальне право. Загальна частина. Тб.: Вид-во «Меридіани», 2013 (груз. мовою).

³ Вікіпедія – вільна енциклопедія. URL: <https://ka.wikipedia.org/wiki/>

⁴ Визначення покарання і цілі. URL: <https://geolaw.wordpress.com/2013/02/03/sasjelis-cneba-da-miznebi/> (груз. мовою).

⁵ *Начкебія Г., Дваладзе І.* Загальна частина кримінального права: підручник. Тб.: Вид-во «Меридіани», 2007. С. 351 (груз. мовою).

⁶ *Катамадзе М.* Цілі покарання в кримінальному законодавстві (груз. мовою). URL: <http://www.nplg.gov.ge/gsdsl/cgi-bin/library.exe>

⁷ *Вачеїшвілі А.* Покарання і заходи соціального захисту. Тб., 1960. С. 29 (груз. мовою).

⁸ *Туманов А.А.* Сучасні аспекти теорії покарання I. Канга. *Концепт*: науково-методичний електронний журнал. 2013. Т. 3. С. 1656–1660. URL: <http://e-koncept.ru/2013/53334.htm>

⁹ *Вардзелашвілі Іосиф.* Цілі покарання: дис. ... д-ра наук. Тб.: Вид-во Тбіліського держ. університету, 2016. 45 с. URL: http://press.tsu.ge/data/image_db_innova/disertaciebi_samartali/ioseb_varzelashvili.pdf (груз. мовою).

¹⁰ Там само.

¹¹ *Вачеїшвілі А.* Покарання і заходи соціального захисту. Тб., 1960. С. 30 (груз. мовою).

¹² Там само.

¹³ *Бернер А.Ф.* Учебник немецкого уголовного права (Часть общая) С примечаниями, приложениями и дополнениями по истории русского права и законодательству положительному Н. Неклюдова. Том I. По изданию 1867 г. URL: Allpravo.ru – 2004.

¹⁴ Каримов Э.Т. Из Истории учений о целях наказания. Тольятти, 2011.

¹⁵ Дваладзе И. Загальна частина кримінального права. Покарання та інші кримінально-правові наслідки злочину. Тб.: Вид-во «Меридіани», 2013. С. 19 (груз. мовою).

¹⁶ Турава М. Кримінальне право. Загальна частина. Тб.: Вид-во «Меридіани», 2013. С. 355 (груз. мовою).

¹⁷ Там само.

¹⁸ Вачейшвілі А. Покарання і заходи соціального захисту. Тб., 1960. С. 31–32 (груз. мовою).

¹⁹ Иеремия Бенгам – Википедия – свободная энциклопедия. URL: <https://ka.wikipedia.org/wiki/>

²⁰ Вачейшвілі А. Покарання і заходи соціального захисту. Тб., 1960. С. 31–32 (груз. мовою).

²¹ Утилітаризм – Вікіпедія – вільна енциклопедія. URL: <https://ru.wikipedia.org/wiki/>

²² Катмадзе М. Вказана праця.

²³ Вардзелашивілі І. Вказана праця.

²⁴ Там само.

Резюме

Безшанидзе М. Теорії про цілі покарання.

Покарання як одне з понять кримінального права менш розроблено в кримінальному праві. Кримінальний кодекс Грузії не містить визначення поняття покарання.

У Кримінальному кодексі Грузії дані цілі покарання. Для того, щоб створити повну картину про поняття покарання, необхідно розглянути цілі покарання. Разом із цим, необхідно з'ясувати на якому теоретико-догматичному напрямі ґрунтуються наявні в Кримінальному кодексі Грузії цілі покарання. Саме слідами теоретико-догматичних підходів краще виявляється той фундамент, за допомогою якого можна визначити поняття і цілі покарання.

Проблема мети покарання завжди є предметом спору і на різних етапах розвитку людства. Це питання досить складне. Його складність визначає і той факт, що дане питання не вирішується тільки в кримінально-правових рамках і він досить багатогранний. Природно, у нас немає претензії, щоб повністю вирішити дане питання, утім, думаємо приділити увагу, щоб винести на перший план низку дискусійних питань молодих дослідників.

Цілі покарання, з точки зору загальних тенденцій, повинні бути законними і справедливими і відображати принципи правового, демократичного, гуманного, недискримінаційного держави.

Ключові слова: покарання, цілі покарання, теорії про цілі покарання, інститут покарання.

Резюме

Безшанидзе М. Теорії о целях наказания.

Наказание как одно из понятий уголовного права менее разработано в уголовном праве. Уголовный кодекс Грузии не содержит определение понятия «наказание».

В Уголовном кодексе Грузии даны цели наказания. Для того чтобы создать полную картину о понятии наказания, необходимо рассмотреть цели наказания. Вместе с этим, необходимо выяснить на каком теоретико-догматическом направлении основываются существующие в Уголовном кодексе Грузии цели наказания. Именно по следам теоретико-догматических подходов лучше выявляется тот фундамент, при помощи которого можно определить понятие и цели наказания.

Проблема целей наказания всегда является предметом спора и на различных этапах развития человечества. Эти вопросы довольно сложные. Его сложность определяет и тот факт, что данный вопрос не решается только в уголовно-правовых рамках и он довольно многогранен. Естественно, у нас нет претензии, чтобы полностью решить данный вопрос, впрочем, думаем уделить внимание, чтобы вынести на первый план ряд дискуссионных вопросов молодых исследователей. Цели наказания, с точки зрения общих тенденций, должны быть законными и справедливыми и отображать принципы правового, демократического, гуманного, недискриминационного государства.

Ключевые слова: наказания, Цели наказания, Теории о целях наказания, Институт наказания.

Summary

Bezhanidze M. Theories about goals (aims/purposes) of punishment.

In this article we have discussed theories about goals (aims) of punishment, precisely, absolute, relative and connecting theories. Here, we present goals (aims/ purposes) of punishment by the crime code of Georgia and their theoretic-dogmatic basis. And that fundamental strength, which determines the punishment or its aims, is represented better according to the theoretic-dogmatic attitude since it has always been problematic to understand since ancient times till now. This subject is quite complicated, and its complication is caused by the fact, that it's not solved only in legal section and it's quite versatile. The discussion of theory of punishment aims will help to understand and realize the aims of punishment, both from criminal and philosophical points of view, since punishment is the primary measure in fighting against crime and it's impossible to act/use a criminal law in practice, moreover, it's even more complicated without punishment aims.

The article represents some opinion about punishment aims of different well-known philosophers, scientists, publicists and researchers. As a matter of fact, it's not our ambition to provide the complete solution of the problem, though having emphasized it, we can put forward some discussion topics for young researchers. According to a general tendency, punishment aims must be legitimate, fair and must illustrate modern life's humane, non-discriminative, democratic and legal state principles.

It is very important to understand the sense of punishment, punishment is the main way to fight against criminal. It is very significant to realize the aims of punishment in order to identify this way. It is necessary to study theories in order to understand punishment. The object of the research are criminal theories of punishment aims, which stipulate the subject of Georgian criminal provisions in relation with the aims of punishment nowadays. The problem of punishment aims have always been the subject of discussion on different stages of historical development till now.

There are diverse opinions represented in a special literature among legal experts, theologians, sociologists, philosophers or psychologists. Historically different views created various theories, i.e. particular doctrines, ideas, principles, which have become the basis

of punishment aims. In this study the researcher shows that the knowledge of punishment theories is the guideline to understand the sense of punishment.

Key words: punishment, goals of punishment/punishment goals/aims of punishment/purposes of punishment, theories about goals (aims/purposes) of punishment, punishment institute.

УДК 347.62:341.95(477)

А.А. БЕРЕЖНИЙ

Андрій Андрійович Бережний, студент Київського університету права НАН України

УКЛАДАННЯ ТА ВИЗНАННЯ ШЛЮБІВ ЗА УЧАСТЮ ГРОМАДЯН УКРАЇНИ В ДЕРЖАВАХ ЄС

Є країни, культура та традиції яких істотно відрізняються від українських. Як відомо, у різних країнах світу законодавство теж не є ідентичним. Тому не дивно, що існують деякі проблеми розбіжностей норм зарубіжного та українського законодавства. У сучасній правовій науці, в сімейному законодавстві дедалі частіше застосовується поняття «шлюби міжнародного характеру» або «шлюби за участю іноземного елемента». Такий їх статус визначається кількома чинниками: участю в них іноземного елемента (фізичної особи); регулювання відповідних відносин із застосуванням іноземного права; зарубіжним місцем укладення шлюбу.

Наявність у відносинах іноземного елемента в різних його проявах ставить питання про визначення матеріального права певної країни, яке буде застосовуватися до регулювання цих відносин. Гострота цього питання полягає у тому, що в законодавстві різних країн щодо регулювання сімейних відносин існують значні відмінності, які ґрунтуються на культурних, етнічних, релігійних та правових традиціях. Аналіз особливостей правового регулювання укладення шлюбів з іноземцями варто починати з дослідження відмінностей законодавства різних країн. Це допоможе нам встановити, з приводу чого можуть виникати колізії, які потребують вирішення.

Проблема укладання та визнання шлюбів за участю громадян України в державах ЄС вивчалась багатьма вченими та науковцями, зокрема П. Петренко, В. Калакура, Н. Лопата та ін.

Метою статті є вивчення особливостей укладання та визнання шлюбів за участю громадян України в державах ЄС.

Відповідно до ст. 18 Закону України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства» іноземці та особи без громадянства можуть укласти шлюби з громадянами України та іншими особами згідно із законодавством України¹.

Іноземці та особи без громадянства мають рівні з громадянами України права і обов'язки у шлюбних і сімейних відносинах. Форма і порядок укладення шлюбу в Україні між громадянином України та іноземцем або особою без громадянства, а також між іноземцями або особами без громадянства визначаються правом України, що передбачено ст. ст. 55 та 56 Закону України «Про міжнародне приватне право»².

Досягнення шлюбного віку особами, які бажають побратися, передбачене правовими джерелами всіх держав.

У більшості з них вік шлюбного повноліття нижчий від віку загального повноліття. Шлюбний вік для жінок здебільшого нижчий, ніж для чоловіків. У різних державах цей вік неоднаковий. Приміром, у різних провінціях Канади шлюбний вік коливається від 16 до 19 років. Реєстрація шлюбу в Україні регулюється Сімейним кодексом (далі – СК) України. Статтею 22 зазначеного Кодексу шлюбний вік для чоловіків та жінок встановлюється у 18 років. Особи, які бажають зареєструвати шлюб, мають досягти шлюбного віку на день реєстрації шлюбу. Це загальне правило, але законодавство передбачає випадки, коли шлюбний вік може бути зменшено. Згідно зі ст. 23 Сімейного кодексу України за заявою особи, яка досягла 16 років, за рішенням суду їй може бути надано право на шлюб, якщо буде встановлено, що це відповідає її інтересам. Іноземець, який не досяг шлюбного віку, встановленого ст. 22 СК, не може зареєструвати шлюб в органі реєстрації актів цивільного стану навіть тоді, якщо за законом країни його громадянства вступ у шлюб допускався б і у більш ранньому віці. Такий висновок впливає з норм сімейного законодавства України, а також міжнародно-правових угод України. Згідно з ч. 3 ст. 21 Сімейного кодексу України релігійний обряд шлюбу не є підставою для виникнення у жінки та чоловіка прав та обов'язків подружжя³.

Утім релігійні шлюби є досить поширеними в багатьох країнах ЄС. У деяких країнах існують також расові обмеження, неможливість укладення шлюбу без згоди на те батьків. Згідно з чинним законодавством України такі шлюби визнаються дійсними на території України. Але на території країни, де існують такі заборони й обмеження, шлюб може бути не визнаним, якщо про інше не було укладено міжнародного дого-

вору. Як наслідок, може виникнути проблема, коли на території однієї країни шлюб визнається, а на території іншої – ні.

Норми про визнання шлюбів є у багатьох міжнародних договорах про правову допомогу в цивільних та/чи сімейних і кримінальних справах. Тут же визначається і компетентність органів, які беруть участь у розгляді справ про визнання шлюбів за участю іноземців⁴.

Знання про шлюб і сім'ю необхідні для вирішення низки важливих задач соціально-економічного розвитку України. Вивчення динаміки шлюбності між громадянами України та громадянами іноземних держав, зокрема Європейського Союзу, розширює знання про вплив соціально-економічних факторів на демографічні процеси. Особливості шлюбності необхідно враховувати при розробці ефективних заходів, спрямованих на оптимізацію відтворення населення. Одним із головних упереджувальних напрямів подолання кризи в шлюбно-сімейних процесах є збереження і відновлення шлюбних традицій. Передумовою для цього може стати насамперед формування сімейно-дружньої політики на ринку праці не тільки в Україні, а в країнах Європейської спільноти, підвищення рівня життя і поліпшення соціально-економічного становища населення, зокрема молоді.

Не зважаючи на відмінності у правових системах, менталітету, ступеня задоволення матеріальних, культурних і духовних потреб громадян у законодавстві, що регулює питання укладення шлюбу, в Україні та країнах ЄС є подібності, схожості, зокрема:

- всюди чітко визначені нормативно-правові акти, що регулюють шлюбно-сімейні відносини;
- укласти шлюб дозволяється після виповнення повноліття, з 18 років;
- у всіх країнах можливе укладення шлюбу раніше, але при різних обставинах та у виняткових випадках;
- є вичерпний перелік документів, які необхідно подати для оформлення документів для законного укладення шлюбу;
- перешкоди для укладення шлюбу всюди тожді;
- як в Україні, так і в країнах ЄС заборонений одноставий шлюб⁵.

Згідно із Законом України «Про міжнародне приватне право» правові наслідки шлюбу визначаються спільним особистим законом подружжя, а за його відсутності – правом держави, у якій подружжя мало останнє спільне місце проживання, за умови, що хоча б один із подружжя все ще має місце проживання у цій державі, а за відсутності такого – правом, з яким обидва з подружжя мають найбільш тісний зв'язок іншим чином. Подружжя, яке не має спільного особистого закону, може обрати право, що буде застосовуватися до правових наслідків шлюбу, якщо подружжя не має спільного місця проживання або якщо особистий закон жодного з них не збігається з правом держави їхнього спільного місця проживання. Подружжя може обрати для регулювання майнових наслідків шлюбу право особистого закону одного з подружжя або право держави, у якій один із них має звичайне місце перебування, або, стосовно нерухомого майна, право держави, у якій це майно знаходиться⁶.

На сучасному етапі спостерігається вплив зовнішніх та внутрішніх чинників на міграційну політику України, що спонукає до поглибленого вивчення нових, проблемних явищ, актуальність яких посилюється становленням української державності. До таких явищ можна віднести інститут «фіктивних шлюбів», який активно обговорюється в системі МВС.

За досвідом країн ЄС, наприклад у Франції, посвідка на проживання дається лише після двох років спільного проживання, а спроба вступити у шлюб заради вигоди або знаходження у такому шлюбі карається ув'язненням строком на п'ять років та штрафом у розмірі 15000 євро. Таке покарання застосовується і у випадку, якщо іноземець або особа без громадянства приховали свої наміри від громадянина Франції, з яким укладається шлюб. Покарання може бути посилене до 10 років ув'язнення і штрафом у розмірі до 750 тисяч євро, якщо такий злочин вчинено організованою групою осіб. До злочинців також застосовуються додаткові покарання у вигляді конфіскації майна та заборони на в'їзд у Францію строком від п'яти до 10 років.

У Латвії законопроектом про внесення змін до Кримінального Кодексу організація фіктивного шлюбу з метою отримання іноземцем статусу громадянина країни ЄС карається позбавленням волі строком до п'яти років. Для особи, яка уклала фіктивний шлюб, у тому числі для збагачення або для групи осіб, що вчинили подібне за попередньою домовленістю, передбачається позбавлення волі строком до восьми років з/без конфіскації майна.

У Нідерландах перевірки з боку міграційних структур відсутні, але громадянство можливо отримати тільки після 10-річного спільного проживання.

У Бельгії якщо встановлюється, що фіктивний шлюб укладався для отримання бельгійського громадянства, особа, яка порушила закон, може бути притягнута до кримінальної відповідальності, яка передбачає ув'язнення строком до двох років. Зазначене покарання також передбачено у разі примушування насильницьким шляхом однієї зі сторін до укладання такого шлюбу. Також діючим законодавством Бельгії встановлені повноваження співробітників муніципального управління, які мають право відмовити в реєстрації шлюбу, якщо виникають сумніви щодо щирості намірів осіб, які укладають шлюб.

У Німеччині за фіктивний шлюб, який укладається для отримання посвідки на проживання чи соціальних пільг, передбачено кримінальну відповідальність до трьох років позбавлення волі та штрафи. Щоб довести, що вже укладений шлюб не фіктивний, треба протягом трьох років терпіти контроль спеціальних службовців муніципальних управлінь.

В Україні зазначена проблематика також набирає обертів та економічна складова нашої країни цьому сприяє. Як правило, йдеться про укладення шлюбу строком на два роки, що в подальшому надає право на отримання посвідки на постійне проживання. При цьому в соціальних мережах Інтернету спостерігається рекламація таких заходів, загальна вартість яких не перевищує 1 тисячі доларів⁷.

Нині ч. 2 ст. 40 Сімейного кодексу України визначає, що шлюб є фіктивним, якщо його укладено жінкою та чоловіком або одним із них без наміру створення сім'ї та набуття прав та обов'язків подружжя. Визнати шлюб фіктивним можна виключно в судовому порядку, але шанси на це мінімальні, адже жодні перевірки на ширість намірів подружжів у нашій країні не здійснюються. Крім цього, за фіктивний шлюб в Україні не передбачено ані кримінальної, ані адміністративної відповідальності⁸.

Отже, можна констатувати, що українське законодавство та законодавство ЄС у сфері сімейних відносин виробили досить репрезентативну правову базу колізійного регулювання укладення шлюбу за участю іноземних громадян, його реєстрації та визнання шлюбу. Ключові норми регулювання цих відносин ґрунтуються на засадах особистого закону їх учасників, місця проживання або перебування, на принципах найтіснішого зв'язку, найбільш сприятливого права та автономії волі.

¹ Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства: Закон України [офіц. текст: за станом на 11 серпня 2013 р.]. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 2012. № 19. С. 833.

² Про міжнародне приватне право громадянства : Закон України [офіц. текст: за станом на 09 червня 2013 р.]. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 2005. № 32. С. 1248.

³ Сімейний кодекс України: прийнято Верховною Радою України 10.01.2002 р. № 2947-III. *Урядовий кур'єр*. 2002. № 44.

⁴ Калакура В. Колізійне регулювання укладення шлюбу з участю іноземного елемента. URL: <http://pravoznavec.com.ua/period/article/5720/%C2>

⁵ Чуга С.С. Порядок укладення шлюбу: порівняльний аналіз законодавства України та країн ЄС. *Закарпатські правові читання* : матеріали VI Міжнародної наук.-практ. конференції молодих учених та студентів (25–27 квітня 2014 р., м. Ужгород) / за заг. ред. В.І. Смоланки, М.В. Оніщука, Я.В. Лазура, О.Я. Рогача, І.М. Полюжина; відп. за вип.: Я.В. Лазур, І.М. Полюжин. Ужгород : Вид-во УжНУ «Говерла», 2014. Т. 1. С. 213–216.

⁶ Лопата Н. Особливості реєстрації шлюбу за участю іноземних громадян та осіб без громадянства в Україні. *Вісник Дніпропетровського університету імені Альфреда Нобеля*. Серія «Юридичні науки». 2015. № 1 (6).

⁷ Погребняк Н. Фіктивний шлюб чи легальні документи? URL: <http://migraciya.com.ua/news/GeneralDirectorateofVMlintheOdessaregion/ua-marriage-or-legal-documents/>

⁸ Сімейний кодекс України: прийнято Верховною Радою України 10.01.2002 р. № 2947-III. *Урядовий кур'єр*. 2002. № 44.

Резюме

Бережний А.А. Укладання та визнання шлюбів за участю громадян України в державах ЄС.

У даній статті здійснено характеристику теоретичних основ та законодавчо-правової регламентації особливостей укладання та визнання шлюбів за участю громадян України в державах ЄС.

Ключові слова: шлюби, укладання шлюбу, шлюб з іноземцем, сімейне законодавство, ЄС, країни ЄС, шлюби в ЄС, Україна, визнання шлюбу, національне законодавство, громадяни України, громадяни ЄС.

Резюме

Бережний А.А. Заключение и признание браков с участием граждан Украины в государствах ЕС.

В данной статье осуществлена характеристика теоретических основ и законодательно-правовой регламентации особенностей заключения и признания браков с участием граждан Украины в государствах ЕС.

Ключевые слова: браки, заключение брака, брак с иностранцем, семейное законодательство, ЕС, страны ЕС, браки в ЕС, Украине, признание брака, национальное законодательство, граждане Украины, граждане ЕС.

Summary

Berezhnyy A. Conclusion and recognition of marriages with the participation of Ukrainian citizens in the EU states.

In this article a description of the theoretical foundations and legislative and legal regulation of the peculiarities of the conclusion and recognition of marriages with the participation of Ukrainian citizens in the EU states was made.

Key words: marriage, marriage, marriage with a foreigner, family law, EU, EU countries, marriages in the EU, Ukraine, marriage recognition, national legislation, citizens of Ukraine, EU citizens.

К.О. МАНОЙЛО

*Катерина Олександрівна Манойло, студентка
магістратури Київського університету права
НАН України*

РОЗМЕЖУВАННЯ ПРАВОВИХ ДЕФІНІЦІЙ: ТЕРОРИЗМ, ПОЛІТИЧНИЙ ТЕРОРИЗМ, АГРЕСІЯ, РЕВОЛЮЦІЯ, ГЕНОЦИД, АНЕКСІЯ, ВІЙНА

Однією з ознак початку XXI ст. стала ескалація тероризму. Сьогодні ареною його проявів є не тільки традиційно вибухонебезпечні зони міжнародної напруги, а й практично всі держави світу: Нідерланди, Англія, Франція, Бельгія, Україна.

Вже сьогодні можна зробити висновок про те, що своєрідна «точка неповернення» до відносної міжнародної політичної стабільності, що склалася після Другої світової війни, найвірогідніше, пройдена остаточно. Глобальні відносини «холодної війни» після розпаду Радянського Союзу трансформувались у відносини «холодного миру», перейшли у фазу зовсім не позитивного «потепління». Збільшення кількості «гарячих точок» свідчить про загострення хронічної хвороби невирішених міжнародних проблем.

Ця проблема сьогодні стала глобальною загрозою людству. Щоб мати уявлення про це явище, слід з'ясувати суть поняття «тероризм» (з латин. *teror* – страх, жак). Вживане у дієслові «тероризувати» означає залякувати, породжувати страх вселяти страх і т.п. У тлумачному словнику сучасної української мови дається таке трактування тероризму, терору: найгостріша форма боротьби проти політичних і класових супротивників із застосуванням насильства аж до фізичного знищення. Надмірна жорстокість стосовно кого-небудь, залякування, тероризм. Здійснювання, застосування терору, діяльність і тактика терористів¹.

У сучасній, зокрема політичній, юридичній літературі терор інтерпретується як політика залякування, насильства й розправи над політичними супротивниками, аж до фізичного знищення.

Було розроблено близько 115 різноманітних варіантів визначення тероризму, перше з яких запропоноване Лігою Націй у 1937 р. в «Конвенції по запобіганню та покаранню актів тероризму», за яким під терористичними актами розуміються «злочинні дії, що здійснюються проти іншої держави або населення будь-якої держави з тим, щоб викликати страх серед окремих осіб, груп осіб або більшості населення»².

Терміни «тероризм», «терор» набули широкого вжитку з часів Великої Французької революції, під час якої панував яacobinський терор. Досі нема чіткої загальноприйнятої дефініції цих понять. Тероризмом В. Вітюк та С. Ефіров вважали дії опозиційних організацій, що практикували політичні вбивства, та тактику, а поняття «терор» закріпилося за репресивними діями держави³.

Принципово інший взаємозв'язок основних понять пропонують І. Бліщенко та М. Жданов. «Терор, – зазначають вони, – використовується як метод насильства, у той час як тероризм виступає як застосування цього методу шляхом індивідуальних терористичних актів»⁴.

У Конвенції Ради Європи про запобігання тероризму від 16 квітня 2005 р. тероризм визначається як попередньо сплановані систематичні вбивства, нанесення тілесних ушкоджень і створення загрози ні в чому не повинним людям для їх залякування з метою досягнення певних політичних цілей. Також були обговорені основні можливі заходи з протидії тероризму. Не викликає сумніву, що обов'язковим атрибутом сучасного тероризму виступає політичне мотивування, тобто наявність політичних цілей. Тому не будемо спеціально виокремлювати термін «політичний тероризм». Це дуже важливий момент, оскільки саме тут проходить одна із зовнішньо розрізнявальних граней між діяльністю терористів і кримінальних злочинців. Тому для розмежування цих двох понять необхідно виходити насамперед із мети та мотивів насильницьких акцій. У деяких випадках важливу роль відіграє і вибір об'єкта терористичних дій. Якщо при здійсненні подібної операції, що поєднується з отриманням грошей, для злочинців отримання грошей – самоціль і результат, то для терориста це, як правило, носить проміжний характер, оскільки гроші необхідні винятково для реалізації тих або інших політичних проєктів. Здійснюючи терористичний акт, терорист насамперед намагається досягти максимального розголосу (пабліситі), що є чи не найголовнішою метою терористичного акту, кримінальний злочинець, навпаки, ніколи не афішує своєї діяльності.

Політичне підґрунтя тероризму полягає також у тому, що будь-який терористичний акт так чи інакше пов'язаний з політичною системою, яку він зрештою намагається або розхитати, або зміцнити, для кримінального злочинця ж вплив його діяльності на політичну систему не відіграє суттєвої ролі, оскільки він намагається досягти лише суто своєї корисливої мети. До того ж кримінальні злочинці намагаються не посягати на основи суспільства, в рамках якого вони тільки й можуть здійснювати свою злочинну діяльність. Слід також зазначити, що окремі випадки втягнення злочинців у терористичну діяльність, а також маскуванню злочинців під терористів не можуть докорінно впливати на принципові розбіжності між ними.

Інший негативний компонент сучасного тероризму, що відзначається практично усіма науковцями, – наявність елементів залякування, намагання створити соціальну і психологічну атмосферу страху, заляку-

вання або уряду, або представників тих чи інших соціальних прошарків, груп, партій, або населення загалом. У цьому, зокрема, полягає принципова відмінність тероризму від поодиноких політичних убивств.

Особливої небезпеки сучасний тероризм набув і в силу того, що, вийшовши за національні рамки, перетворився на елемент міжнародних відносин, став загрозою не лише для життя окремої людини, а й для міжнародного миру, порядку та стабільності. Якщо феномен власне тероризму являє собою надзвичайно складне явище, що зачіпає майже всі сфери соціально-політичного життя суспільства, то міжнародний тероризм ніби «поглиблюється» залученням міжнародного елемента і впливає вже на всю систему міжнародних відносин загалом⁵.

Поняття «тероризму» тісно переплітається з такими однорідними поняттями, як геноцид, агресія, анексія, війна, революція повстанська та партизанська боротьба, національно-визвольний рух, репресія, анархізм, расизм, апартеїд, фашизм, вандалізм. Кожне з них має як свої власні, так і схожі з тероризмом ознаки, і цілком можуть розглядатися як одна із форм здійснення терору. Коротко охарактеризуємо їх.

Геноцид (гр. *genos* – рід, і лат. *caedere* убивати, буквально «знищення роду, племені») – дії, вчинені з наміром знищити (повністю або частково) будь-яку національну, етнічну, расову чи релігійну групу з певних мотивів. Це знищення може відбуватися як у відкритій (фізичне знищення), так і в завуальованій формі, тобто створенні певних умов, розрахованих на запобігання народженню дітей. Використовуючи усталене визначення геноциду, окреслимо ознаки, що відрізняють його від тероризму, а саме: а) геноцид є селективним, в той час як при тероризмі немає мети ліквідувати ту чи іншу соціальну групу, бо тероризм є індиферентним до жертв, і знищення тих чи інших груп осіб є лише засобом впливу на третіх осіб, які повинні вчинити або утриматися від вчинення тих чи інших дій; б) при геноциді повністю або частково знищується об'єкт впливу, тобто знищення є кінцевою метою, у разі знищення об'єкта впливу терористами їм вже не буде на кого впливати, а отже, кінцевою метою тероризму не може бути тотальне знищення об'єкта.

Агресія – поняття, яке інколи ототожнюється з тероризмом: йдеться про застосування збройної сили однією державою (групою держав) проти суверенітету, територіальної цілісності, політичної незалежності іншої держави або народу (нації). З цього випливає відмінність агресії від тероризму: при агресії чітко вказаний суб'єкт – держава, при тероризмі ж суб'єктом можуть бути певні організації, а також фізичні особи; об'єктом агресії може бути лише інша держава, а при тероризмі – невизначене коло осіб не тільки за межами, й всередині держави, котрі не в змозі себе захистити. Мета агресії полягає у захопленні території іншої держави, ліквідації незалежності тощо, тобто посягання вчинюється на найважливіші інститути держави, в той час як метою тероризму є примушення до виконання чи невиконання певних вимог злочинців. Ще одна відмінність полягає у тому, що тероризм – демонстративний злочин, який може вчинюватися для привернення уваги до певної проблеми, натомість агресія має чисто предметний характер і спрямована проти суверенітету, територіальної недоторканності та політичної незалежності⁶.

Анексія – один із різновидів агресії, насильницьке приєднання (захоплення) державою території іншої держави чи народності, а також насильницьке утримання народності в межах чужої держави. Відмінності анексії від тероризму такі ж як і агресії, з урахуванням тільки тієї особливості, що анексія є вужче поняття, яке стосується лише протиправного захоплення території. При тероризмі такої мети взагалі нема, бо тероризм спрямований на створення стану пригніченості, занепокоєності в суспільстві, а не на позбавлення території певної держави.

Війна дуже тісно пов'язано з поняттям «агресія». Війна визначається як стан, у якому держави застосовують одна проти одної усі форми тиску з дотриманням дії законів та звичаїв ведення військових дій. Війна де-юре спрямована проти рівних (звичайно, що де-факто трапляється, коли набагато сильна держава здійснює напад на слабшу), тероризм – проти беззахисних. Тероризм нерідко називають «війною ХХ ст.». «Технологічний розвиток, що досягнув непередбачуваного рівня у військовій сфері, – зазначає єгипетський політолог М. Сід-Ахмед, – призвів до того, що війна у класичному розумінні цього слова стала неможливою, якщо не абсурдною. Оскільки абсурдність війни не означає закінчення конфлікту, то боротьба тепер загрожує прийняти інші форми. Зі специфічної точки зору тероризм може розглядатися як продовження війни, а не лише політики іншими засобами»⁷. Показово, що в дискусії на ХХХХ сесії Комісії міжнародного права при обговоренні проекту Кодексу злочинів проти миру і безпеки людства тероризм у контексті поняття «втручання» кваліфікувався як «побічна форма воєнних дій»⁸.

Тероризм дійсно пов'язаний з війною та мілітаризмом багатьма нитками. Війна для терористів, як вважають, і бажана мета, і засіб, і досить добре моральне алібі. З одного боку, діє фактор органічного потягу групового тероризму до війни (війна як передумова революції тощо), з іншого, – безсумнівно, зростає привабливість тероризму і для держав, і для спецслужб, що стоять за їх спиною. Тероризм все більше набуває рис «неконституційних» воєнних дій. «Політичний тероризм, – пише П. Уїлкінсон, – може бути коротко охарактеризований як специфічна форма прихованих, неоголошених і неконвенційних воєнних дій, що проводяться без будь-яких гуманітарних обмежень або правил»⁹.

Війна і тероризм, зазначає С. Ефіров, мають одну фундаментальну загальну рису – намагання досягти відповідних політичних цілей будь-якими засобами, будь-якими методами, крім тих, які розглядаються як «невигідні»¹⁰.

Політика тероризму може здійснюватися як у воєнний, так і в мирний час. Якщо здійснення терористичних актів у воєнний час карається (існує ряд норм, що забороняють їх), а пряме застосування воєнної сили самою державою проти іншої держави кваліфікується як агресія, то найменш охопленими нормотвор-

чою діяльністю залишаються терористичні акти, що вчиняються владою будь-якої держави проти іншої держави у мирний¹¹ час, що також збільшує привабливість політики тероризму як заміни прямих воєнних дій. «Час класичних воєн пройшов, – вважає Я. Шрейбер, – тероризм і є «нормальною» війною нашого часу». Така надто категорична заява має раціональне зерно, оскільки при сучасній розстановці світових сил, рівні технологій і воєнно-стратегічному паритеті, потенційна можливість комусь одному отримати перемогу у ядерній війні зведена до нуля. Ядерна зброя перетворилася скоріше на політичну зброю і вийшла за рамки традиційних засобів ведення війни. Небезпека переростання відкритих воєнних дій в ядерну катастрофу, на думку багатьох аналітиків, відводить тероризму роль однієї із форм воєнних дій. «Тероризм нині, – вважає Л. Бонанате, – виступає однією із можливих альтернатив звичайним формам війни, «обмеженої не стільки намаганням країн до співпраці, скільки загрозою термоядерної війни, з одного боку, та всезростаючим міждержавним контролем, з іншого»¹².

Таке поняття, як революція – поняття, що визначає докорінний переворот у житті суспільства, який призводить до ліквідації віджилого суспільного ладу і утвердження нового, прогресивнішого. Революція нерідко супроводжується терором. Вирішення проблем здійснюється шляхом застосування прямого насильства. Характерні відмінності цих понять полягають у тому, що: по-перше, революція – справедливий вплив на уряд з метою утвердження нового, прогресивного суспільного ладу, а тероризм є застосуванням насильства або погрози його застосування для задоволення цілей певних груп чи об'єднань злочинних елементів, тобто будь-який вплив при тероризмі є незаконний; по-друге, революція має сталі корені у суспільному середовищі, а тероризм – ні; по-третє, революція – дієве втілення думки більшості населення у життя, а тероризм підпорядкований лише інтересам групи зловмисників; по-четверте, рушійними силами, фундаментом революції є певні соціальні верстви населення, а терористи не мають такого фундаменту; по-п'яте, при національно-визвольній революції боротьба спрямована на визволення народу від іноземного панування та завоювання національної незалежності, а при тероризмі особи намагаються досягти власних цілей¹³.

Як було визнано ООН, народи, які борються проти колоніального гніту і ворожої окупації, проти расистських режимів, здійснюючи своє право на самовизначення, мають право використовувати силу для досягнення своїх цілей у рамках міжнародного гуманітарного права. Законодавче право націй і народів на самовизначення закріплено у п. 2 ст. 1 Статуту ООН, а також у Декларації ООН 1960 р. про надання незалежності всім колоніальним країнам і народам, правомірність збройної визвольної війни підтримана низкою резолюцій ООН.

Репресія – поняття, що визначається як «каральні заходи, покарання або утиск, гоніння, переслідування; захід державного примусу, покарання». Репресія у найбільш загальному плані є покаранням, тобто юридичним обов'язком особи зазнати позбавлення певних благ відповідно до реалізації санкції порушеної норми права. Згідно з визначенням репресії це: а) діяльність держави, а не осіб, груп або організацій; б) діяльність, спрямована проти винуватих (відповідно до законодавства тієї чи іншої країни, яке не завжди репрезентує інтереси народу) осіб, тобто вона персоналізована на протипагу індиферентності при тероризмі; в) враховуючи, знову ж таки, те, що це діяльність держави, тобто офіційна діяльність, вона певним чином регламентується, чого, зрозуміло, не можна сказати про тероризм¹⁴.

Анархізм визначається як ідейно-теоретична та суспільно-політична течія, в основі якої – заперечення інституціонального, передусім державного управління суспільством. Анархізм сповідує безвладдя, а не безладдя. Наріжний постулат анархізму – негайне знищення держави, при тероризмі ж здебільшого йдеться про вплив на невизначене коло осіб, які становлять субстрат держави, для досягнення злочинної мети. Тобто, якщо анархізм усуне державну владу, це послужить деструктивним чинником для тероризму, бо позбавить його об'єкта впливу.

Расизм тлумачиться як ідеологія, що має на меті обґрунтувати і виправдати соціальну і національну нерівність в антагоністичному суспільстві приналежністю людей до так званих «вищих» і «нижчих» рас. Головна відмінність між ними полягає у тому, що суб'єкти расизму обмежені певними ознаками, що дає підстави стверджувати про можливість тероризму на ґрунті расизму, однак не може розглядатися лише як один з низки можливих чинників протиправної поведінки; вплив на «нижчу расу» є офіційною політикою держави, тобто вона його не тільки не засуджує, а, навпаки, всіляко підтримує. Зрозуміло, що інколи ця політика може носити і непрямий характер та бути побудована не лише на знищенні, а й просто на дискримінації.

Одним із проявів расизму є апартеїд – політика і практика расової сегрегації і дискримінації щодо окремих народів та етнічних груп. Фашизм як і расизм – форма державно-правового режиму, найбільш реакційна політична течія, для якої характерні знищення демократичних свобод, культ насильства, шовінізм і расизм, агресія. Найприкметніші такі: а) тероризм не завжди відкритий, може бути й латентним, тоді як фашизм є офіційним політико-правовим режимом і має відкритий характер; б) мета фашизму полягає у встановленні світового панування, знищенні інакодумців, придушенні демократії тощо, а мета тероризму – цілі нижчого порядку, до того ж тероризм розглядається переважно як кримінальне явище; в) тероризм не спрямований на підготовку агресивних воєн, а його об'єкти – переважно локального масштабу, натомість агресивна природа фашизму становить небезпеку не тільки для тієї країни, де існує, а й для всієї світової спільноти, яка повинна вживати відповідних заходів щодо нейтралізації цього небезпечного явища. На основі з'ясування спільних і відмінних рис, ознак, мети, а також чинників, які характеризують те чи інше соціальне явище (з перелічених вище) маємо підстави для формулювання дефініцій поняття.

Тероризм є досить складним, динамічним, неоднозначним, багатоаспектним явищем. Єдиного розуміння стосовно визначення тероризму сьогодні немає. Сучасний тероризм – це насильство, яке здійснюється стосовно держави як політичного суб'єкта, і загроза насилля щодо мирних громадян. Особливо небезпечним сучасний тероризм став і в силу того, що вийшов за національні рамки та перетворився на елемент міжнародних відносин. Він став загрозою не лише для життя окремої людини, а й для міжнародного миру, порядку та стабільності. Тероризм є загальнонебезпечними діяннями, що вчиняються публічно і посягають на суспільну безпеку та спрямовані на створення в суспільстві обстановки страху, неспокою, пригніченості з метою прямого або непрямого впливу на прийняття будь-якого рішення або відмови від нього в інтересах винних.

¹ Великий тлумачний словник сучасної української мови / уклад. і голов. ред. В.Г. Бусол. Київ, Ірпінь: ВТФ «Перун», 2003. С. 1242.

² International terrorism and World security / Carlton O.L.: Helm, 1975. P. 71.

³ Витюк В.В., Эфиров С.А. «Левый» терроризм на Западе: история и современность. Москва: Наука, 1987. С. 221.

⁴ Blishehenko I. Terrorism and International Law / I. Blishehenko, N. Zdanov. M.: Progress Publishers, 1984. P. 39.

⁵ Тероризм: теоретико-прикладні аспекти : навч. посіб. / А.В. Мовчан, В.К. Гришук, О.К. Марін, Б.В. Щур, В.С. Канцір; ред.: В.К. Гришук; Львів. держ. ун-т внутр. справ. Львів: ЛьвДУВС, 2011. 327 с.

⁶ Там само.

⁷ Terrorism and National Liberation: Proceedings of the International conference on the questions on terrorism / Н. Köchler. N. Y.: IPO, 1988. P. 101.

⁸ Проект Кодекса преступлений против мира и безопасности человека. Доклад Комиссии междунар. права о работе ее сороковой сессии 9 мая – 29 июля 1988 г. ГА ООН. Офиц. отч. 43-я сес., доп. № 10 (А. 43110). С. 121.

⁹ Wilkinson P. Terrorism versus liberal democracy: The problem of response / P. Wilkinson // The new terrorism: For the Institute for the Study of conflict / Gutteridge W.L.: Mansell, 1986. P. 3.

¹⁰ Эфиров С.А. Покушение на будущее. Москва: Мол. гвардия, 1984. 204 с.

¹¹ Тероризм : теоретико-прикладні аспекти : навч. посіб. / А.В. Мовчан та ін. ; за заг. ред. В.К. Гришука. Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ.

¹² Bonanate L. Terrorism and International Analysis. *Terrorism: an International Journal*. 1979. Vol. 3. № 1–2. P. 53.

¹³ Тероризм: теоретико-прикладні аспекти : навч. посіб. / А.В. Мовчан, В.К. Гришук, О.К. Марін, Б.В. Щур, В.С. Канцір; ред.: В.К. Гришук; Львів. держ. ун-т внутр. справ. Львів: ЛьвДУВС, 2011. 327 с.

¹⁴ Там само.

Резюме

Манойло К.О. Розмежування правових дефініцій: тероризм, політичний тероризм, агресія, революція, геноцид, анексія, війна.

У статті розглянуто поняття «тероризм» та інших, дотичних до нього понять, проаналізовано місце тероризму у сучасному суспільстві, розкрито різницю таких понять, як політичний тероризм, агресія, революція, геноцид, анексія, війна, опрацьовані причини та наслідки, які здатні спровокувати та викликати кожне із них.

Ключові слова: тероризм, політичний тероризм, агресія, революція, геноцид, анексія, війна, расизм, анархізм, компоненти тероризму, боротьба з тероризмом, правове регулювання боротьби з тероризмом.

Резюме

Манойло К.А. Разграничения правовых дефиниций: терроризм, политический терроризм, агрессия, революция, геноцид, аннексия, война.

В статье рассмотрено понятие «терроризм» и другие, подобные ему понятия, проанализировано место терроризма в современном обществе, раскрыта разница таких понятий, как политический терроризм, агрессия, революция, геноцид, аннексия, война, проработаны причины и последствия, которые способны спровоцировать и вызвать каждое из них.

Ключевые слова: терроризм, политический терроризм, агрессия, революция, геноцид, аннексия, война, расизм, анархизм, компоненты терроризма, борьба с терроризмом, правовое регулирование борьбы с терроризмом.

Summary

Manoilo K. Distinctions of legal definitions: terrorism, political terrorism, aggression, revolution, genocide, annexation, war.

The article deals with the concept of “terrorism” and other related concepts, analyzes the place of terrorism in modern society, reveals the difference between the concepts of political terrorism, aggression, revolution, genocide, annexation, war, worked out causes and consequences that can provoke and cause each of the concepts.

Key words: terrorism, political terrorism, aggression, revolution, genocide, annexation, war, racism, anarchism, components of terrorism, fight against terrorism, legal regulation of the fight against terrorism.

К.М. МІЛІЦИНА

Катерина Максимівна Міліцина, студентка
магістратури Інституту міжнародних відносин
Київського національного університету імені Тара-
са Шевченка

ВИЗНАЧЕННЯ АВТОРА ЯК ОЗНАКА АНТРОПОЦЕНТРИЗМУ АВТОРСЬКОГО ПРАВА

Прорив у розвитку технологій не можна назвати непередбачуваним явищем. Несподіваними були масштаб, темп та динаміка розгортання такого розвитку. Для права в цілому є викликом реагувати на явища вчасно або забезпечувати оперативність пристосування до змін. Авторське право не є винятком. Більш того, безпосередньо в момент розробки авторського права реалії, які визначили орієнтири та ключові позиції сучасного авторського права, були іншими. Незмінним залишається те, що авторське право має за мету зберегти баланс між публічними і приватними інтересами.

Окрім цього, відомо, що авторське право засновується на тому, що результат творчих зусиль автора чи авторів, якщо він є оригінальним, повинен бути відзначеним. Це проявляється у наданні майнових та немайнових авторських прав. Однак питання, хто саме може вважатися автором, залишилося без прямої відповіді авторського права. Якщо раніше здавалося очевидним, що автором є людина, то з розвитком технологій, які мають власний вклад у створення об'єктів або створюють самостійно, це питання набуло надзвичайної актуальності.

Зважаючи на те, що в українській науці майже відсутні публікації вітчизняних авторів щодо предмета даного дослідження, науково-теоретичну базу становили праці таких авторів: Сема Рікетсона, Джейн Гінсбург та інших.

Мета статті – розглянути визначення особи автора на міжнародному та національному рівнях, з'ясувавши, чи дійсно автор ототожнюється з людиною, що є підвалиною антропоцентризму авторського права.

Згідно зі ст. 1 Бернської конвенції про охорону літературних і художніх творів країни, до яких застосовується дійсна Конвенція, утворюють Союз для охорони *прав авторів на їх літературні і художні твори* (виділено автором)¹. У випадку встановлення особи автора Конвенція обмежується тим, що автором є особа, чие ім'я зазначено на примірнику твору². Таким чином, Конвенція закріплює права авторів, однак не торкається питання *визначення* автора, що пов'язано із суттєвою різницею національних підходів з даного питання³. На думку професора Сема Рікетсона, відсутність визначення «автора» у Конвенції пов'язано із тим, що між державами існувала певна «домовленість» із значення цього терміна⁴, тобто, вважалося, що автором є людина. Дійти такого висновку можна також при аналізі норм Конвенції: 1) строк охорони прав за Конвенцією становить *увесь час життя автора і п'ятдесят років після його смерті*, що, в свою чергу, є властивістю живої істоти; 2) наявність моральних прав (дане питання було предметом дискусій між державами континентальної та англо-американської правових систем), необхідність закріплення яких обґрунтовувалася саме з посиланням на потреби автора-людини; 3) кінематографічні твори є єдиним випадком в Конвенції, який допускає, що автором може бути не лише людина⁵.

Свідченням того, що автором має бути людина, є також інші міжнародні договори в сфері захисту прав людини, які надають людині право створювати та отримувати винагороду за це. Зокрема, відповідно до ст. 27 Загальної декларації прав людини кожна *людина* (виділено автором) має право вільно брати участь у культурному житті суспільства, втішатися мистецтвом, брати участь у науковому прогресі і користуватися його благами. Кожна людина має право на захист її моральних і матеріальних інтересів, що є результатом наукових, літературних або художніх праць, автором яких вона є⁶. Згідно із п. с ч. 1 ст. 15 Міжнародного пакту про економічні, соціальні і культурні права держави, які беруть участь у цьому Пакті, визнають право кожної *людини* (виділено автором) на: (...) с) користування захистом моральних і матеріальних інтересів, що виникають у зв'язку з будь-якими науковими, літературними чи художніми працями, автором яких вона є⁷.

Дані міжнародні договори були розроблені вже після Бернської конвенції про охорону літературних і художніх творів. Права ж інших істот, окрім людей, щодо результатів їх інтелектуальної творчості не передбачені міжнародними договорами. Все це свідчить про виважений та свідомий вибір світової спільноти на користь того, що автором може бути виключно людина.

У свою чергу, авторське право також стоїть на позиції того, що лише людина є джерелом творчості і може створити твори, які є оригінальними в розумінні авторського права⁸. Отже, здатність до творчості, мінімальний поріг якої визначається національними законодавствами, в переважній більшості випадків вважають атрибутом людини, що ставить критерій оригінальності в залежність від особи автора.

Як і у випадку критерію оригінальності, визначення особи автора теж відбувається на рівні національних законодавств. Спробувавши сформулювати загальне визначення, яке задовольняло б законодавства дер-

жав, що належать до різних правових систем, можна було б сказати, що автором є людина, яка використовує суб'єктивне судження для створення твору та контролює виконання даного процесу⁹. Ця думка є популярною, однак не одноставною.

Залежно від законодавчого визначення особи автора умовно держави можна поділити на такі групи: 1) держави, які визнають авторство лише за людиною; 2) держави, які не виключають або допускають авторство за юридичними особами. До першої категорії належить, зокрема, Україна. Стаття 1 Закону України «Про авторське право і суміжні права» встановлює, що автором є фізична особа, яка своєю творчою працею створила твір¹⁰. До другої категорії можна віднести Бельгію та США. При тлумаченні законодавства Бельгії можна дійти висновку, що юридичні особи не виключаються з авторства¹¹. Що ж до США, то тут автором теж є людина. Винятком із цього правила є доктрина «work for hire», за якою автором вважається роботодавець або особа, яка замовила створення твору¹². Найбільш прогресивним з точки зору адаптації до технологічного розвитку є законодавство Великобританії, де існує поняття творів, створених за допомогою комп'ютерних технологій (*прим.* – переклад автора) (англ. – *computer-generated work*)¹³. Автором у такому разі вважається особа, яка здійснила дії, необхідні для створення певного твору.

Якщо відійти від конкретних законодавчих визначень, цікавими є висновки професора Джейн Гінсбург, яка, намагаючись здійснити синтез підходів шести країн, що належать до англо-американської, континентальної та змішаної правових систем (США, Великобританія, Австралія, Франція, Бельгія, Нідерланди та Канада), запропонувала власні шість принципів встановлення авторства:

1. Для встановлення авторства ментальні процеси переважають над фізичними. Просто виконання не робить людину автором, оскільки вона має скеровувати розвиток процесу.

2. Авторство ставить інтелект вище за машину. Цей принцип може застосовуватися у тих випадках, коли технології виступають засобом, і вирішальне слово у створенні об'єкта має людина.

3. Оригінальність є синонімічною по відношенню до авторства. Тут потрібно зазначити, що в країнах існує різне бачення того, що вкладається в поняття оригінального твору. Загалом можна виділити дві домінуючі концепції. Перша із них ставить оригінальність в залежність від зусиль та праці людини над створенням об'єкта. Друга вимагає прояву авторської індивідуальності. Вважається, що друга концепція ставить більш високий поріг для охороноздатності твору за критерієм оригінальності. Через країни, в яких домінує підхід, що твір може отримати охорону, якщо для його створення докладено зусиль та працю, було сформульовано наступний принцип.

4. Автору не потрібно бути креативним, якщо він є старанним.

5. Автор повинен мати намір стати автором.

6. Якщо гроші говорять, то, можливо, вони ще пишуть, складають, малюють і так далі? Цей принцип сформульовано на основі тих випадків, коли створення твору відбувається в ході виконання трудових обов'язків або створення об'єктів інтелектуальної власності на замовлення¹⁴.

Ці принципи мають більш доктринальне значення. Однак їх важливість обумовлена тим, що вони можуть показати підґрунтя норм і, як наслідок, будуть корисними при розгляді проблемних питань, які виникають щодо об'єктів, створених за допомогою таких технологій, як штучний інтелект та штучним інтелектом безпосередньо.

Отже, можемо зробити висновок, що на міжнародному рівні вимога, згідно з якою автор – це виключно людина, є імпліцитною. Відповідний «дух» антропоцентризму був перейнятий національними законодавствами. На рівні національних законодавств дана вимога зазвичай є експліцитною. Винятком із цього правила є механізм, передбачений у законодавстві деяких держав: створення творів на замовлення або в ході виконання трудових обов'язків, коли статус автора можуть отримати юридичні особи. Більш того, саме людині приписується здатність до творчості, тому дана вимога переплітається із критерієм оригінальності. Все це дає можливість зробити висновок, що вимога щодо людини-автора є однією із ознак антропоцентризму авторського права.

¹ Бернська конвенція про охорону літературних і художніх творів. У редакції Паризького Акта від 24 липня 1971 р., що змінений 2 жовтня 1979 р. / Законодавство України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_05 (дата звернення: 27.02.2019).

² Ibid.

³ Guide to the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (Paris Act 1971) // World Intellectual Property Organization. Geneva, 1978. P. 11.

⁴ Ricketson S. The 1992 Horace S. Manges Lecture – People or Machines: The Berne Convention and the Changing Concept of Authorship // Columbia-VLA Journal of Law & the Arts / Columbia Law School. New York, 1991. № 16:1. P. 8.

⁵ Ibid. P. 11.

⁶ Загальна декларація прав людини / Законодавство України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_015 (дата звернення: 07.03.2019).

⁷ Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права / Законодавство України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_042 (дата звернення: 07.03.2019).

⁸ Bonadio E., Lucchi N. Non-Conventional Copyright: Do New and Atypical Works Deserve Protection? // Edward Elgar Publishing. Cheltenham, 2018. P. 384.

⁹ Ginsburg J.C. The Concept of Authorship in Comparative Copyright Law // DePaul Law Review / DePaul University. Chicago, 2003. Vol. 52, № 4. P. 1065.

¹⁰ Про авторське право і суміжні права: Закон України / Законодавство України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3792-12> (дата звернення: 07.03.2019).

¹¹ *Ginsburg J.C.* The Concept of Authorship in Comparative Copyright Law // *DePaul Law Review* / DePaul University. Chicago, 2003. Vol. 52, № 4. P. 1069.

¹² Copyright Law of the United States and Related Laws Contained in Title 17 of the United States Code / United States Copyright Office. URL: <https://www.copyright.gov/title17/title17.pdf> (viewed on: 27.03.2019).

¹³ Copyright, Designs and Patents Act 1988 // *Legislation.gov.uk*. URL: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/48/contents> (viewed on: 27.03.2019).

¹⁴ *Ginsburg J.C.* The Concept of Authorship in Comparative Copyright Law // *DePaul Law Review* / DePaul University. Chicago, 2003. Vol. 52, № 4. P. 1072–1091.

Резюме

Мілицина К.М. Визначення автора як ознака антропоцентризму авторського права.

У даній статті досліджено та проаналізовано, яким чином визначається особа автора на міжнародному та національному рівнях. Також було встановлено, що відповідно до норм сучасного авторського права автор ототожнюється з людиною, що є ознакою антропоцентризму авторського права.

Ключові слова: авторське право, охороноздатність, автор, антропоцентризм, людина.

Резюме

Милицына Е.М. Определение автора как признак антропоцентризма авторского права.

В данной статье исследовано и проанализировано, каким образом определяется автор на международном и национальном уровнях. Также было установлено, что в соответствии с нормами современного авторского права автор отождествляется с человеком, что является признаком антропоцентризма авторского права.

Ключевые слова: авторское право, охраноспособность, автор, антропоцентризм, человек.

Summary

Militsyna K. Definition of Author as Evidence of Anthropocentrism Underlying Copyright Law.

This article researches and analyses the definition of an author at the international and national levels. It has also been found that modern copyright law equates author with a human being through which anthropocentrism of copyright law is manifested.

Key words: copyright law, copyright ability, author, anthropocentrism, human.

І.О. ЛИЧЕНКО

Ірина Олександрівна Личенко, доктор юридичних наук, доцент, професор кафедри цивільного права та процесу Інституту права та психології Національного університету «Львівська політехніка»

ОСОБЛИВІСТЬ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВОГО ДОСЛІДЖЕННЯ РЕГУЛЮВАННЯ СФЕРИ ОБІГУ ЛІКАРСЬКИХ ЗАСОБІВ В УКРАЇНІ*

У передмові до рецензованої монографії автор справедливо зауважує на тому, що в даний час досить мало адміністративно-правових досліджень, які розглядають регулювання сфери обігу лікарських засобів в Україні.

Визначаючи ступінь важливості цієї монографічної праці для сучасних вищих навчальних закладів України, передусім необхідно акцентувати увагу на тому, що відповідно до проведення євроінтеграційних процесів сфера обігу лікарських засобів нині відіграє важливу соціальну роль, забезпечуючи людей лікарськими засобами, що є одним із ключових елементів суспільної та національної безпеки України, так як наявність якісних та безпечних лікарських засобів та впровадження інноваційних лікарських засобів є важливою передумовою забезпечення здоров'я та продовження життєдіяльності населення України. Так, міжнародна організація економічного співробітництва та розвитку (ОЕСР) зазначає, що в Європейських країнах за 2010–2018 рр. саме використання інноваційних лікарських засобів стимулювало прогрес у лікуванні захворювань та продовжило тривалість життя на 73 %¹.

Нині на вітчизняному фармацевтичному ринку є велика кількість небезпечних, фальсифікованих та неякісних лікарських засобів, що містять у собі токсичні речовини, неякісні активні фармацевтичні інгредієнти, які не дають лікувального чи профілактичного ефекту, а призводять до непоправних наслідків в організмі людини, зумовлюють збільшення інфекційних захворювань при застосуванні неякісних імунологічних засобів та спричинюють ріст онкологічних захворювань.

Відповідно, виникає потреба в комплексному дослідженні генезису становлення та розвитку сфери обігу лікарських засобів, сутності детермінант «лікарські засоби», «обіг лікарських засобів», «державна політика у сфері обігу лікарських засобів», «адміністративної відповідальності за порушення норм (правил) у сфері обігу лікарських засобів» з позиції правового розуміння; поняття та особливостей обігу лікарських засобів; засобів механізму публічного адміністрування сфери обігу лікарських засобів та суб'єктів адміністрування цієї сфери; а також в розробленні на цій основі пропозицій і рекомендацій стосовно удосконалення державної політики в досліджуваній сфері та практики її реалізації на основі міжнародного досвіду.

Автор досліджує зміст та поняття обігу лікарських засобів та визначає його особливості як: різновид фармацевтичної діяльності; наявність відповідних етапів їх обігу: а) створення лікарських засобів; б) виробництва лікарських засобів; в) зберігання лікарських засобів; г) ввезення та вивезення лікарських засобів; д) реалізації лікарських засобів; е) утилізації лікарських засобів.

Вперше виокремлено та ґрунтовно охарактеризовано етапи обігу лікарських засобів, таких як: створення лікарських засобів, виробництво лікарських засобів, зберігання лікарських засобів, транспортування лікарських засобів, контроль якості лікарських засобів, імпорт лікарських засобів, експорт лікарських засобів, реалізація лікарських засобів та утилізації лікарських засобів.

Підтверджена доцільність створення інституту медичного права як структурного елементу системи медичного права, що характеризується сукупністю правових норм, які регулюють вид однорідних суспільних відносин у сфері медичної діяльності. Сформульовано, що інститут медичного права складається з наступних підінститутів (підгалузей) права: управління у сфері охорони здоров'я, лікувально-профілактична допомога населенню, обіг лікарських засобів, надання платних медичних послуг тощо.

Обґрунтовано необхідність створення підінституту (підгалузі) сфери обігу лікарських засобів як структурного елементу медичного права, який включає в себе систему однорідних відносин щодо регулювання

© І.О. Личенко, 2019

* Рецензія на кн.: *Стрельченко О.Г.* Регулювання сфери обігу лікарських засобів в Україні: адміністративно-правове дослідження: монографія. Київ: Видавничий центр «Кафедра», 2019. 400 с.

фармацевтичної діяльності, що виражається у створенні, виробництві, зберіганні, транспортуванні, контролі якості, імпорті та експорті, реалізації та утилізації.

В умовах проведення медичної реформи доведено, що «державна політика щодо обігу лікарських засобів» є комплекс різноманітних заходів, із використанням яких здійснюється цілеспрямований та організуючий вплив на регулювання суспільних відносин у сфері обігу лікарських засобів як складової частини охорони здоров'я, що виникають у зв'язку зі створенням, виробництвом, імпортом та експортом, транспортуванням, реалізацією, утилізацією та знищенням лікарських засобів у процесі публічного адміністрування.

В умовах сьогодення сформульовано, що «публічна адміністрація у сфері обігу лікарських засобів» це функціонально-організаційна сукупність суб'єктів адміністрування сфери обігу лікарських засобів, які наділені владними повноваженнями щодо реалізації публічних інтересів метою яких є створення, виробництво та забезпечення якісними та ефективними лікарськими засобами. Охарактеризовано основні ознаки публічної адміністрації у сфері обігу лікарських засобів.

Згруповано суб'єктів адміністрування сфери обігу лікарських засобів у залежності від повноважень, що реалізуються в публічних інтересах у дві групи: із загальними повноваженнями та із спеціалізованими повноваженнями сфери обігу лікарських засобів.

У роботі аналізується сучасне чинне законодавство, що дозволяє на основі аналізу визначити загальну характеристику обігу лікарських засобів та визначити та усунути недоліки у законодавстві, з метою його удосконалення.

Слід зазначити, що дана робота акцентує увагу на загальних правових категоріях та визначає обіг лікарських засобів як адміністративно-правову категорію та визначає його місце в адміністративному праві.

Актуальність монографії О.Г. Стрельченко зумовлена ще й тим, що в ній ґрунтовно досліджуються теоретичні проблеми використання державою засобів публічного адміністрування у сфері обігу лікарських засобів, що дає можливість цілеспрямовано розвивати та удосконалювати галузеву та функціональну сфери, а також той чи інший напрям діяльності публічного адміністрування, що направлений на реалізацію публічно-правових цінностей. Автором сформульовано та охарактеризовано види проваджень у сфері обігу лікарських засобів і їх етапи, а саме: реєстраційні провадження, дозвільні провадження, ліцензійні провадження, сертифікаційні провадження тощо.

Аргументовано, що поняття «створення» породжує в собі таку видову категорію, як «виготовлення», де родовою категорією є створення, а видовою є виробництво. Саме тому, пропоную співвідносити категорії «створення» та «виробництво» як родо-видові поняття. Сформульовано категорію «виробництво лікарських засобів» як безпосередній процес виготовлення виробником лікарських засобів, відповідно до технологічного регламенту з дотриманням вимог фармакопейних статей та інших державних стандартів, технічних умов з урахуванням міжнародних норм щодо виробництва лікарських засобів.

Виділено, що етапами виробництва лікарських засобів є: ліцензування підприємницької діяльності щодо виробництва дозволених лікарських засобів; безпосереднє виробництво лікарських засобів у відповідності чинному законодавству; маркування лікарських засобів тощо.

Доведено, що «виробник лікарських засобів» є одним із суб'єктів створення лікарського засобу (фізична та юридична особа), який здійснює виробничу діяльність одного з етапів створення лікарського засобу на основі ліцензії на виробництво лікарських засобів, виданої в належному порядку та у відповідності до вимог фармакопейних статей та інших державних стандартів, технічних умов з урахуванням міжнародних норм щодо виробництва лікарських засобів.

Безумовно, праця О.Г. Стрельченко не є ідеальною. На нашу думку, її оцінки щодо особливостей обігу лікарських засобів не є достатньо обґрунтованими і не завжди співпадають з поглядами фахівців у галузі адміністративного права, але містять власні докази та обґрунтування авторської позиції.

У той же час не може бути сумнівів, що монографія є досить актуальною у світлі проведених реформ фармацевтичної сфери та є визначальним впливом у розвиток права та правової науки. Це принципово новий напрямок у адміністративному праві.

Вважаю, що опублікування монографії О.Г. Стрельченко «Регулювання сфери обігу лікарських засобів в Україні: адміністративно-правове дослідження» є необхідним та важливим кроком для подальшого розвитку адміністративно-правової теорії.

Результати дослідження можуть бути використані в подальших наукових розробках з цієї проблематики, у навчальному та науково-дослідному процесі, практичній діяльності, законодавчому процесі.

¹ Бачення 2020: план дій у сфері розвитку фармацевтичного сектору в Україні. URL: http://www.chamber.ua/Content/Documents/-1613326644Vision2020_ukr.pdf

Р.М. МАКСАКОВА

Руслана Миколаївна Максакова, доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри конституційного адміністративного та трудового права Національного університету «Запорізька політехніка»

ПРОБЛЕМИ ТЕОРІЇ І ПРАКТИКИ КОНСТИТУЦІЙНИХ ОСНОВ ПРАВОЗАХИСНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ЯК ВАЖЛИВИЙ ПРЕДМЕТ ДОСЛІДЖЕННЯ УКРАЇНСЬКИХ ПРАВОНАВЦІВ*

Політико-правовий розвиток України в умовах сьогодення ознаменувався трансформацією політичних цінностей і пошуком нових сенсів після чергових виборів Президента України і напередодні позачергових виборів народних депутатів України у 2019 році. Серед множини пріоритетів конституційного розвитку України традиційну першість, на наш погляд, посідають конституційні права та свободи людини та питання удосконалення юридичних механізмів їх утвердження та захисту.

При цьому, сума знань про походження, «покоління», систему і гарантії основоположних прав людини є безперечно важливою, але малокорисною для людини, суспільства та держави без науково обґрунтованих конституційних механізмів правозахисної діяльності. Зважаючи на зазначене, можна зробити висновок, що монографія П. Корнієнка «Конституційні основи правозахисної діяльності в Україні» (2018 р.) є першою комплексною науковою працею, в якій детально висвітлюються проблеми теорії та практики конституційної правозахисної діяльності в Україні, а також досліджуються основні суб'єкти, методи і форми діяльності щодо захисту основоположних прав і свобод людини.

У цілому можна погодитись із П. Корнієнком, який вважає, що створення особливих правових інститутів, які забезпечували б охорону та захист прав і свобод людини та громадянина від зазіхань органів державної влади, інших організацій, окремих громадян, становить зміст гарантій конституційних прав і свобод людини. З іншого боку, можна стверджувати, що зазначені вище гарантії передбачені з метою забезпечення правомірності та реальності реалізації конституційних прав і свобод людини, а також їх охорону та захист.

Створення та розвиток такого правового режиму не видається можливим без відповідного наукового обґрунтування, а тому монографічне дослідження П. Корнієнка «Конституційні основи правозахисної діяльності в Україні» є першою комплексною науковою працею в якій детально висвітлюються проблеми теорії та практики конституційної правозахисної діяльності в Україні, а також досліджуються основні суб'єкти, методи і форми діяльності щодо захисту основоположних прав і свобод людини.

Водночас автор у своїй монографії не залишає поза увагою всі попередні напрацювання вчених-конституціоналістів, присвячені захисту прав і свобод людини. У роботі аналізуються та систематизуються погляди на конституційну природу правозахисної діяльності, обґрунтовані у працях таких вітчизняних та зарубіжних вчених, як: М. Афанасьєва, М. Баймуратов, Ю. Барабаш, О. Батанов, Г. Берченко, С. Головатий, М. Козюбра, А. Колодій, А. Крусян, О. Кушніренко, О. Лотюк, О. Петришин, О. Пушкіна, П. Рабінович, В. Серьогін, О. Скрипнюк, І. Сліденко, В. Федоренко, В. Шаповал, В. Шагіло, С. Шевчук, Ю. Шемшученко, Р. Шурдук, М. Вітрук, А. фон Гайек, А. Головістікова, Дж. Зіммерман, Г. Ломман, П. Коллер, О. Лукашова, Б. Палант, Дж. Санторі, А. Селігман, В. Сирих, Т. Хабрієва, Б. Шагієв, А. Шайо, К. Шмітт та ін.

Цікавими і новими для науки конституційного права є твердження П. Корнієнка, обґрунтоване в підрозділі 2.2. монографії, про те, що правозахисна діяльність має дещо іншу, відмінну від правоохоронної діяльності, мету та юридичну природу. Пріоритетом цього виду юридичної діяльності є захист конституційних прав і свобод людини, а в багатьох випадках і поновлення порушених прав і свобод людини через визначені Конституцією та законами України механізми.

Більше того, П. Корнієнко зазначає, що правозахисна діяльність, на відміну від правоохоронної, не є винятковою прерогативою держави та її органів. Окрім держави, як уже зазначалося, правозахисна діяльність є важливою сферою діяльності місцевого самоврядування, громадянського суспільства та інших суб'єктів.

Заслуговує на увагу і виокремлення автором періодизації генезису правозахисної діяльності в підрозділі 2.1 монографії, яка включає в себе: 1) IX ст. – 1710 р. – доконституційний (статутний) період становлення правозахисної діяльності на Українських землях; 2) 1710–1918 рр. – утвердження конституційних основ правозахисної діяльності в Конституції Пилипа Орлика 1710 р. та її розвиток у діяльності українських громад у бездержавний період; 3) 1918–1921 рр. – закріплення основ правозахисної діяльності в конституційних актах доби національно-визвольних змагань в Україні; 4) 1921–1991 рр. – утвердження т. зв. «радянської

© Р.М. Максакова, 2019

* Рецензія на кн.: *Корнієнко П.С.* Конституційні основи правозахисної діяльності в Україні : монограф. Київ : Видавництво Ліра-К, 2018. 348 с.

моделі» правозахисної моделі та розвиток у 1960–1990 рр. національного дисидентського правозахисного руху; 5) 1991–1996 рр. – формування конституційних основ правозахисної діяльності в Україні та затвердження їх у Конституції України 1996 р.; 6) 1996–2014 рр. – розвиток конституційних основ правозахисної діяльності та утвердження спеціальних правозахисних інституцій – Конституційного Суду України, Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини та ін.; 7) 2014 р. – до сьогодні – трансформація конституційної правозахисної діяльності в умовах боротьби за поновлення територіальної цілісності України і реалізації курсу держави на євроінтеграцію.

Окрему увагу в рецензованій монографії приділено ролі Української держави у здійсненні правозахисної діяльності, яка реалізується зокрема через парламентський, конституційний контроль, судовий захист та безпосередню правозахисну діяльність органів виконавчої влади.

Один із розділів монографічного дослідження присвячено правозахисній діяльності неурядових організацій України, до яких автор відносить адвокатуру та громадські організації, які по праву посідають чільне місце в системі правозахисних органів України та в процесі організації цивілізованого, гуманітарного й культурного діалогу між державою та громадянським суспільством.

Слід погодитись з П. Корнієнком, який у висновках монографічного дослідження вказує, що історично-ретроспективний аналіз конституційних основ правозахисної діяльності та її витоків в Україні буде неповним без використання потенціалу конституційної компаративістики. Для вітчизняної правотворчої та правозастосовної діяльності у сфері захисту конституційних прав і свобод людини важливим є позитивний досвід подібної діяльності за кордоном. У цьому аспекті перспективним вважається порівняння вітчизняної моделі правозахисної діяльності з подібними моделями інших держав світу.

На наше переконання, монографічне дослідження П. Корнієнка «Конституційні основи правозахисної діяльності в Україні», є цікавим, змістовним і корисним не лише для науковців-конституціоналістів, а й для посадових осіб органів державної влади та органів місцевого самоврядування, посадових осіб, покликаних налагодити конструктивний діалог між державою та громадянським суспільством з метою утвердження захисту конституційних прав і свобод людини.

Е.В. ТІТКО

Ельвіра Валентинівна Тітко, доктор права, професор кафедри міжнародного права та порівняльного правознавства Навчально-наукового інституту права Університету державної фіскальної служби України, голова ГО «Український осередок з прав людини та розвитку освітніх інновацій»

РЕЦЕНЗІЯ НА НАУКОВУ ПРАЦЮ «ПОЛІТИКО-ПРАВОВІ ЗАСАДИ МИРОТВОРНОЇ ОПЕРАЦІЇ В ДОНБАСІ: СВІТОВИЙ ДОСВІД ДЛЯ УКРАЇНИ»*

Наукова записка «Політико-правові засади миротворчої операції в Донбасі: світовий досвід для України», підготовлена співробітниками Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України О.В. Кресінім, І.М. Проценко, К.О. Савчуком, О.М. Стойко, є системним та комплексним аналізом розуміння суті та перспектив проведення миротворчої операції в Донбасі з метою підтримання міжнародного миру та безпеки в регіоні та відновлення територіальної цілісності України.

Наукова записка складається із вступу, чотирьох розділів, висновків та додатків:

1. Проект Закону України «Про внесення змін і доповнень до Закону України «Про порядок допуску та умови перебування підрозділів збройних сил інших держав на території України»;
2. Проект Закону України «Про внесення змін і доповнень до Митного кодексу України»;
3. Проект Закону України «Про внесення змін і доповнень до Податкового кодексу України».

Агресія Російської Федерації проти України, яка розпочалася з анексії АР Крим і фактично перейшла у збройний конфлікт на сході України призвела до порушення територіальної цілісності держави, порушення прав і свобод людини, порушення базових цінностей та інтересів суспільства, нехтування верховенством права та порушення національної безпеки в цілому, що і є одним із рівнів функціонування міжнародної безпеки, яка сьогодні в ситуації, що склалася, викликає серйозне занепокоєння всієї світової спільноти.

Саме в умовах можливого пошуку вирішення та врегулювання збройного конфлікту була висунута ініціатива щодо організації міжнародної миротворчої місії в Донбасі, яка потребує детального дослідження як

© Е.В. Тітко, 2019

* Рецензія на кн.: Політико-правові засади миротворчої операції в Донбасі: світовий досвід для України: Наукова записка / Кресінін О.В. (кер. авт. кол., наук. ред.), Проценко І.М., Савчук К.О., Стойко О.М. Київ: Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2018. 243 с.

з точки зору правового врегулювання даного питання щодо України, так і щодо визначення мандату можливої операції.

З урахуванням вищевикладеного, можна вказати, що наукова записка є достатньо обґрунтованою та системно викладеною, звертає особливу увагу на міжнародно-правові аспекти механізмів миротворчості з деталізацією (класифікацією) миротворчих операцій, які за своєю сутністю достатньо різняться. У науковій записці також подається аналіз досвіду миротворчих операцій ООН, у яких Україна також мала свою присутність.

Заслуговує на особливу увагу третій розділ рецензованого дослідження, присвячений встановленню правової кваліфікації питання агресії Російської Федерації в Донбасі. Ситуацію значно ускладнює той факт, що РФ взагалі заперечує свою участь у конфлікті в Донбасі, намагаючись довести, що там має місце збройний конфлікт внутрішнього характеру між Україною та т.зв. «Донецькою народною республікою» та «Луганською народною республікою», хоча збройне втручання РФ було визначено як агресія і в документах, прийнятих українською стороною, так і низкою резолюцій різних міжнародних організацій (ОБСЄ, Рада Європи, Європейський Союз та ін.). Саме в цьому контексті набуває особливої ваги питання правової кваліфікації питання агресії Російської Федерації на Донбасі, адже в юридичній і політологічній літературі можна бачити тлумачення цього конфлікту як «агресія», «гібридна війна», «збройне втручання», «війна Російської Федерації проти України», «збройний конфлікт неміжнародного характеру», «триваюча російська війна проти України...», «збройний конфлікт міжнародного характеру». Таким чином універсалізується поняття агресії як основного елемента порушення міжнародного миру й безпеки, що охоплює не лише безпосереднє й відкрите здійснення агресивної війни, окупацію із застосуванням військової сили, напади на збройні сили, а і фактично будь-яке насильницьке втручання у внутрішні справи держави.

Істотна частина наукової записки присвячена питанням правового статусу та діяльності гіпотетичної міжнародної місії з підтриманням миру та безпеки на Донбасі, розкриваються загальні засади в'їзду та виїзду членів місії, ввезення майна та товарів, а також забезпечення свободи пересування членів місії.

Завершується дане дослідження законодавчими пропозиціями щодо внесення змін та доповнень до чинного законодавства, зокрема Закону України «Про порядок допуску та умови перебування підрозділів збройних сил інших держав на територію України» від 2000 р.).

Резюмуючи зазначимо, що рецензована наукова записка «Політико-правові засади миротворчої операції в Донбасі: світовий досвід для України» є значним внеском у справу правової кваліфікації ситуації на Сході України із важливими пропозиціями до існуючої ініціативи припинення воєнного конфлікту в Донбасі й відновлення територіальної цілісності України шляхом розгортання миротворчої операції під егідою ООН чи будь-якої іншої міжнародної організації. Запропоновані авторами наукової записки законодавчі ініціативи заслуговують на обговорення з певним зверненням уваги на сегмент цивільно-військового співробітництва.

III Міжнародний форум «Захист персональних даних у сфері цифрової економіки»

28 січня 2019 р. у Київському університеті права НАН України відбувся III Міжнародний форум «Захист персональних даних у сфері цифрової економіки». Даний захід був присвячений Міжнародному дню захисту персональних даних і 70-річчю з дня прийняття ООН Загальної декларації прав людини.

Із вітальним словом від організаторів і партнерів до учасників форуму звернулися модератори заходу, декан юридичного факультету *Тетяна Тарасевич*, радник Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини *Гліб Малютін*, голова Всеукраїнської асоціації «Інформаційна безпека та інформаційні технології» *Лілія Олексюк*, які зазначили, що форум має на меті обговорити проблеми охорони персональних даних у демократичному суспільстві.

Учасники форуму зазначили, що непересічне значення захисту персональних даних у забезпеченні потреб людини особливого доказування не потребує і наразі це аксіома. Тому вчені і громадськість докладають значних зусиль із вдосконалення правового забезпечення охорони персональних даних.

Слід наголосити на послідовних та цілеспрямованих зусиллях колективу науковців Київського університету права НАН України з наукової розробки проблем доктрини теорії та практики, а також формування культурного, освітянського, гуманітарного світогляду студентів та викладачів.

Тим більше, що проведення даного форуму в досить складних для України умовах свідчить про його європейське спрямування, намагання прийти в європейське та світове співтовариство не лише споживачами його здобутків, а й самим зробити вагомий внесок. Власне йдеться про єдиний освітянський простір, адаптаційний напрям розвитку законодавства у сфері персональних даних, уніфікацію його інститутів та підходів до їх засвоєння студентами.

Слід зазначити, що можливість захисту персональних даних є одним із основоположних прав людини, які закріплені в ст. 12 Загальної декларації і прав людини ООН і ст.32 Конституції України.

Гліб Малютін зачитав вітальне слово Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини *Людмили Денисової* і побажав всім учасникам наукового заходу, представникам правової еліти України конструктивних творчих дискусій, толерантного ставлення до здобутків попередників, плідних ідей та пропозицій, звершень в ім'я прогресу людства та прориву в забезпеченні охорони персональних даних.

У роботі форуму взяли участь професіонали в галузі захисту персональних даних, міжнародні експерти та представники профільних державних установ, провідні «гравці» бізнесу в сфері захисту інформації, електронних сервісів, провайдери тощо.

На пленарному засіданні розглянуто головне питання форуму «GDPR в Україні: міф чи реальність».

Зокрема, Голова комісії з кібербезпеки і протидії корупції Нотаріальної палати України *Наталія Козасва*, яка виступала в якості спікера, доповіла присутнім про Єдині та Державні реєстри та що зміниться із впровадженням GDPR. Адже сьогодні державі необхідні певні кроки в законодавчому полі від регуляторів, для взаємодії положення GDPR, прийнятого у країнах Європейського союзу та закону України «Про захист персональних даних». Також потребує уваги:

– постанова Кабінету Міністрів України від 25 грудня 2015 р. № 1127, а саме Порядок надання інформації з Державного реєстру речових прав на нерухоме майно, який надає можливість будь-кому з паспортом, кодом та сплаченим адміністративним збором отримати інформацію, яка містить персональні дані щодо будь-якого суб'єкту та/або об'єкту;

– відповідальність реєстраторів щодо розповсюдження інформації, яка містить персональні дані.

Панельні дискусії були присвячені наступним питанням:

1. Використання фото та відеоматеріалів у професійній діяльності та соціальних мережах: захищаємо? Що та від кого?

2. Реформування українського законодавства на тлі переходу до зміни у регулюванні питань захисту персональних даних у ЄС.

3. Можливість юридичного захисту права на захист персональних даних в Україні.

4. Інформаційна безпека у сфері захисту персональних даних.

У ході панельних дискусій на форумі учасниками було розглянуто:

– новели європейського законодавства (обробка даних, превентивні засоби та штрафи);

– стан законодавства, організація захисту персональних даних в Україні (особливо при розбудові загальнодержавних реєстрів – реєстру пацієнтів, реєстру учнів тощо) та при розбудові e-Health;

– інформаційна безпека систем електронної ідентифікації і надання довірчих послуг та захист персональних даних;

– хмарні сервіси та зберігання інформації у дата-центрах;

– вплив GDPR на бізнес, що співпрацює з ЄС;

- використання фото- і відеоматеріалів у професійній діяльності та блогерами;
- участь закладів науки та освіти в системній розбудові електронних сервісів;
- механізми захисту персональних даних у правоохоронній сфері;
- системи обміну даними між державними органами;
- оцифрування даних, доступ до архівних даних у наукових та особистих цілях;
- інші аспекти надання електронних сервісів і особливості їх практичної реалізації.

Зустріч з професором Токійського університету (Японія)

06 лютого 2019 р. на запрошення ректора КУП НАНУ, професора *Юрія Бошицького* відбулася зустріч з професором Токійського університету паном *Кімітака Мацузато*, викладачем порівняльної політології (Японія).

На зустрічі також був присутній Надзвичайний і Повноважний Посол України в Республіці Корея (2011–2017 рр.), професор Київського університету права НАН України *Василь Мармазов*, який і сприяв організації цієї зустрічі.

Під час переговорів обговорювались можливі напрями співпраці у сфері освіти, у тому числі проведення спільних наукових та науково-практичних заходів із Токійським університетом.

Крім того, у рамках нового університетського проекту «Діалоги відомих особистостей світу зі студентами», професор *Мацузато* мав нагоду виступити з майстер-класом перед студентами та професорсько-викладацьким складом університету, під час якого наголосив на значному інтересі японських дослідників до пострадянських країн, зокрема до України.

Жвавий інтерес у студентів викликала розповідь професора про систему вищої освіти в Японії та складання іспитів, професійну культуру Японії та особливості світогляду.

У ході дискусії також були порушені питання міжнародної політики та права.

Враховуючи зацікавленість японського професора канонічним правом, ректор презентував іноземному гостю «Малу енциклопедію канонічного права» та пам'ятні подарунки, а також висловив сподівання на подальшу плідну співпрацю.

Новий партнер КУП НАН України – Інститут права та післядипломної освіти Міністерства юстиції України

06 лютого 2019 р. Київський університет права НАН України відвідала делегація Інституту права та післядипломної освіти Міністерства юстиції України в особі директора *Катерини Чижмарь* та першого заступника Директора Інституту *Дмитра Журавльова*.

Під час зустрічі була випрацьована дорожня карта розвитку двосторонніх відносин між закладами та досягнуто домовленість про укладання тристороннього договору, сторонами якого виступатимуть: Міністерство юстиції України, Інститут права та післядипломної освіти Міністерства юстиції України та Київський університет права НАН України. Досягнуті між КУП НАНУ та Інститутом права та післядипломної освіти домовленості становитимуть предмет договору, зокрема:

- проходження навчальної практики студентами КУП НАНУ в Міністерстві юстиції України;
- спільне проведення вищезазначеними особами наукових, науково-практичних і науково-методичних конференцій, симпозіумів, конгресів, семінарів, інших наукових заходів;
- реалізацію спільних науково-дослідних проектів і розробок з актуальних науково-прикладних проблем; організацію програм обміну для студентів та викладачів КУП НАНУ та Інституту права та післядипломної освіти Міністерства юстиції України, з метою отримання позитивного навчального та викладацького досвіду; організацію програм стажувань студентів КУП НАНУ в Міністерстві юстиції України;
- участь у зимових школах КУП НАНУ зацікавлених осіб; інформаційну підтримку виставок юридичної та науково-правової літератури КУП НАНУ, шляхом розміщення інформації на офіційних інтернет джерелах Інституту права та післядипломної освіти Міністерства юстиції України;
- сприяння розвитку нових форм роботи з обдарованою учнівською молоддю, зокрема в написанні науково-дослідних робіт; проведенні майстер-класів, лекцій співробітників закладів вищої освіти та міністерства, як на території КУП НАНУ та і на території Інституту права та післядипломної освіти Міністерства юстиції України.

Із великим задоволенням гості нашого університету відвідали унікальні музеї: Музей контрафактної продукції (підробок) Українського альянсу в боротьбі з підробками та піратством, Музей кібернетики та Музей криміналістики ім. Ганса Гросса.

I Міжнародна зимова школа з прав людини за сприяння КУП НАНУ та Батумського державного університету імені Шота Руставелі

Цей захід став знаковою подією не лише для Рівненщини, а й української правничої науки в цілому. Школа являє собою інтенсивний тижневий навчальний курс, присвячений питанням міжнародних і європейських стандартів у сфері захисту прав людини, забезпечення і захисту прав людини під час збройних конфліктів; свободи слова та свободи інформації, медіа грамотності тощо, і проводиться Київським університетом права НАН України спільно з Батумським державним університетом ім. Ш. Руставелі.

Із вітальним словом до учасників заходу звернувся ректор КУП НАНУ *Юрій Бошицький*, який наголосив на особливій місії школи – актуалізувати міжнародний юридичний потенціал та запропонувати нові вектори правового розвитку в Україні. Доповідач зазначив, що система вищої юридичної освіти нині є складною, вона взаємодіє з політичними, економічними, культурними і соціальними системами, а тому повинна істотно і динамічно впливати на світ, формуючи цивілізоване демократичне правове поле. Особливість цього заходу полягає в тому, що він відбувається в умовах сучасних політичних та правових трансформацій, кардинального оновлення усіх ланок життя та розширення горизонтів юридичного діалогу із європейським світом.

До слова були запрошені Генеральний секретар Європейського Інституту Омбудсмена, заступник Омбудсмена Австрії *Джозеф Зігеле*, професор кафедри конституційного права, декан юридичного факультету Болонського університету (Італія) *Лука Мезетті*, асоційований професор Батумського державного університету ім. Шота Руставелі (Грузія) *Паата Хотенашвілі*, Надзвичайний посол і Повноважний міністр, заступник глави місії Посольства Угорщини в Україні *Ласло Чаба Пан*, начальник Головного територіального управління юстиції у Рівненській області *Оксана Сальчук*, перший заступник голови Рівненської обласної ради *Сергій Свисталюк*, проректор з наукової роботи КУП НАНУ *Надія Кудерська*, директор РІ КУП НАНУ *Володимир Якимчук* та інші представники юридичної та релігійної еліти Рівного. Наскрізною в їх виступах стала думка про необхідність формування такої освітньої політики, яка б випереджала та реагувала на динамічні світові зміни. У глобалізованому світі вищий навчальний заклад повинен поєднувати традиційні засади та новітні завдання у процесі підготовки майбутніх фахівців юридичного спрямування. І Міжнародна зимова школа з прав людини якраз і відповідає означеним вимогам.

Після урочистого засідання відбулося перше заняття школи, яке провів *Джозеф Зігеле*. Прикметно, що англійська мова стала однією з робочих мов заходу.

Безумовно, школа сприятиме популяризації позитивного іміджу м. Рівне та Рівненської області у правовому полі України, а також Рівненського інституту Київського університету права як осередку правової освіти в регіоні.

Професор *Ю.Л. Бошицький* окреслив план проведення зимової школи на наступний рік, долучивши до неї Болонський університет (Італія), а також Університет Буенос-Айреса (Аргентина), а також подякував доктору *Джозефу Зігеле* за участь у Зимовій школі та проведенні майстер-класи. Ректор офіційно оголосив про заплановані заходи на жовтень 2019 р. Було висловлено готовність налагодити співпрацю з Європейським Інститутом Омбудсмена; направити кращих викладачів КУП НАН України на стажування в Європейський Інститут Омбудсмена в Інсбрук (Австрія); налагодити співпрацю з Інсбруцьким Університетом імені Леопольда і Франца, взяти участь у підготовці книги «Європейське серце з прав людини», здійснити спільну науково-дослідну роботу (монографію) українською та німецькою мовами, зробити презентації зазначеної монографії у відповідних країнах.

Ректор нагадав присутнім про участь КУП НАНУ у першому виданні *Ганса Кельзена* українською мовою – «Про сутність і цінність демократії», а також зазначив, що для Київського університету права НАН України була б велика честь запропонувати доктору *Джозефу Зігеле* стати почесним професором Київського університету права НАН України (жовтень 2019 р.).

Генеральний секретар Європейського Інституту Омбудсмена доктор *Джозеф Зігеле* висловив надію на подальшу глибоку співпрацю з Київським університетом права НАН України, зазначивши, що це велика честь, та наголосивши на необхідності чіткого визначення напрямів подальшої співпраці. Ректором *Юрієм Бошицьким* було запропоновано два напрями співробітництва – з Європейським Інститутом Омбудсмена, а також з одним з університетів, наприклад, з Інсбруцьким університетом.

Запланований цикл лекцій та тренінгів викликав жвавий інтерес серед учасників школи, адже теми, заявлені у програмі, є особливо актуальними у сучасному правовому полі. Одна з них розлого і послідовно була розкрита в лекції «Право на життя ембріона у Грузії», яку прочитав асоційований професор Батумського державного університету ім. Шота Руставелі *Паата Хотенашвілі*. На його думку, означена проблема стосується таких наукових напрямів і галузей знань, як біологія, філософія, теологія, етика, медицина, право; а у правовій галузі є предметом досліджень учених з цивільного, конституційного, кримінального, медичного-правового напрямів.

Лектор зауважив, що необхідність порушення питання про права ненародженої дитини, насамперед права на життя, виникає в контексті штучного переривання вагітності, а також застосування технологій штучного запліднення. У зв'язку з розвитком нових суспільних відносин, пов'язаних зі здійсненням репродуктивних прав людини, перед суспільством постає етична та правова необхідність у визначенні правового статусу ембріона людини; терміну розвитку, з якого ненароджена дитина може розглядатися як особистість; правомочності маніпуляцій зі статевими клітинами й ембріонами людини.

Ці та інші питання стали предметом тривалої дискусії, яка дала поштовх для нового бачення проблеми та шляхів її розв'язання саме в Україні, де актуальність цього питання визначається критичним рівнем демографічної ситуації та загальнонаціональною проблемою репродуктивного здоров'я.

Фінальне засідання Зимової школи відкрив ректор КУП НАНУ *Юрій Бошицький*, який наголосив, що Міжнародна зимова Школа з прав людини є спільним науковим проектом Київського університету права НАНУ та Батумського державного університету ім. Шота Руставелі. Ідея проведення Школи – підвищення рівня знань у сфері захисту прав людини; встановлення наукових, ділових, гуманітарних і особистісних контактів між представниками молоді для залучення молодого покоління до довготривалої плідної співпраці в інтересах забезпечення і захисту прав людини в Україні та інших країнах, реалізована повною мірою.

На думку ректора, під час роботи школи важливо було запропонувати її учасникам не тільки новітні теоретичні напрацювання у сфері права, а й ствердити вагу правозастосувального аспекту. Це був один із орієнти-

рів укладання програми роботи школи. Я не можу не наголосити, – сказав *Юрій Бошицький*, – що в нашій Школі виступили найкращі лектори, ділилися досвідом найкращі юристи-практики, а серед учасників школи – представники Австрії, Грузії, Чехії, Італії, Угорщини тощо.

До слова також були запрошені начальник головного територіального управління юстиції в Рівненській області *Оксана Сальчук*, проректор з наукової роботи КУП НАНУ, доктор юридичних наук, професор *Надія Кудерська*, директор Рівненської торгово-промислової палати *Микола Ярощук*, директор РІ КУП НАНУ *Володимир Якимчук* та ін.

Насамкінець учасникам школи були вручені сертифікати та пам'ятні подарунки.

Всесвітній правничий конгрес Всесвітньої асоціації юристів

18–20 лютого 2019 р. у м. Мадриді (Іспанія) відбувся *Всесвітній правничий конгрес Всесвітньої асоціації юристів*. Дана подія збіглася в часі також із проведенням XXI Міжнародного конгресу з європейського та порівняльного конституційного права.

Цього року Всесвітній правничий конгрес відбувся під патронатом Короля Іспанії – Філіпе VI як відзнака особистих заслуг у підтримці конституціоналізму та демократичної юриспруденції.

Участь у Конгресі брали представники більш як 140 країн світу: Албанії, Бельгії, Німеччини, Іспанії, Італії, Хорватії, Молдови, Литви, Словаччини, Боснії і Герцеговини, Румунії, Люксембургу, Угорщини, Туреччини, Чорногорії, Північної Македонії, Косово, Грузії, Чилі, Польщі, Перу, Норвегії, України та ін. Серед них – глави та судді конституційних судів держав, провідні науковці з конституційного права, міжнародного публічного права, міжнародного приватного права та права Європейського Союзу.

Київський університет права НАН України у Конгресі представляла доцент кафедри міжнародного права та порівняльного правознавства, к.ю.н. *Наталія Мушак*. Науковець виступила з презентацією на тему «*Multilevel Constitutionalism and Rule of Law*». Всі доповіді та презентації були об'єднані відповідно до певних тематик: «Концепція верховенства права: демократія, свобода та верховенство права: розвиток у Європі», «Верховенство права та нова демократія», «Розвиток верховенства права в Латинській Америці», «Багаторівневий та внутрішній виміри концепції верховенства права».

Також під час проведення Конгресу учасники на запрошення Хав'єр Кремадеса, президента Всесвітнього конгресу з права, мали змогу обговорити різні проблеми та виклики, які постали перед міжнародною та європейською спільнотами.

У межах заходу відбулася урочиста церемонія проголошення Мадридської декларації «Мир через право» та вручення Всесвітньої премії миру та свободи за непохитну прихильність до верховенства права та захисту демократії від Всесвітньої асоціації юристів королю Іспанії Феліпе VI.

XI Міжнародна науково-практична конференція «Сучасні питання європейської цивілістики: досвід Угорщини та України» в м. Дебрецен (Угорщина)

24–25 квітня 2019 р. аспіранти та професорсько-викладацький склад Київського університету права НАН України на чолі з ректором *Юрієм Бошицьким* взяли участь у спільній XI Міжнародній науково-практичній конференції «Сучасні питання європейської цивілістики: досвід Угорщини та України», що проходила в м. Дебрецен. Захід був проведений під егідою КУП НАН України на базі Дебреценського університету.

До складу делегації КУП НАН України увійшли завідувач відділу аспірантури, доцент *Райса Перелігіна* та аспіранти КУП НАН України *Тамара Кортукова*, *Тетяна Бордюг*, *Лілія Гриніч*, *Ірина Стройко*, *Наталія Серенко*, *Магдаліна Мартинич*, які на високому науковому рівні представили КУП НАНУ.

Слід наголосити, що завдяки міцним зв'язкам КУП НАН України з більш ніж 20 країнами світу, окрім науковців із України та Угорщини, до заходу долучились представники наукових кіл із різних куточків світу, а саме: Греції, Індії, Монголії, Туреччини та інших країн.

З вітальним словом до гостей та учасників конференції звернулися ректор Київського університету права НАН України *Юрій Бошицький*, директор Інституту цивілістики Дебреценського університету, професор *Дердь Чечі* та декан юридичного факультету Дебреценського університету, професор *Вероніка Сікора*, наголосивши при цьому на важливості наукового дослідження сучасних проблем у галузі європейської цивілістики, пошуку нових форм і методів вдосконалення цивільного законодавства задля здійснення реальних кроків із метою збалансованого розвитку цивільного права Угорщини та України.

Талановиті науковці КУП НАН України не обійшли своєю увагою такі актуальні питання, як охорона інтелектуальної власності в сучасній Україні, законодавчі та інституційні напрями розвитку в сфері інтелектуальної власності, правове регулювання зовнішньої трудової міграції, перспективи інституту примирення в цивільному процесі України, практику Європейського суду з прав людини та ін.

У рамках конференції ректор КУП НАН України *Юрій Бошицький* презентував нові видання Університету, зокрема, монографію 2019 р. «Державно-правове регулювання суспільних відносин в умовах нових глобалізаційних викликів: вітчизняні та міжнародні реалії».

Також зазначимо, що проведення відповідних заходів міжнародного рівня сприяє розвитку міжнародного співробітництва, як одного з пріоритетних напрямів діяльності КУП НАН України, що спрямовані на інтеграцію нашої країни у світовий освітній простір, розширенню і поглибленню міжнародних зв'язків, обміну досвідом, впровадженню нових новітніх стандартів у навчальний процес.

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